



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C. 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2012-00060-00
Demandante :	José Álvaro Beltrán Urrego y otros
Demandados :	Bogotá Distrito Capital – Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público Instituto Distrital de Participación Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza de la Localidad 5 Usme

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 105**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando a través de apoderado, los señores José Álvaro Beltrán Urrego, María Eva Díaz Acosta, Álvaro Daniel Beltrán Díaz, Sidney Adriana Beltrán Díaz, Sandra María Beltrán Díaz, Nancy Liliana Beltrán Díaz y Derly Janneth Beltrán Díaz presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra de Bogotá Distrito Capital – Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, Instituto Distrital de Participación y la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza de la Localidad 5 Usme, a efectos de que se les declare responsables por los daños y perjuicios ocasionados a raíz de las lesiones sufridas el 18 de junio de 2010, al caer del techo del salón comunal del Barrio Chuniza, mientras le realizaba un mantenimiento.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 33 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, los señores José Álvaro Beltrán Urrego y William Rotavista suscribieron contrato de obra verbal con la Junta de Acción Comunal del barrio Chuniza, entidad reconocida mediante Resolución No. 0372 de 7 de febrero de 1989, cuyo término de duración era desde el 17 de junio de 2010 y por lo que durara la labor contratada, para la instalación de un tanque de agua ubicado sobre el tejado del salón comunal, al igual que el resane de los orificios existentes en el tejado y la limpieza de la canal de desagüe, labores por las que se acordó un valor de \$300.000 y la condición de que la Junta de Acción Comunal suministrara los materiales y los trabajadores José Álvaro Beltrán y William Rotavista suministrarían la mano de obra y estarían bajo las órdenes de la Presidenta de la Junta de Acción Comunal.

Indicó que, al momento de iniciar las labores contratadas, el contratante desconoció la obligación de exigirle al contratista, la afiliación al sistema de seguridad social ni acreditación de capacitación alguna en trabajo en altura, aunado a que, al señor José Álvaro Beltrán no se le entregó ni exigió ningún elemento de protección personal para la labor contratada, pese a que era una actividad considerada de alto riesgo, como quiera que se realizaba a una altura superior a los 1.50 metros del suelo, según la Resolución No. 3673 de 26 de septiembre de 2008, que reguló los protocolos para el trabajo en altura.

En ejercicio de la labor contratada, el señor José Álvaro Beltrán sufrió el 18 de junio de 2010 un accidente de trabajo mientras se encontraba tapando los orificios del tejado, produciéndose su ruptura y ocasionando la caída del demandante y del señor William Rotavista Gaspar de una altura aproximada de 9 metros.

Como consecuencia del accidente, falleció el señor William Rotavista y el señor José Álvaro Beltrán sufrió fractura de tibia y peroné ocasionándole como secuelas, limitación funcional, requiriendo inicialmente silla de ruedas para movilizarse y actualmente bastón.

Sostuvo que, para la fecha de los hechos, el señor José Álvaro Beltrán laboraba como guarda de seguridad nocturno del parqueadero No. 3 administrado por la Junta de Acción Comunal del Chuniza, con un salario de \$700.000 y ocasionalmente, desarrollaba labores de construcción para obtener un ingreso extra, sin que después del accidente hubiere podido volver a vincularse laboralmente.

Frente a la responsabilidad de las entidades demandadas indicó que, el accidente sufrido por el demandante se produjo por la falta de medidas de prevención e incumplimiento de normas de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional por parte del contratante, generándole lesiones de carácter permanente e irreversible frente a los padecimientos físicos y psicológicos causados al demandante¹.

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2013, el **Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que, carecían de fundamento fáctico y legal, máxime cuando en el presente caso no se configura una responsabilidad por parte del Estado frente a los hechos de la demanda.

Indicó que, el hecho generador del daño lo constituía la ejecución de un contrato de obra verbal sin la exigibilidad de medidas de seguridad.

Respecto del predio donde acaecieron los hechos, a saber, el Salón Comunal del barrio Chuniza, advirtió que, es un bien de uso público de propiedad del Distrito Capital con destinación de Zona Comunal C, sin que ello vincule a la entidad con el contrato de obra celebrado con el demandante, debido a que, para dicha contratación debió requerirse autorización de la entidad y realizarse el respectivo proceso contractual bajo las ritualidades de la contratación pública.

Señaló además que, el demandante asumió las labores que no eran de su conocimiento y manejo, pues pese a afirmar que se dedicaba a la vigilancia nocturna en un parqueadero, decidió libremente soportar los riesgos de la labor contratada, recibiendo la respectiva contraprestación por dicha labor, desvirtuándose la antijuridicidad del daño reclamado.

Respecto al nexo causal como elemento de responsabilidad del Estado señaló que, el daño reclamado no devino de actuar alguno de la entidad, sino que por el contrario, se produjo por la contratación efectuada por la Junta de Acción Comunal de Chuniza sin la participación de la entidad.

¹ Folio 131 a 133 c. principal

Por lo anterior advirtió que, al no reunirse los elementos que conllevaran a atribuir responsabilidad alguna a la entidad, resultaba improcedente el reconocimiento de perjuicios alguno por parte de la DADEP, razón por la que, solicitó se declarara la falta de legitimación por pasiva de la entidad, pues si bien ejercía actos de protección sobre el salón comunal por hacer parte del patrimonio del Distrito, tal condición no había sido la causante del daño, por el contrario adujo que, de habersele informado por parte de la Junta que necesitaban realizarse arreglos al salón, hubiera realizado una mejor selección de los contratistas para una eficiente ejecución del contrato.

Añadió que, en el presente asunto se configuraba el eximente de culpa exclusiva de la víctima toda vez que, el demandante pese a que su actividad principal era la vigilancia, decidió asumir tareas que no eran de su competencia ni especialidad como la reparación de obras y mucho menos en altura, en aras de obtener un dinero adicional, por lo que le resultaba imputable su error².

Por su parte, en escrito radicado el 13 de febrero de 2013 el **Instituto Distrital de Participación y Acción Comunal – IDPAC** contestó la demanda, manifestando que carecía de legitimación en la causa por pasiva, dado que, las organizaciones comunales, como la Junta de Acción Comunal de Chuniza, tenía la capacidad de decisión de sus asuntos internos, por lo que gozaba de facultad para celebrar y ejecutar cualquier negocio jurídico para la administración y mantenimiento de inmuebles, como lo eran los salones comunales propios o dados en comodato, para lo que no se requería la intervención ni mucho menos la autorización del instituto para poder realizarlo.

Indicó además que, el salón comunal del barrio Chuniza estaba construido sobre espacio público, por lo que, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 18 de 1999, era el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, en calidad de administrador de los bienes de propiedad del Distrito, la entidad encargada de administrar los salones comunales construidos sobre esta clase de propiedad, por lo que, el IDPAC carecía entonces de facultad alguna de administración de los salones comunales, en tanto no era de su competencia³.

En escrito de 12 de abril de 2013, la **Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza en la Localidad 5 de Usme** contestó la demanda, aclarando que, no era cierto que hubiere celebrado contrato alguno con el demandante, sino que, la Presidenta de la Junta de Acción Comunal había comentado a la comunidad la necesidad instalar un tanque de agua en el salón comunal, a lo que el señor José Álvaro Beltrán se ofreció para dicha actividad como miembro de la comunidad y en agradecimiento, toda vez que se estaba beneficiando del parqueadero comunal No. 3, sin que se hubiera ofrecido pagar contraprestación alguna por dicha instalación.

Aseguró que, el mencionado tanque se encontraba ubicado en una placa de cemento lateral al tejado y no sobre las tejas como lo afirmó el demandante, y que, el arreglo en mención se limitaba a la instalación del tanque plástico de agua, más no el arreglo del tejado y menos de la canal como se afirmó en la demanda, siendo cierto que, se le facilitó lo necesario para la instalación, tales como andamio, manilas e implementos para la instalación del tanque en el muro lateral, sin que se informara además por el demandante, que trabajaría en compañía de otra persona, como ocurrió.

Advirtió que, al no existir contrato ni mucho menos contraprestación por la instalación del tanque de agua, los señores José Álvaro Beltrán y William Rotavista no estaban bajo la subordinación de la presidente de la Junta, pues solo le suministró los materiales necesarios para la instalación del tanque, sin que el accidente del que fue objeto el demandante hubiera

² Folio 193 a 202 c. principal

³ Folio 223 a 226 c. principal

sido previsible para la Junta.

Frente a las circunstancias en que ocurrió el accidente indicó, que el 18 de julio de 2010 el señor José Álvaro Beltrán y William Rotavista sufrieron un accidente al cruzar imprudentemente y sin ningún motivo, el tejado del salón comunal, sin la autorización de la Presidenta de la Junta, lo que fue un acto imprudente e irresponsables de los precitados señores pasar por encima del tejado, más aún cuando al interior del salón se encontraban profesores de la Corporación Ser, en el programa de infancia de Usme con un grupo de niños, y que al momento de subirse al tejado, debieron retirar los niños del salón, evitándose una tragedia mayor.

Por lo anterior indicó que, se configuraba el eximente de culpa exclusiva de la víctima, en tanto que, el daño reclamado devino del actuar imprudente del señor Beltrán y su compañero en cruzar el tejado del salón, sin las precauciones y seguridades del caso, es decir, que fue la decisión voluntaria del demandante sobre el tejado, la determinante para la ocurrencia del accidente, que desde el conocimiento de cualquier persona, era un hecho de alto riesgo que desencadenó en una caída de más de 8 metros y en el caso del demandante no fue mortal, siendo dicha conducta imprevisible para los miembros de la Junta.

Aunado a lo anterior indicó que, en el presente asunto no se acreditaban los requisitos para declarar la responsabilidad de la Junta, debido a que no existía relación de causalidad entre el daño y la supuesta falla del servicio, debido a que la verdadera causa del mismo, había sido la imprudencia de actor, razón por la que, solicitó se negaran las pretensiones incoadas⁴.

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 1º de agosto de 2012 (f. 145 c. principal) seguidamente, mediante auto de 21 de agosto de 2012 se inadmitió la demanda (f. 148 c. principal) y una vez subsanadas las falencias, mediante auto de 20 de septiembre de 2012, se admitió la demanda (f. 166 a 169 c. principal).

Mediante auto de 23 de octubre de 2013, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 282 y 283 c. principal) y en audiencia celebrada el 27 de febrero de 2014, se adoptó como medida de saneamiento, la remisión de los traslados a la demandada Bogotá Distrito Capital (f. 296 a 301 c. principal).

En la continuación de la audiencia inicial celebrada el 15 de septiembre de 2015, se declararon no probadas, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva formuladas por el Departamento de la Defensoría del Espacio Público – DADep y el Instituto Distrital de Participación y Acción Comunal, por lo que ésta última en desacuerdo con la decisión, formuló recurso de apelación (f. 338 a 343 c. principal).

En decisión del 29 de septiembre de 2016, la Subsección A Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la decisión de no encontrar probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto del Instituto Distrital de la Participación y la Acción Comunal tomada en audiencia del 15 de septiembre de 2015 y en su lugar, declaró probada la excepción (f. 365 a 367 c. principal).

Mediante providencia del 1º de diciembre de 2016, el Despacho dispuso obedecer y cumplir lo dispuesto por el superior y fijó fecha para la continuación de la audiencia inicial (f. 373 c. principal), llevada a cabo el 18 de julio de 2017.

El 11 de abril de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se concedió el término de 3 días para que el demandante y los testigos justificaran su inasistencia, y en

⁴ Folio 260 a 270 c. principal

aplicación del principio de celeridad, dispuso que vencido dicho término en silencio, se declaraba cerrado el periodo probatorio y las partes contaban con 10 días para rendir sus alegatos (f. 479 y 480 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

Mediante escrito del 8 de mayo de 2019, la **parte actora** solicitó se accedieran a las pretensiones de la demanda, bajo el entendido que, se encontraba acreditado que el señor José Bernal había sido contratado para la instalación de un tanque de agua sobre las tejas del salón comunal, en el inmueble donde está ubicada la Junta de Acción Comunal de Chuniza y de propiedad del Distrito, cuya administración recaía en el DADEP, razón por la que, debían responder de manera solidaria, la primera al no haber exigido al contratista la acreditación de estar capacitado para trabajos de altura, y la segunda, por la falta de inspección, control y vigilancia en el manejo del inmueble.

Adicionalmente, se acreditaron los perjuicios reclamados por la parte actora, así como las secuelas causadas al accionante por la caída que sufrió, lo que conforme a la valoración de la Junta Regional de Invalidez, generó una pérdida de la capacidad laboral del 23.20%.

Finalmente solicitó que, ante la inasistencia del representante legal de la Junta de Acción Comunal de Chuniza a las audiencias de prueba a efectos de rendir interrogatorio de parte, se le declare confeso y se tengan por ciertos los hechos susceptibles de confesión, en los términos del artículo 205 del CGP⁵.

Por su parte, el **Departamento Administrativo del Espacio Público** solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, argumentando que, estaba demostrado que no le asistía responsabilidad alguna respecto de los hechos que originaron la demanda, aunado a que, el demandante suscribió contrato de obra directamente con la Junta de Acción Comunal de Chuniza, sin que el DADEP hubiera participado del mismo, ni se hubiere allegado prueba alguna que permitiera inferir que, la entidad participó en la ocurrencia de los hechos que dieron origen al presente asunto.

Insistió en los argumentos expuestos en la contestación frente a la falta de legitimación por pasiva y la configuración del eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, por lo que solicitó se le exonerara de responsabilidad alguna⁶.

La **Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza** en el término previsto para el efecto, guardó silencio.

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el señor José Álvaro Beltrán Urrego, producto de la caída sufrida el 17 de junio de 2010 mientras instalaba un tanque de agua en el tejado del Salón Comunal del Barrio Chuniza.

⁵ Folio 490 a 498 c. principal

⁶ Folio 482 a 489 c. principal

Así mismo, la configuración de un eventual eximente de responsabilidad, en particular, la culpa exclusiva de la víctima.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba:

Parte por precisar el Despacho que, los documentos aportados al plenario en copia simple, tendrán el valor probatorio correspondiente -aun tratándose de documentos públicos que obren en copia simple, toda vez que, siguiendo los lineamientos señalados en sentencia de unificación, los mismos no fueron tachados de falsos⁷.

Frente a la prueba trasladada, el Consejo de Estado ha precisado que los documentos obrantes en un proceso pueden ser valorados como prueba trasladada cuando, fundamentalmente, la parte contra la que se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al que están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)”⁸ (se resalta).

Por lo que en el presente asunto, las copias de las actuaciones surtidas en la actuación penal No. 110016000028201002069 adelantada con ocasión de los hechos que rodearon la muerte del señor William Rotavista Gaspar, serán valorados por el Despacho, atendiendo que las mismas fueron allegadas en virtud de orden judicial y dentro del trámite del proceso.

Adicionalmente, es menester del Despacho indicar que, si bien la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza allegó visible a folios 273 a 277 del c. principal fotografías que se aduce son del lugar donde ocurrieron los hechos de la demanda, también lo es que, estos elementos no pueden ser apreciados por sí solos, debido a que apenas demuestran el registro de una imagen, sin que pueda extraerse la autoría de estas y la época en que fueron tomadas. Serán apreciadas entonces como medios auxiliares de convicción, lo que implica que sean valorados en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente.

3.3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado⁹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 25022.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.3.1 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹⁰ ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*¹¹. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

En el *sub judice* está acreditado que, el señor José Álvaro Beltrán Urrego sufrió lesiones en su pierna izquierda producto de la caída de un tejado, para acreditar su dicho se allegó por la parte actora, copia de la historia clínica diligenciada por el Hospital San José, de fecha 18 de junio de 2010, con ingreso a la 17:27 de la tarde, de la que se extraen los siguientes apartes:

“MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL:

Paciente con 4 horas de evolución secundario a caída aproximadamente 5 metros (tejado) con caída de pie con posterior dolor en pierna izquierda, deformidad y limitación funcional. Niega pérdida de conocimiento, traído a esta institución en ambulancia.

(...) JUSTIFICACIÓN DE LAS INDICACIONES TERAPÉUTICAS:

Paciente con diagnóstico de fractura de pilón tibial derecho abierta a quien se le realiza lavado de herida, inmovilización con férula y se considera hospitalizar para manejo quirúrgico alto riesgo de infección.

Evolución:

18/06/2010 Paciente atendido en urgencias se realiza lavado de herida de fractura abierta de

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

pilón tibial (...) se inmoviliza con férula de yeso posterior. Se inicia analgésico y antibiótico. Valoración preanestésica (...) Paciente quien es llevado a las 23+00 horas a procedimiento quirúrgico reducción abierta + fijación interna de fractura abierta de pión tibial izquierdo + lavado quirúrgico + desbridamiento quirúrgico de fractura abierta de tibia, rafi fractura peroné distal izquierdo (...)"¹²

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

3.2.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: 'La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos'. SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

'La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen' (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas'.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho"¹³ (se resalta).

3.2.2.1 De lo probado en proceso

En primer lugar, el Despacho advierte que, la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza a través de su representante legal, fue requerida para rendir interrogatorio de parte conforme a lo solicitado por la parte actora y el DADEP, sin que el representante legal de la Junta de Acción Comunal o su apoderada, se hubieren presentado en las audiencias de pruebas, ni mucho menos hubieren presentado justificación alguna a su inasistencia, razón por la que, resulta procedente dar aplicación a lo previsto en los artículos 204 y 205 del Código General del Proceso¹⁴.

¹² Folio 94 c. principal

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁴ **ARTÍCULO 204. INASISTENCIA DEL CITADO A INTERROGATORIO.** La inasistencia del citado a interrogatorio solo podrá justificarse mediante prueba siquiera sumada de una justa causa que el juez podrá

Así las cosas, conforme al material probatorio recaudado en el presente asunto y atendiendo, las consecuencias previstas en el artículo 205 del CGP, el Despacho tendrá como probadas las siguientes circunstancias fácticas:

El Despacho tiene como probado que, el 18 de junio de 2010 el señor José Álvaro Beltrán Urrego junto al señor William Rotavista sufrieron una caída desde el tejado del Salón Comunal del Barrio Chuniza al romperse una de sus tejas, mientras se encontraban instalando un tanque de agua y reparando el tejado del mismo.

Al respecto debe referirse, lo consignado en el Acta de Inspección Técnica al Cadáver del señor William Rotavista que indicó, lo siguiente:

“Se trata de diligencia adelantada en el Salón Comunal del Barrio Chuniza el cual se hallaba en obra de reparación de un tanque de agua y la cual consta de cuatro niveles tipo mezzanine, la estructura cuenta con un largo de 16:45 mtrs, un ancho de 6.70 metros y una altura de 7.40 mtrs. Allí se observa la destrucción del tejado en por lo menos seis metros. Lugar desde donde la víctima y su compañero caen al romperse las tejas por donde se desplazaban, causándole la muerte a uno y lesiones al otro compañero, en el piso se observan fragmentos de las tejas y lago hemático (...)”¹⁵

Aunado a lo anterior, el señor José Álvaro Beltrán Urrego al momento de ingresar al servicio de Urgencias del Hospital San José el 18 de junio de 2010 a las 17:27 de la tarde, se consignó en su historia clínica, lo siguiente:

“MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL:

Paciente con 4 horas de evolución secundario a caída aproximadamente 5 metros (tejado) con caída de pie con posterior dolor en pierna izquierda, deformidad y limitación funcional. Niega pérdida de conocimiento, traído a esta institución en ambulancia.”¹⁶

Al momento de rendir interrogatorio, respecto al momento del accidente, el señor José Álvaro Beltrán señaló:

“(…) hicimos el trabajo y ya solo nos faltaban tapar unos huecos, cuando se partió la teja de la cual (...) mi compañero William se cayó primero, yo quedé en la cercha (...) la teja se salió de la cercha y ahí si caí, yo caigo sobre un bafle y después caigo en la escalera”¹⁷

Circunstancias fácticas que no fueron objeto de objeción por las partes, respecto de los diferentes medios probatorios que dan cuenta de las mismas.

verificar por el medio más expedito, si lo considera necesario.

Si el citado se excusa con anterioridad a la audiencia, el juez resolverá mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.

Las justificaciones que presente el citado con posterioridad a la fecha en que debía comparecer, solo serán apreciadas si se aportan dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia. El juez solo admitirá aquellas que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito. Si acepta la excusa presentada por el citado, se fijará nueva fecha y hora para la audiencia, sin que sea admisible nueva excusa.

La decisión que acepte la excusa y fije nueva fecha se notificará por estado o en estrados, según el caso, y contra ella no procede ningún recurso.

ARTÍCULO 205. CONFESIÓN PRESUNTA. La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.

La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.

Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

¹⁵ Folio 468 c. principal

¹⁶ Folio 94 c. principal

¹⁷ Folio 447 c. principal minuto 1:22:48 a 1:26:58 de la grabación

Se acreditó además que, con ocasión de la caída, el señor José Álvaro Beltrán Urrego sufrió fractura en la tibia y peroné de su pierna izquierda, razón por la que, debió ser remitido al Hospital de San José y posteriormente, fue objeto de intervenciones quirúrgicas y terapias físicas como tratamiento paliativo a sus padecimientos. Lo anterior, tal como se advierte en la valoración por Ortopedia el 18 de junio de 2010, en el mismo centro Hospitalario y en la que, se consignó:

“Paciente con Dx de Fractura abierta en Tibia izquierda y Peroné (...)”¹⁸

Así mismo, debe referirse la Epicrisis diligenciada por el Hospital San José el 18 de junio de 2010, de la que se resalta lo siguiente:

“(...) JUSTIFICACIÓN DE LAS INDICACIONES TERAPÉUTICAS:

Paciente con diagnóstico de fractura de pilón tibial derecho abierta a quien se le realiza lavado de herida, inmovilización con férula y se considera hospitalizar para manejo quirúrgico alto riesgo de infección.

Evolución:

18/06/2010 Paciente atendido en urgencias se realiza lavado de herida de fractura abierta de pilón tibial (...) se inmoviliza con férula de yeso posterior. Se inicia analgésico y antibiótico. Valoración preanestésica (...) Paciente quien es llevado a las 23+00 horas a procedimiento quirúrgico reducción abierta + fijación interna de fractura abierta de pilón tibial izquierdo + lavado quirúrgico + desbridamiento quirúrgico de fractura abierta de tibia, rafi fractura peroné distal izquierdo (...)

Procedimientos:

1. (...) Lavado y desbridamiento de fractura abierta de tibia o peroné. 2. (...) Reducción abierta de fractura de tibia con fijación interna (dispositivos de fijación u osteosíntesis) 3. (...) Reducción abierta de epífisis separada de tibia o peroné con fijación materiales: Dos placas tubulares de 1/3 de seis y nueve orificios respectivamente. Placa de tibia medial anterolateral”¹⁹

Con posterioridad a la intervención quirúrgica, el paciente fue objeto de terapias físicas y el 8 de mayo de 2013, requirió una nueva intervención quirúrgica²⁰

Las lesiones padecidas por el señor José Álvaro Beltrán le dejaron como secuelas “*Cuadro de dolor crónico y restricción del movimiento del cuello del pie izquierdo*” generándole una pérdida de la capacidad laboral del 23.20%, tal y como consta, en el Dictamen No. 19148255-114 rendido el 16 de marzo de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca visible a folio 453 a 455 c. principal.

Dictamen que fue objeto de contradicción en audiencia de pruebas del 18 de octubre de 2018²¹ y en la que, la perito indicó como secuelas del señor José Álvaro Beltrán Urrego las siguientes: “*cuadro de dolor crónico y restricción del movimiento del cuello del pie*”.

Se tiene acreditado además que, para el momento del accidente, el señor José Álvaro Beltrán Urrego se encontraba al servicio de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza, quien contrató sus servicios para la instalación de un tanque de agua en el tejado del salón comunal de dicho barrio, así como, la reparación de los orificios que presentaban las tejas que cubrían el mismo.

Lo anterior, tal como lo afirmó el señor José Álvaro Beltrán al momento de rendir interrogatorio, indicando que, fue contratado por la persona que fungía como presidente de la Junta de Acción Comunal, así mismo indicó, lo siguiente:

¹⁸ Folio 122 c. principal

¹⁹ Folio 94 y 95 c. principal

²⁰ Historia Clínica Anexa

²¹ Folio 447 c. principal minuto 1:08:48 a 1:19:25 de la grabación

"Fui contratado por la señora Rosa para instalar un tanque del agua encima de las tejas, limpiar una canal y tapar los huecos de la teja, que se entraban los zuros hacia adentro (...) ese contrato lo hicimos por \$300.000, ella habló con la ferretería para que nos dieran los materiales que íbamos a usar"²²

Así mismo, en el Acta de Inspección Técnica al Cadáver del señor William Rotavista se indicó, lo siguiente:

"(...) Se fija el lugar con fotografía convencional y se le recepciona entrevista a la presidenta de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza, persona que los contrató (...)"²³

Como quiera que no se allegó prueba que desvirtuara el dicho del actor y, atendiendo la inasistencia del representante de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza al interrogatorio de parte decretado, se tendrá por cierto lo señalado por el señor José Álvaro Beltrán, sin que con ello, se dé por probado un contrato laboral en los términos de la ley laboral, sino que por el contrario, se da por cierto el hecho de que al momento del accidente se encontraba realizando reparaciones en el salón comunal a solicitud de la Presidente de la Junta de Acción Comunal.

Aunado a lo anterior se tiene acreditado que, para el momento del accidente se le había suministrado al accionante un andamio para el desarrollo de sus labores y que además, se encontraba en compañía del señor William Rotavista, quien falleció inmediatamente a causa de la caída.

Lo anterior conforme a lo consignado en el Acta de Inspección Técnica al Cadáver del señor William Rotavista de la que se resalta, lo siguiente:

"Se trata de diligencia adelantada en el Salón Comunal del Barrio Chuniza el cual se hallaba en obra de reparación de un tanque de agua y la cual consta de cuatro niveles tipo messanine, la estructura cuenta con un largo de 16:45 mtrs. un ancho de 6.70 metros y una altura de 7.40 mtros. Allí se observa la destrucción del tejado en por lo menos seis metros. Lugar desde donde la víctima y su compañero caen al romperse las tejas por donde se desplazaban, causándole la muerte a uno y lesiones al otro compañero, en el piso se observan fragmentos de las tejas y lago hemático (...) En el lugar no se observaron elementos de seguridad como arneses, cascos, cuerdas, guantes, ni ningún otro elemento de los exigidos para este tipo de trabajos, al parecer los trabajadores subieron por un andamio armado en la parte exterior al costado sur de la edificación sin ningún tipo de seguridad"²⁴

Se tiene acreditado que, al momento de solicitar los servicios del señor José Álvaro Beltrán, la presidenta de la Junta de Acción Comunal no comunicó ni solicitó autorización al DADEP para contratar los servicios de reparaciones del tejado del Salón Comunal, así como tampoco, le requirió al contratista acreditara su afiliación al sistema de seguridad social, así como tampoco suministró los elementos exigidos por la normatividad para este tipo de trabajos. Hecho que se tendrá como probado en los términos del artículo 205 del CGP y conforme a la documental visible a folio 227 c. principal.

No obstante, se tiene por acreditado que pese a la omisión de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza de suministrar elementos de seguridad para la ejecución de la labor contratada, el señor José Álvaro Beltrán fue quien asumió de manera voluntaria la responsabilidad de realizar la labor en dichas condiciones, tal como lo indicó al momento de rendir interrogatorio:

"Despacho: ¿Por qué no tenían elementos de seguridad?

²² Folio 447 c. principal minuto 1:22:48 a 1:26:58 de la grabación

²³ Folio 468 c. principal

²⁴ Folio 468 c. principal

Contestó: Pues no los exigían y nosotros tampoco, ellos nos dijeron, haga ese trabajo no más
Despacho: ¿Requirió que se les suministraran elementos de seguridad?
Contestó: No señor
Despacho: ¿Bajo su autonomía decidió realizar ese trabajo sin ningún elemento de seguridad?
Contestó: Ni nosotros exigimos, ni ella nos exigió”²⁵

3.3 Caso concreto

La parte actora, pretende se declare responsable al Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP por las lesiones padecidas el 18 de junio de 2010 producto de la caída que sufriera mientras laboraba en el tejado del salón comunal del Barrio Chuniza resultando lesionado el demandante en su pierna izquierda y falleciendo el señor William Rotavista.

Considera la parte actora que, la entidad era responsable por la presunta falla en el servicio en el control y vigilancia de los bienes a su cargo, como lo era el salón comunal del barrio Chuniza, donde laboraba al momento del accidente.

Lo anterior al advertir que, el salón comunal del barrio Chuniza es un inmueble de propiedad del Distrito, surgiéndole la obligación a la entidad la obligación de administrarlo.

Sin embargo, la entidad formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva argumentando que, no había hecho parte del presunto contrato de obra celebrado por el señor José Álvaro Bernal y la presidenta de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza, y como quiera que las lesiones del demandante acaecieron en virtud de dicho contrato, carecía de obligación alguna para responder por los perjuicios reclamados con ocasión al mismo.

La entidad manifestó al momento de contestar la demanda que en el predio ubicado en la Calle 90 Sur No. 2 bis Este del Barrio Chuniza, se encontraba ubicado el salón comunal de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza, indicándose que estaba construido sobre bienes de uso público de propiedad del Distrito Capital con una destinación de zonas verdes y comunal, acreditando su dicho con el memorando suscrito por la Subdirectora de Registro inmobiliario del DAEP²⁶ y la certificación expedida por la misma entidad²⁷, por lo que aseguró que, al ser del patrimonio inmobiliario del Distrito Capital, el bien donde se encontraba el salón comunal de la Urbanización Chuniza, la entidad ejercía actos de protección sobre el mismo.

Aunado a lo anterior, debe referirse lo dispuesto por el Acuerdo 18 de 1999, por el que se creó el DADEP:

“Artículo 2°.- Misión de la Defensoría del Espacio Público. La misión es contribuir al mejoramiento de la calidad de vida en Santa Fe de Bogotá por medio de una eficaz defensa del Espacio Público, de una óptima administración del patrimonio inmobiliario de la ciudad y de la construcción de una nueva cultura del Espacio Público que garantice su uso y disfrute común y estimule la participación comunitaria. (...)

Artículo 3°.- Funciones. Son funciones de la Defensoría del Espacio Público, sin perjuicio de las atribuciones de otras autoridades, la defensa, inspección, vigilancia, regulación y control del espacio público del Distrito Capital; la administración de los bienes inmuebles, y la conformación del inventario general del patrimonio inmobiliario Distrital.

Artículo 4°.- Espacio Público. Corresponde a la Defensoría del Espacio Público ejercer entre otras las siguientes funciones:

- a. Administrar los bienes que hacen parte del espacio público distrital.
- b. Formular las políticas, planes y programas distritales relacionados con la defensa,

²⁵ Folio 447 c. principal minuto 1:22:48 a 1:26:58 de la grabación

²⁶ Folio 203 y 204 c. principal

²⁷ Folio 230 a 232 c. principal

- inspección, vigilancia, regulación y control del espacio público.
- c. Asesorar a las autoridades locales en el ejercicio de funciones relacionadas con el espacio público, así como en la difusión y aplicación de las normas correspondientes.
- (....) Artículo 6º.- Bienes Inmuebles del Distrito Capital. Corresponde a la Defensoría del Espacio Público ejercer entre otras las siguientes funciones:
- a. Ejercer la administración, directa o indirectamente, de todos los bienes inmuebles del nivel central del Distrito Capital. No obstante, lo anterior los inmuebles en donde funcionen las entidades del nivel central del Distrito Capital serán administrados directamente por las mismas, previa firma del acta respectiva. Ver el Concepto de la Secretaría General 83 de 2003
- b. Recibir, custodiar y administrar los bienes inmuebles que le transfieran otras entidades distritales."

De lo anterior es dable concluir que, al DADEP le corresponde el mejoramiento de la calidad de vida en el distrito capital a través de la óptima administración del patrimonio inmobiliario de la ciudad y la construcción de una nueva cultura que garantice el uso y disfrute común del espacio público y estimule la participación comunitaria, por lo que, está obligado a administrar los bienes inmuebles que hacen parte del espacio público distrital y la conformación del inventario general del patrimonio inmobiliario distrital.

Finalmente, de la norma transcrita se advierte además que, al DADEP le corresponde asesorar a las autoridades locales en el ejercicio de funciones relacionadas con el espacio público, así como la difusión y aplicación de las normas correspondientes.

Así las cosas, se tiene que el inmueble donde se encuentra ubicado el salón comunal es de propiedad del Distrito Capital como efectivamente lo indicó y acreditó la entidad, por ende, se encuentra en el inventario del patrimonio inmobiliario del distrito, surgiéndole a la entidad demandada DADEP la obligación de administrarlo, lo que conlleva a velar por su integridad y buen funcionamiento.

Por lo anterior, si bien la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza disponía del uso del Salón Comunal, lo cierto es que, ello no relevaba a la entidad distrital de la vigilancia que debía ejercer en él, como lo era, verificar el buen estado de su infraestructura a efectos de evitar accidentes con ocasión a posibles deterioros que presentara, por lo que pudo, en el ejercicio de sus funciones, haber asesorado a la Junta de Acción Comunal a efectos de que, hubieran realizado un debido proceso de contratación, que en principio hubiere evitado el accidente en que resultó lesionado el demandante.

Así las cosas, el hecho de que al señor José Álvaro Beltrán lo hubiese contratado directamente la presidenta de la Junta de Acción Comunal de Chuniza sin que le hubiere comunicado dicha contratación al DADEP, no exime a éste último de la responsabilidad de haber velado y ejercido una mejor administración del inmueble donde se encuentra ubicado el salón comunal, toda vez que, hace parte del inmobiliario del distrito, por lo que pudo haber trabajado mancomunadamente con la Junta para que se realizaran los arreglos que requería la estructura, razón por la que, deberá responder por dicha omisión en tanto influyó en la causación de los perjuicios reclamados por el demandante.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza, el Despacho hará las siguientes precisiones:

En primer lugar, la parte actora atribuyó responsabilidad a la entidad al no haberle suministrado al momento de contratarlo para la instalación del tanque de agua en el tejado del salón comunal, así como la reparación de los orificios que afectaban varias de sus tejas, los elementos de seguridad exigidos para los trabajos en altura, para el que se le había contratado.

Al respecto, el Despacho debe referirse a la normatividad aplicable para la fecha de los

hechos, esto es, la Resolución No. 003673 de 2008 que *“estableció el Reglamento Técnico de Trabajo Seguro en Alturas”* aplicable a todos *“los empleadores, empresas, contratistas, subcontratistas y trabajadores de todas las actividades económicas de los sectores formales e informales de la economía, que desarrollen trabajos en alturas con peligro de caídas.”* Indicó además que, para los efectos de aplicación de dicha norma se entendía por trabajo en alturas *“toda labor o desplazamiento que se realice a 1,50 metros o más sobre un nivel inferior”*.

Norma de la que se resaltan los siguientes artículos:

ARTÍCULO 3. OBLIGACIONES DE EMPLEADORES. Todo empleador que tenga trabajadores que realicen tareas de trabajo en altura debe:

1. Incluir en el programa de salud ocupacional, los procedimientos, elementos y disposiciones establecidas en la presente resolución.
2. Implementar el Programa de Protección contra Caídas de conformidad con la presente resolución, las medidas necesarias para la identificación, evaluación y control de los riesgos asociados al trabajo en alturas.
3. Cubrir todas las condiciones de riesgo existentes mediante medidas de control contra caídas de personas y objetos, las cuales deben ser dirigidas a su prevención en forma colectiva, antes de implementar medidas individuales de protección contra caídas. En ningún caso, podrán ejecutarse trabajos sin la adopción previa de dichas medidas colectivas.
4. Adoptar medidas compensatorias y eficaces de seguridad, cuando la ejecución de un trabajo particular exija el retiro temporal de cualquier dispositivo de prevención colectiva contra caídas. Una vez concluido el trabajo particular, se volverán a colocar en su lugar los dispositivos de prevención colectiva contra caídas.
5. Garantizar que la estructura de anclaje utilizada tenga como mínimo una resistencia de 5000 libras (22.2 Kilo newtons – 2.272 Kg) por persona conectada, en la implementación de medidas colectivas e individuales de protección contra caídas de personas. Así mismo, debe garantizar que los sistemas de protección contra caídas garanticen la misma resistencia.
6. Disponer de personal capacitado, competente y calificado para las actividades con trabajos en alturas.
7. Garantizar un programa de capacitación y entrenamiento a todo trabajador que esté expuesto al riesgo de trabajo en alturas, antes de iniciar tareas y uno de reentrenamiento, por lo menos una vez al año, el cual debe incluir los aspectos para capacitación establecidos en la presente resolución.
8. Garantizar la operatividad de un programa de inspección conforme a las disposiciones de la presente resolución, de los sistemas de protección contra caídas por lo menos una vez al año, por intermedio de una persona o equipo de personas, competentes y/o calificadas según corresponda, sea con recursos propios o contratados.
9. Solicitar las pruebas que garanticen el buen funcionamiento del sistema de protección contra caídas o los certificados que lo avalen. Las pruebas deben cumplir con los estándares nacionales e internacionales vigentes para cada componente del sistema, en caso de no poder realizar las pruebas se debe solicitar las memorias de cálculo y datos del sistema que se puedan simular para representar o demostrar una condición similar o semejante de la funcionalidad y función del diseño del sistema de protección contra caídas.
10. Asegurar la compatibilidad de los componentes del sistema de protección contra caídas; para ello debe evaluar o probar completamente si el cambio o modificación de un sistema cumple con el estándar a través de una persona competente o calificada.
11. Incluir dentro de su Plan de Emergencias un procedimiento para rescate en alturas, con personal entrenado.

ARTÍCULO 4. OBLIGACIONES DE LOS TRABAJADORES. Cualquier trabajador que desempeñe labores en alturas debe:

1. Asistir a la capacitación, participar en las actividades de entrenamiento y reentrenamiento programados por el empleador y aprobar satisfactoriamente las evaluaciones de conocimientos y de desempeño.
2. Cumplir todos los procedimientos establecidos por el empleador.
3. Informar sobre cualquier condición de salud que le genere restricciones antes de realizar cualquier tipo de trabajo en alturas.

4. Utilizar las medidas de prevención y protección contra caídas que sean implementadas por el empleador.
5. Reportar el deterioro o daño de los sistemas colectivos o individuales, de prevención y protección contra caídas.
6. Participar en la elaboración y el diligenciamiento del permiso de trabajo en alturas, así como acatar las disposiciones del mismo.

ARTÍCULO 12. REQUERIMIENTOS MÍNIMOS PARA MEDIDAS DE PROTECCIÓN CONTRA CAÍDAS. Los elementos o equipos de los sistemas de protección contra caídas deben ser compatibles entre sí, en tamaño, figura, materiales, forma, diámetro y deben ser certificados con las entidades nacionales e internacionales competentes.

Podrán utilizarse, según las necesidades determinadas para un trabajador y el desarrollo de su labor, medidas de ascenso y descenso o medidas horizontales o de traslado. En todo caso, se deberán utilizar arneses de cuerpo entero.

Todo sistema seleccionado debe permitir la distribución de fuerza, amortiguar la fuerza de impacto, elongación, resistencia de los componentes a tensión, corrosión o ser aislantes eléctricos o antiestáticos cuando se requieran y compatibilidad con otros elementos de protección individual.

Los equipos de protección individual para detención y restricción de caídas se seleccionarán tomando en cuenta los factores de riesgo previsible o no previsible, propios de la tarea y sus características, tales como la existencia de roturas de estructuras, condiciones atmosféricas, presencia de sustancias químicas, espacios confinados, posibilidad de incendios o explosiones, contactos eléctricos, superficies calientes o abrasivas, entre otros. Igualmente, se deben tener en cuenta las condiciones fisiológicas del individuo con relación a la tarea y su estado de salud en general.

También se seleccionarán de acuerdo a las condiciones de la tarea y los procedimientos como ascenso, descenso, detención de caídas, posicionamiento, izamiento, transporte de personal, salvamento y rescate.

ARTÍCULO 13. ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PERSONAL PARA TRABAJO EN ALTURAS: Los elementos de protección individual contra caídas deben ser implementados, sin perjuicio de las medidas de prevención y protección contra caídas, de que trata esta resolución que establece el reglamento técnico para trabajo seguro en alturas, a las cuales está obligado el empleador.

Cuando se utilicen elementos de protección individual durante trabajos en alturas, se deberán cumplir las siguientes condiciones o requisitos para su selección y uso según la actividad económica y el oficio.

Los elementos mínimos de protección personal para trabajo en alturas con los que deben contar quienes realicen estas tareas son:

1. Casco con resistencia y absorción ante impactos, según la necesidad podrán ser dieléctricos; contarán con barbuquejo de tres puntos de apoyo fabricado con materiales resistentes que fijen el casco a la cabeza y eviten su movimiento o caída.
2. Gafas de seguridad que protejan a los ojos de impactos, rayos UV, deslumbramiento.
3. Protección auditiva si es necesaria.
4. Guantes antideslizantes, flexibles de alta resistencia a la abrasión.
5. Bota antideslizante y otros requerimientos según la actividad económica y el oficio.
6. Ropa de trabajo, de acuerdo a los factores de riesgo y condiciones climáticas."

Así las cosas, conforme al material probatorio allegado al plenario se tiene que en primer lugar el señor, José Álvaro Beltrán Urrego no demostró estar capacitado para desarrollar trabajos en altura y pese a ello, se le ofreció y aceptó el trabajo para las reparaciones del techo del salón comunal del barrio Chuniza, probándose que dicha altura superaba los 8 metros.

En segundo lugar, el demandante afirmó que no le fueron suministrados elementos de seguridad para la labor contratada y que tampoco él los exigió, pese a ello, realizó la labor.

Por último, al momento del accidente el 18 de junio de 2010, la autoridad judicial que arribó al lugar con ocasión de la muerte del señor William Rotavista, quien se encontraba igualmente laborando en el tejado con el señor José Álvaro Beltrán, fue clara en afirmar que en el lugar de los hechos *"no se observaron elementos de seguridad como arneses, cascos, cuerdas, guantes ni algún otro elemento exigidos para este tipo de trabajos, al parecer los trabajadores subieron por un andamio armado en la parte exterior al costado sur de la edificación sin ningún tipo de seguridad"*²⁸.

Lo anterior quiere decir que, pese a lo establecido en la Resolución transcrita, la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza no adoptó las medidas tendientes a evitar el mayor número de riesgos laborales mientras el señor José Álvaro Beltrán y su compañero realizaban reparaciones en el salón comunal del barrio, como lo era suministrar los elementos de seguridad mínimos para la ejecución de tal peligrosa labor, lo anterior, pese a ser normas de obligatorio cumplimiento tanto para la Junta en calidad de empleadora y para el demandante en calidad de trabajador.

Por todo lo anterior, el Despacho considera que ambas partes omitieron las obligaciones establecidas por la autoridad competentes, esto es, por un lado, la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza requirió los servicios del señor José Álvaro Beltrán Urrego para realizar reparaciones en el tejado del salón comunal del barrio, sin embargo, se encuentra acreditado que, para el desarrollo de dicha labor, solo suministró un andamio y materiales para dicha labor, sin que se hubiera acreditado que le suministró elementos mínimos de seguridad ni mucho menos estableció un plan mínimo de protección a caídas.

Lo anterior toda vez que, pese a que el demandante se encontraba junto a su compañero reparando orificios en las tejas que cubrían el salón el día del accidente y éstos movilizaban por el tejado "los profesores EIDER CRUZ OBANDO, MIRIAM PATRICIA BENAVIDES Y CARMEN CALDERON TENZO de la Corporación Ser, en el programa infancia de Usme, les hizo saber que se encontraba en el salón comunal con un grupo de niños", tal como lo advirtió, por la Junta de Acción Comunal al momento de contestar la demanda.

Es decir que, de no haberse retirado los menores por los docentes hubiera podido presentarse una tragedia mayor, de haberse producido la caída de los señores José Álvaro Beltrán y William Rotavista cuando ellos estaban allí, lo que quiere decir, que pese a la peligrosidad de la labor que desempeñaban los citados señores, la Junta de Acción Comunal de Chuniza no adoptó las medidas de seguridad tendientes a evitar el mayor número de riesgos que pudieron ocasionarse en el ejercicio de la misma, lo que influyó en la causación de las lesiones del demandante.

Sin embargo, si bien el Despacho no desconoce que la Junta de Acción Comunal de Chuniza debió adelantar las acciones tendientes a evitar cualquier riesgo de accidente durante la realización de la labor de los señores William, Rotavista y José Álvaro Beltrán, también lo es que, la conducta del señor José Álvaro Beltrán incidió en la generación del daño reclamado.

Lo anterior toda vez que, pese a no contar con una capacitación para trabajos en altura, o por lo menos, no lo acreditó en el presente asunto, decidió desarrollar esta labor, aunado a ello, tampoco exigió el suministro de elementos de seguridad para desarrollar su labor, pese que son obligaciones establecidas en la normatividad referida, ni adoptó plan alguno que garantizara su seguridad de presente un accidente, como la factura del tejado que era

²⁸ Folio 468 c. principal

previsible en la medida que él sabía que existían orificios en su estructura, en tanto fue contratado para su reparación y pese a ello, decidió ejecutar la labor sin el mínimo de condiciones de seguridad, conducta que definitivamente influyó en el accidente del que fue objeto y las lesiones causadas.

Por todo lo anterior, para el Despacho el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP y la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza contribuyeron en la causación del daño jurídico por el demandante por la omisión, en el ejercicio de sus funciones de administrador del salón comunal permitiendo que la presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza contratara los servicios del demandante sin el cumplimiento de formalidad y exigencias y ante el incumplimiento del reglamento de seguridad para trabajos en alturas, exponiendo al demandante a la ejecución de una labor sin las condiciones mínimas de seguridad, lo que conllevó a la causación del daño reclamado por la parte actora, razón por la que, se les condenará a cada una al pago del 50% de los perjuicio reclamados por la parte actora.

Si bien las entidades demandadas alegaron la configuración del eximente de culpa exclusiva de la víctima, en el presente asunto no puede atribuirse toda la responsabilidad al demandante, por el hecho de desarrollar una labor sin la capacitación y condiciones de seguridad requerida, en tanto tampoco se acreditó que dicha capacitación hubiere sido exigida al momento de contratarse sus servicios, o por lo menos no se acreditó en el plenario, sin que solo esa omisión hubiera causado el daño deprecado al extremo pasivo.

No obstante, el Despacho encuentra demostrado que la conducta del señor José Álvaro Beltrán también influyó en la causación del daño, pues de haber exigido los elementos de seguridad o no haberse expuesto a realizar dicho trabajo en altura sin las condiciones mínimas de seguridad, desconociendo igualmente lo previsto en la Resolución No. 3673 de 2008, conducta que concurrió en igual proporción a las omisiones atribuidas a las entidades demandadas, razón por la que, resulta procedente que las condenas reconocidas a su favor, deban ser reducidas en un 50%, toda vez que, su conducta incidió en la causación del daño atribuido a las demandadas.

A similar conclusión arribó la Subsección A de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en decisión adoptada el 23 de mayo de 2019 al interior del expediente No. 110013336033720120016501, al analizar la responsabilidad de las entidades demandadas, por la muerte del señor William Rotavista en los mismos hechos expuestos por el aquí demandante:

“(…) Así las cosas, a la luz del componente obligacional y misional del DADEP advierte la Sala un incumplimiento de su función de administrar el bien inmueble de su propiedad, en que funcionaba el salón comunal del barrio Chuniza, pues como se acreditó en el proceso el tejado presentaba averías y tejas rotas, por lo cual, un tercero al que no se demostró haber encargado la administración del predio – Junta de Acción Comunal del barrio Chuniza-contrató unos maestros de construcción para que efectuaran las reparaciones sin brindar ni exigir los elementos de seguridad necesarios para efectuar trabajos en altura.

(…) En este orden de ideas, concluye esta Corporación que tanto el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público – DADEP – como la Junta de Acción Comunal del barrio Chuniza con sus acciones y omisiones participaron en igual proporción en la producción del daño antijurídico padecido por el extremo activo del litigio.

Así, para esta Sala, resulta igual de reprochable que la Junta de Acción Comunal del barrio Chuniza, en ejecución de un contrato de trabajo verbal, haya dispuesto que el señor Rotavista Gaspar realizara unas labores en altura sin proveer los elementos de seguridad reglamentarios y sin exigir de su contratista el acatamiento de las medidas de protección personal, como que el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público haya omitido el cumplimiento de su función de mantener en buenas condiciones y administrar los bienes

inmuebles de su propiedad, a tal punto que permitió que un tercero realizara adecuaciones en la estructura del predio de manera informal.

En este orden de ideas, concluye esta Corporación que las demandadas, concurren en la causación del daño padecido por el extremo demandante, en igual proporción, razón por la cual, este Tribunal declarará su responsabilidad por el deceso de William Rotavista Gaspar y las condenará al pago de los perjuicios que se prueben en proporción equivalente al 50% a cargo de cada una.

(...) En este caso, advierte la Sala, a la luz de lo probado en el plenario, que la conducta de la víctima contribuyó en la producción del daño, toda vez que el señor William Rotavista Gaspar ejecutó un contrato para la instalación de un tanque de agua y reparación de un tejado sin contar con la indumentaria mínima de protección personal. Así no puede pasar desapercibido para la Sala que la Resolución 003673 de 2008, que estableció el reglamento técnico para el trabajo seguro en alturas, impuso su aplicación para los trabajadores de todas las actividades económicas, tanto del sector formal como informal de la economía, por ende, su acatamiento era obligatorio para el sector Rotavista Gaspar.

(...) Así las cosas, estima esta Corporación que el demandante participó con su actuar en la causación del daño, en igual proporción que las autoridades demandadas, razón por la cual, las condenas que se decreten en la presente sentencia serán reducidas en un 50%, en atención a la contribución de la víctima en el resultado dañoso".

3.4. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado declarando la responsabilidad del Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público y la Junta de Acción Comunal del barrio Chuniza son responsables por contribuir en la causación del daño causado al señor José Álvaro Beltrán Urrego con ocasión a la caída que sufriera el 18 de junio de 2010 mientras realizaba actividades de reparaciones locativas en el salón comunal del barrio Chuniza.

De igual manera, debe ser solucionado indicando que la conducta del señor José Álvaro Beltrán Urrego contribuyó en la causación del daño reclamado, en razón a que ejecutó las labores sin los elementos de seguridad exigidos por la normatividad vigente, procediendo al pago de los perjuicios reclamados con una disminución del 50% de los mismos.

Establecida la responsabilidad de la demandada por los daños causados al accionante, procederá el Despacho a efectuar la correspondiente,

3.5. Liquidación de los perjuicios

3.5.1 Daño Moral

La parte actora, solicitó el reconocimiento de perjuicios con ocasión a las lesiones sufridas por el señor José Álvaro Beltrán Urrego.

Estando demostrada la ocurrencia de las lesiones sufridas en su pierna izquierda por el señor José Álvaro Beltrán Urrego mientras trabajaba reparando el techo del salón comunal del barrio Chuniza, el Despacho encuentra probado el daño moral sufrido por el demandante en su calidad de víctima directa, conforme a las pruebas allegadas al plenario, lo anterior teniendo en cuenta que en caso de lesiones, el Consejo de Estado ha presumido la causación de los perjuicios morales.

Para efectos de tasar los perjuicios solicitados, se tiene que, en el presente asunto se allegó el Dictamen No. 19148255-114 rendido el 16 de marzo de 2018 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que da cuenta la pérdida de la capacidad laboral del accionante en un 23.20% (f. 453 a 455 c. principal).

Por lo anterior, el Despacho a efectos de tasar los perjuicios reclamados por el demandante, se tendrá en cuenta el Dictamen No. 19148255-114 practicado por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 16 de marzo de 2018.

Por tanto, ha de aplicarse lo dispuesto por el Consejo de Estado²⁹, quien ha señalado en la jurisprudencia de unificación para la liquidación de perjuicios morales, frente a la indemnización por el perjuicio moral deben reconocerse a la víctima directa y a sus familiares en caso de lesiones personales y estableció que para su liquidación se debe valorar la gravedad de la lesión reportada conforme a los siguientes rangos:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1 Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	NIVEL 2 relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	NIVEL 3 Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	NIVEL 4 Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	NIVEL 5 Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

No obstante, atendiendo la participación el señor José Álvaro Beltrán Urrego en la causación del daño, se realizará el descuento del 50% en razón a la concurrencia de culpas, en los términos señalados en párrafos anteriores y se reconocerá el perjuicio moral en los siguientes términos:

Es así que, de acuerdo a la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en el Dictamen No. 19148255-114 del 16 de marzo de 2018, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral determinado al señor José Álvaro Beltrán Urrego, corresponde al **23,20%**, de acuerdo con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, se encontraría dentro del rango igual o superior al 20% e inferior al 30% correspondiéndole 40 salarios.

No obstante lo anterior, sin desconocer la pauta adoptada unificadamente, y tal como lo ha considerado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el Despacho adopta una medida para tasar los perjuicios que resulta justa, equitativa y conforme al principio de reparación integral y los hechos probados, el Juzgado hace uso de la regla de tres simples para fijar proporcionalmente el monto a resarcir por perjuicios morales de acuerdo a la gravedad del daño.

Lo anterior, conforme a lo expresado en decisión de la Sección Tercera Tribunal Administrativo de Cundinamarca Subsección A, el 19 de septiembre de 2019 al interior del expediente No. 11001333603620160015401, en el que al resolver un recurso de apelación contra el reconocimiento de perjuicios morales de manera proporcional, indicó:

“32. Así, esta sala insiste en que la cuantificación del perjuicio moral, debe realizarse por el juez de manera proporcional al daño sufrido, y también debe tener en cuenta las circunstancias particulares del origen de la lesión, así como sus consecuencias, de acuerdo con el material probatorio.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31.772

(...) 35. En virtud de lo anterior, al sala coincide con la decisión del a quo, que reconoció una indemnización por este perjuicio a favor de la víctima directa y, para cada uno de sus padres (quienes se ubican en el nivel 1 de la tabla fijada por el Consejo de Estado), equivale a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por el 10% de disminución de la capacidad laboral que el señor Becerra Lozano Presentó; y 5 salarios para cada uno de sus hermanos, dado que se ubican en el nivel 2 de la referida tabla.

36. Así, dado que los demandantes no acreditaron un perjuicio mayor al reconocido en primera instancia, la sala confirmará la decisión de a quo en este sentido"

En ese orden de ideas deberán concederse a título de indemnización de perjuicios morales en principio serían los siguientes valores:

Nombre	Calidad	Folio	Monto Indemnización
José Álvaro Beltrán Urrego	Lesionado		26.4 SMLMV
Maria Eva Díaz Acosta	Esposa	20	26.4 SMLMV
Álvaro Daniel Beltrán Díaz	Hijo	15	26.4 SMLMV
Nancy Liliana Beltrán Díaz	Hija	16	26.4 SMLMV
Sidney Adriana Beltrán Díaz	Hija	17	26.4 SMLMV
Derly Janneth Beltrán Díaz	Hija	18	26.4 SMLMV
Sandra María Beltrán Díaz	Hija	19-A	26.4 SMLMV

Sin embargo, atendiendo la concurrencia de culpas, con la reducción del 50% del valor de la condena, la suma a asumir por las entidades condenadas será el siguiente:

Nombre	Calidad	Folio	Monto Indemnización
José Álvaro Beltrán Urrego	Lesionado		13.2 SMLMV
Maria Eva Díaz Acosta	Esposa	20	13.2 SMLMV
Álvaro Daniel Beltrán Díaz	Hijo	15	13.2 SMLMV
Nancy Liliana Beltrán Díaz	Hija	16	13.2 SMLMV
Sidney Adriana Beltrán Díaz	Hija	17	13.2 SMLMV
Derly Janneth Beltrán Díaz	Hija	18	13.2 SMLMV
Sandra María Beltrán Díaz	Hija	19-A	13.2 SMLMV

3.5.2 Daño a la vida en relación hoy daño a la salud

El daño a la salud ha sido entendido por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Al abordar el daño a la salud se exige, sin duda, examinar dos cuestiones: que se trate de atentados o lesiones a la personalidad física, o a la integridad del cuerpo humano. Dicho daño, en su configuración inicial en el derecho comparado (en el derecho francés e italiano), impone, además, que su fundamento se encuentra en principios constitucionales tales como la i) dignidad, ii) igualdad, iii) libertad y, iv) solidaridad, como daño no patrimonial.

En segundo lugar, el daño a la salud se relaciona estrictamente con las manifestaciones de un bien jurídico reconocido constitucionalmente, aunque con alcance colectivo, como el de la "salud" (Artículo 49 C.P.), y tiene en cuenta que el fin último de dicho bien es el respeto por la "correcta expresión de la persona en la comunidad en donde vive y se desarrolla". En el fondo, es el principio de la dignidad humana la que da el sustento principal en la construcción de este tipo de daño, cuyo tratamiento lleva a que se hayan estudiado soluciones uniformes, independientes de la causa del daño y de los beneficios económicos y/o materiales que pueda alcanzar la persona. Esto lleva a una especie de socialización del daño y de los perjuicios, ya que permite la disminución de las desigualdades sociales.

Así mismo, el daño a la salud pone en crisis la idea de relacionar los perjuicios con las necesidades materiales de la víctima. Por lo tanto, se trata de un daño que se vincula al bien de la salud "en sí mismo". No obstante, debe advertirse que su aparición en la escena de la teoría de la responsabilidad civil se produjo como consecuencia directa del progreso que

demandaron las sociedades opulentas, en las que se redefinieron y emergieron nuevas necesidades y exigencias para su mundo vital.³⁰

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que, de las afecciones que sufrió el señor **José Álvaro Beltrán Urrego**, se generó una alteración orgánica y funcional, en tanto, entre otros aspectos, se estableció por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que presenta una deficiencia por disestesia secundaria a neuropatía periférica o lesión de médula espinal junto con dolor crónico somático, lesiones que bajo las reglas de la sana crítica, le generaron detrimento a su salud

Por lo anterior, el Despacho advierte que efectivamente las lesiones le generaron una limitación funcional que le impedirá disfrutar de placeres cotidianos de los que antes gozaba y ahora, como consecuencia de la lesión ya no puede, por lo que, se encuentra procedente el reconocimiento de los perjuicios solicitados por dicho concepto.

La Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha unificado su criterio en cuanto al monto de la indemnización a reconocer por el daño a la salud³¹, siendo procedente citar el siguiente aparte:

“En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, Exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Aplicado al caso concreto del demandante, y en armonía a lo considerado para la liquidación del perjuicio moral, atendiendo la disminución de la capacidad laboral (23.20%) y conforme a la concurrencia de culpas, de manera proporcional, a título de

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del nueve de mayo de 2012, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 22366.

³¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31.170

indemnización de daño a la salud se reconocerá únicamente a la víctima directa, esto es, al señor José Álvaro Beltrán Urrego la suma de 13.2 SMLMV, suma de dinero que deberá entenderse como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

3.5.3 Daño Material

3.5.3.1 Daño emergente

La parte actora, solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales a título de daño emergente en la suma de **dos millones cuatro mil setecientos cincuenta y dos pesos (\$2.004.752)** correspondiente al valor que tuvo que cancelar por concepto de medicamentos, consultas de especialistas, cuotas moderadoras, exámenes especializados y transporte a las terapias.

Para acreditar la suma solicitada, la parte actora allegó a folios 22 a 89 facturas de medicamentos, cuotas moderadoras, facturas de transporte a las terapias, que suman el valor solicitado.

Al respecto, el Despacho observa que en relación con estos gastos, no está acreditado que tengan relación directa con la lesión que presentó la parte actora, en la medida que si bien hace referencia a insumos médicos, de estos no se extrae que hayan sido ordenadas por el médico tratante, máxime cuando la mayoría de los documentos no reúnen los requisitos de una factura de venta, algunas no están expedidas a nombre de los demandantes, las citas particulares no hacen referencia a la conexidad con las lesiones, los exámenes médicos hacen referencia a tratamientos diferentes a la lesión presentada por el señor José Álvaro Beltrán (fractura en parte de miembro inferior), lo medicamentos no aparecen relacionados en la historia clínica y algunos hace referencia a tratamiento de enfermedades diferentes a la presentada por el accidente, en algunas facturas se hace referencia a productos de bebidas e insumos domésticos, y finalmente, en relación con los gastos de transporte, carecen de soporte los tiquetes, más aun cuando adolecen de soporte que permita tener acreditada la fecha cierta que contemplan.

Razón por la que, se negará el reconocimiento de este perjuicios.

3.5.3.2 Lucro cesante

3.5.3.2.1 Lucro Cesante Consolidado

El demandante José Álvaro Beltrán Urrego solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales como víctima directa en la modalidad de lucro cesante en los periodos debido o consolidado y futuro.

Según los parámetros establecidos por el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado respecto de las fórmulas para liquidar el lucro cesante consolidado se tiene la siguiente:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Para establecer la renta o ingreso mensual, se tomará el S.M.L.M.V. del año en curso, esto es la suma de \$877.803³², como salario base de liquidación, sobre este valor se reconocerá

³²<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20360%20%20DEL%2026%20DICIEMBRE%20DE%202019.pdf>

un aumento del 25% por concepto de prestaciones laborales tal como ha orientado el Consejo de Estado, por ende la renta o ingreso mensual equivale \$1.097.253,75, luego sobre dicho valor se tomará el 23.20% que corresponde a la pérdida de capacidad laboral sufrida por el señor José Álvaro Beltrán Urrego, dando como resultado la suma de \$254.562, 87.

El Despacho tomará como fecha de inicio de la liquidación a reconocer, la fecha de estructuración del daño señalada por la Junta Regional de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca en su dictamen, a saber, el 10 de enero de 2018, lo anterior, en tanto las partes no manifestaron objeción alguna respecto a la misma y no se acreditó por el actor que no haya podido seguir ejerciendo actividades labores, máxime cuando estas eran esporádicas.

Es decir que los valores para desarrollar la fórmula matemática, para el presente caso son los siguientes:

Factor	Valor
Salario mínimo	\$877.803,00
Prestaciones	\$1.097.253,75
% de Pérdida	23,20%
Ra	\$254.562,87
Fecha de estructuración del daño	10/01/2018
Fecha del fallo	08/06/2020
Interés puro o técnico	0.004867
n (meses)	28,33
Indemnización consolidada	\$2.587.762,51

Una vez dilucidado los valores de la forma se procederá a resolver la misma, la cual arroja el siguiente resultado:

$$S = \$254.562,87 \times \frac{(1 + 0.004867)^{28,33} - 1}{0.004867} = \$7.712.537,92$$

No obstante, atendiendo la participación el señor José Álvaro Beltrán Urrego en la causación del daño, se realizará el descuento del 50% en razón a la concurrencia de culpas, en los términos señalados en párrafos anteriores y se reconocerá a su favor la suma de **TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$3.856.268,96)**, suma que deberá ser cancelada por las demandadas en partes iguales.

3.5.3.2.2 Lucro Cesante Futuro

Este perjuicio material se liquidará desde el día en que se profiere la sentencia condenatoria, hasta la expectativa de vida del señor José Álvaro Beltrán Urrego, el cual conforme a la Resolución No. 0110 de 2014 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, corresponde a 14,7 años es decir 176,4 meses, por cuanto para la fecha de la sentencia el lesionado tiene 69 años, para un total de meses a indemnizar de 176,4 meses.

A este tiempo deberá descontar el número de meses trascurrido desde la fecha de cumpleaños del señor José Álvaro Beltrán Urrego hasta la presente sentencia pues dicho

periodo ya se encuentra indemnizado en el lucro cesante consolidado, que corresponde a 2.43 meses, que ya fueron reconocidos en el lucro cesante consolidado, para un total de 173.97 meses

Como salario base de liquidación se tomará el S.M.L.M.V. del año en curso, esto es la suma de \$877.803, así como se reconocerá un aumento del 25% por concepto de prestaciones laborales tal como ha orientado el Consejo de Estado, por ende, la renta o ingreso mensual equivale \$976.552,50, de dicha suma se tomará el 23,20% que corresponde a la pérdida de capacidad laboral sufrida por el señor José Álvaro Beltrán Urrego, lo cual da como resultado la suma de \$254.562, 87.

Ahora bien, para llevar a cabo la liquidación del mencionado perjuicio se aplicará la fórmula matemática que ha venido empleando el Consejo de Estado, esto es:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Los valores para desarrollar la fórmula matemática son los siguientes:

Factor	Valor
Salario mínimo	\$877.803,00
Prestaciones	\$1.097.253,75
% de Pérdida	23.20%
Ra	\$254.562,87
Interés puro o técnico	0,004867
n (meses)	173,97
Lucro cesante futuro	\$30.092.275,84

Entonces:

$$S = \$254.562,87 \frac{(1 + 0.004867)^{173.97} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{173.97}}$$
$$S = \$29.828.668,92$$

No obstante, atendiendo la participación el señor José Álvaro Beltrán Urrego en la causación del daño, se realizará el descuento del 50% en razón a la concurrencia de culpas, en los términos señalados en párrafos anteriores y se reconocerá a su favor la suma de **CATORCE MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS (\$14.914.334,46)**, suma que deberá ser cancelada por las demandadas en partes iguales.

Para un gran total por concepto de lucro cesante consolidado y futuro de **DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS TRES PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$18.770.603,42)**

3.6 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

En el presente caso, dado que se estableció una concurrencia de culpas, de conformidad con el numeral 5 del artículo 365 del CGO, el Despacho se abstenerse de condenar en costas,

toda vez que en la causación del daño existió participación de la víctima directa.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas **Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza y el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público** por los perjuicios de los cuales fue objeto la parte actora con ocasión de las lesiones sufridas por el señor José Álvaro Beltrán Urrego en la pierna izquierda, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la **Junta de Acción Comunal del Barrio Chuniza y el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público** a pagar en partes iguales (50% cada una), las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos:

- Por concepto de **perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro** a favor del señor **José Álvaro Beltrán Urrego**: la suma de **DIECIOCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA MIL SEISCIENTOS TRES PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$18.770.603,42)**

- Por concepto de **perjuicios morales** las siguientes sumas:

Nombre	Calidad	Folio	Monto Indemnización
José Alvaro Beltrán Urrego	Lesionado		13.2 SMLMV
María Eva Díaz Acosta	Esposa	20	13.2 SMLMV
Alvaro Daniel Beltrán Díaz	Hijo	15	13.2 SMLMV
Nancy Liliana Beltrán Díaz	Hija	16	13.2 SMLMV
Sidney Adriana Beltrán Díaz	Hija	17	13.2 SMLMV
Derly Janneth Beltrán Díaz	Hija	18	13.2 SMLMV
Sandra María Beltrán Díaz	Hija	19-A	13.2 SMLMV

Las anteriores sumas se entenderán como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

- Por concepto de **daño a la salud** a favor del señor **José Álvaro Beltrán Urrego**: la suma equivalente a 13.2 SMLMV, suma que se entenderá como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KCM



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362013-0001800
Demandante :	José Vicente Pulido Ramírez y Otros
Demandado :	Departamento de Cundinamarca y Otros

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 114**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa, José Vicente Pulido Ramírez, Jesús Antonio Pulido Ramírez y Yeiny Patricia Pulido Quintero quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Deicy Mayerly Mora Pulido presentaron demanda contra el Departamento de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU, el municipio de Bituima y la Sociedad Concesionaria Panamericana S.A.S., a efectos de que se les declare responsables por los daños y perjuicios causados a raíz de las lesiones sufridas, al caer de una alcantarilla destapada en el municipio de Bituima, cuando se estaban realizando obras públicas de conservación y mantenimiento de la vía, sin señalización alguna.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 16 a 21 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el 5 de agosto de 2010, mientras transitaba en horas de la hacia su residencia, el señor José Vicente Pulido Ramírez cayó en un recolector de aguas lluvias o alcantarilla ubicada sobre una de las vías del municipio de Bituima, con una profundidad de aproximadamente 3 metros, que desde su construcción y hasta la ocurrencia de los hechos se encontraba sin tapa y sin ninguna clase de señalización.

Indicó que, como consecuencia de dicha caída, el señor José Vicente Pulido Ramírez sufrió un politraumatismo perdiendo el conocimiento de manera inmediata, circunstancia que conllevó a su traslado al Hospital de San Vicente de Paul, Empresa Social del Estado San Juan de Río Seco, lugar en el que le prestaron las primeras atenciones médicas.

Señaló que, el accidente padecido originó diferentes lesiones, consistentes en *fractura de vértebras cervicales, trauma raquímedular nivel c4 frankel con limitaciones de cuadriplejía*, fracturas que impidieron que la víctima continuara con sus labores cotidianas.

Advirtió que, el estado de salud en el que se encontraba el señor José Vicente Pulido Ramírez, era producto de la falla en el servicio por la negligente actitud asumida por

parte de las entidades demandadas, en tanto que a pesar de que la alcantarilla representaba para la comunidad un peligro inminente, no se adoptaron los correctivos del caso.

2.3. Contestación de la demanda

2.3.1. Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU

Mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2013, la entidad se pronunció respecto de la presente demanda.

Indicó que, de acuerdo a la situación fáctica planteada en el caso objeto de estudio era dable dar aplicación a la causal de exoneración de responsabilidad, atribuible a título de culpa exclusiva de la víctima, en tanto que, el demandante se sentó en el cabezote de un recolector de aguas perdiendo el equilibrio y cayó hacia atrás.

Adicionalmente indicó que, la entidad no tenía responsabilidad por cuanto carecía de *legitimación en la causa por pasiva*, en tanto que, el velar por la adecuada utilización de la vía, era directa responsabilidad del concesionario Concesionaria Panamericana SAS, a quienes mediante vínculo contractual se trasladaron los riesgos propios de la operación de la vía por las obligaciones contenidas en el contrato de concesión OJ-121-97.

2.3.2. Departamento de Cundinamarca

A través de escrito del 29 de octubre de 2013, el departamento de Cundinamarca se pronunció respecto de la presente demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, en tanto que, la entidad no era responsable de los hechos imputados.

Advirtió que, el Departamento de Cundinamarca no incurrió en ninguna de las conductas que daban lugar a configurar una falla en el servicio. Refirió que, se trataba de una alcantarilla ubicada en el casco urbano del Municipio de Bituima, Cundinamarca, cuyo mantenimiento no correspondía al Departamento, sino al respectivo Municipio, ente territorial absolutamente autónomo en el cumplimiento de sus funciones, circunstancia por la que no le correspondía a la entidad responder por el daño causado.

2.3.3. Concesionaria Panamericana

En escrito del 13 de noviembre de 2013, la entidad señaló que, la Concesionaria Panamericana S.A.S. tenía la calidad de concesionaria de la carretera los Alpes Villeta y Chuguacal – Cambao derivada del contrato de Concesión No. OJ 121-97, suscrito entre el Instituto de Concesiones del Departamento de Cundinamarca – ICCU.

En consecuencia, las actuaciones de Concesionaria Panamericana S.A.S. debían ceñirse a las instrucciones recibidas por el ICCU, por lo que, en caso contrario, sería acreedor de las respectivas sanciones y multas.

Adujó que, la Concesionaria Panamericana S.A.S. no tenía la obligación de señalizar la caja de encole o alcantarillado, y si en algún momento se accedió a dicha solicitud se realizó en respuesta a la solicitud elevada por el personero del municipio de Bituima, en tanto que, personas irresponsables transitaban en horas de la noche sin que se adoptaran las mínimas medidas de seguridad.

Así mismo, en escrito del 13 de noviembre de 2013, la entidad presentó las excepciones previas de *inepta demanda e incumplimiento del requisito de procedibilidad*.

2.3.4. Municipio de Bituima

Presentó escrito de contestación de manera extemporánea, tal y como se indicó en auto

del 29 de enero de 2014¹.

2.3.5 Llamamiento en garantía.

La Concesionaria Panamericana S.A.S llamó en garantía a la Previsora S.A. compañía de seguros (fl. 153-154). No obstante, dicha compañía no presentó escrito de contestación.

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 10 de octubre de 2012 (fl. 32) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, seguidamente mediante auto del 29 de octubre de 2012 se declaró la falta de competencia, remitiendo el expediente a los Juzgados Administrativos, correspondiéndole el conocimiento a éste Despacho.

Mediante auto del 13 de febrero de 2013, se inadmitió la demanda y en providencia del 3 de abril de 2013, se solicitó a la parte actora aclarar el factor que determinara la competencia.

Una vez se subsanaron los yerros, a través de auto del 2 de mayo de 2013, se admitió la demanda (fl. 59 a 62).

El día 10 de mayo de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, se resolvió de manera negativa las excepciones propuestas por las entidades relacionadas con la falta de legitimación en la causa por activa.

Respecto de la excepción de ineptitud de la demanda, invocada por la Concesionaria Panamericana S.A.S., la misma fue negada, razón por la que se interpuso recurso de apelación, por lo que, se concedió en el efecto suspensivo.

A través de providencia del 26 de octubre de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Subsección A modificó el auto proferido en audiencia inicial y dispuso excluir a la demandada Concesionaria Panamericana S.A.S. del presente asunto, por no haberse agotado el requisito de procedibilidad consistente en la conciliación prejudicial (fl. 339 a 345).

El 19 de junio de 2018, se continuó con la audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 352 a 356).

Seguidamente el 8 de noviembre de 2018, se adelantó audiencia de práctica de pruebas (fl. 402 a 404 c1).

Finalmente el 29 de octubre de 2019 se realizó continuación de audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 490 - 491 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito del 14 de noviembre de 2019, el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión.

Refirió que, se encontraba acreditado que el señor José Vicente Pulido Ramírez no se encontraba bajo el influjo del alcohol o cualquier otra sustancia que no le permitiera tener claro su sentido de circulación y equilibrio en la marcha, por lo que, no se logró demostrar la culpa exclusiva de la víctima, por lo tanto, dicho medio de defensa no estaba llamado a prosperar.

¹ Folio 233

Indicó que, las entidades demandadas estaban llamadas a ser declaradas responsables por las acciones y omisiones en las que incurrieron, por cuanto el defectuoso funcionamiento de la administración se encontraba cimentado en tres circunstancias, a saber, a) *omisión de las demandadas al planear y ejecutar el diseño de una vía pública con alcantarillas destapadas, generando un riesgo para los usuarios de la vía*, b) *las entidades no adelantaron ninguna actuación a efectos de que, una vez construida la vía, se corrigieran las obras que quedaron mal hechas o mal señalizadas*, y finalmente, c) *las entidades consistentes de su responsabilidad, procedieron colocar tapas o cierres de concreto sobre la alcantarilla causante del accidente y por medio de la que se causó perjuicios a los demandantes, sin que las demandadas sufragaron los gastos médicos generados con ocasión a la caída sufrida por el demandante*.

1.5.2. Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU

Mediante memorial del 14 de noviembre la entidad presentó escrito de alegatos de conclusión.

Refirió que, en el presente caso se encontraba acreditado que la instalación, construcción y mantenimiento de la obra de drenaje en la que cayó el señor José Vicente Pulido, se encontraba a cargo de la Concesionaria Panamericana S.A.S., quien efectuó el respectivo diseño técnico, que respondía a la necesidad y función que se esperaba de dicha obra.

Indicó que, el cabezal de la alcantarilla tenía una altura suficiente para ser advertida por los usuarios de la vía, quienes conocían de su existencia y nunca se presentó un accidente con anterioridad.

Finalmente indicó que, atendiendo que no se tenía certeza de las circunstancias en que ocurrió el accidente y conforme a los testimonios rendidos, era dable afirmar que el señor José Vicente Pulido conocía de la existencia del drenaje que era utilizado para sentarse sobre ella, por lo que se podía advertir un comportamiento imprudente del referido.

1.5.3. Departamento de Cundinamarca

En escrito del 14 de noviembre de 2019, la apoderada del departamento de Cundinamarca allegó escrito de alegatos de conclusión.

Señaló que, en el caso objeto de estudio se encontraba demostrado que, el Departamento de Cundinamarca no tenía a su cargo la obligación de mantenimiento vial, como quiera que producto del contrato de concesión OJ-121-97, la vía fue entregada a la Concesionaria Panamericana S.A.S., sociedad que contractualmente se encontraba obligada a realizar los mantenimientos viales de la vía, incluyendo el sector en el que ocurrieron los hechos.

Adicionalmente indicó que, en el presente asunto se advertía la existencia de la eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima en tanto que, de la situación fáctica se desprendía el actuar negligente y descuidado del actor.

Concluyó que, debido al deficiente material probatorio no era procedente acceder al reconocimiento de los perjuicios solicitados por la parte actora.

1.5.4. Municipio de Bituima. No presentó escrito de alegatos de conclusión.

1.5.5. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones sufridas por el señor José Vicente Pulido al caer en una alcantarilla destapada en el municipio de Bituima.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, el departamento de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca y el municipio de Bituima, deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la caída sufrida por el señor José Vicente Pulido Ramírez en hechos acaecidos el 5 de agosto de 2010, en un recolector de aguas lluvias ubicado al margen de la vía Panamericana – Municipio de Bituima.

3.1 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado², de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2 De la falla del servicio

En lo que, respecta al título de imputación aludido por la parte actora – *falla del servicio* – el II. Consejo de Estado³ ha precisado:

² Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

"La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"26. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía".

4. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por las lesiones e incapacidad sufrida por el señor José Vicente Pulido Ramírez al caer en una alcantarilla destapada en el municipio de Bituima.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"*⁴.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado erige

"... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio.

⁴ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual." ⁵ (Negrilla fuera del texto)

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

-Obra historia clínica del Hospital San Vicente de Paul, de la que se extrae:

Fecha hora
06/08/2010 09:30

DIAGNÓSTICO

- 1. Trauma raquímedular*
- 2. Politraumatismo*
- 3. Priapismo*

MC: Paciente encontrado en una alcantarilla.

EA: Paciente que es traído por ambulancia, inmovilizado con cuello ortopédico, despierto, desorientado, fue encontrado dentro de una alcantarilla de 2 metros de profundidad inconsciente, se inmovilizó cuello, se canalizó vena y se le administraron 500 cc de SSN, luego de esto el paciente recupera conciencia y es traído en ambulancia por enfermero de puesto de salud de Bituima ingresa a Hospital San Vicente de Paul de San Juan de Rio Seco, con los siguientes signos vitales: (...)

-Examen físico: Desorientado, despierto

PA: 60/40 FC 40/ml FR 18 Sat O2:94%.

Cabeza y cuello: pupilas isocóricas, reactivas a la vez no hay lesiones en la cara, ni en el cuero cabelludo. No hay adenopatías cervicales. No hay ingurgitación yugular.

Torax: RsCsRs sin soplos, pulmones bien ventilados, no hay ruidos patológicos agregados, patrón respiratorio normal, no hay lesiones ni deformidades en tórax.

Abdomen: Depresible, sin masas ni visceromealias, sin soplos a la auscultación.

Genitales: Priapismo

Extremidades: Pelvis estable sin signo de fractura. Hay frialdad en todas las extremidades, llenado capilar

También se indica en la historia clínica lo siguiente

Paciente de 57 años que ingresa al servicio de urgencias encontrado en una alcantarilla. Ingresó con lesiones en reg. Cervical que compromete C4 se encuentra déficit motor completo en las 4 extremidades

(...)

Paciente orientado, (...) se encuentra estable, inmovilizado con pérdida sensitiva y motora de sus extremidades

Con fundamento en lo anterior, se encuentra acreditado el daño alegado por los demandantes, consistente en las lesiones padecidas por el señor José Vicente Pulido Ramírez que generaron la pérdida de movilidad en sus extremidades.

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

⁵ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

Imputabilidad

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: 'La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos', SANCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio - simple, presunta y probada-; daño especial -desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

'La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen' (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales' si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas'.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho⁶ (se resalta).

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

El día 8 de noviembre de 2018, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas en la que se tomaron los testimonios de los señores Jorge Eliecer Castañeda Wilches y Pedro Antonio Triana.

De la declaración rendida por el señor Jorge Eliecer Castañeda Wilches, se advierte que éste tuvo conocimiento del accidente sufrido por el señor José Vicente Pulido, por el llamado realizado por el señor Pedro Triana, requiriendo de la colaboración de muchas personas para poder sacar a la víctima de la alcantarilla, de igual manera señaló que, el señor José Vicente Pulido se había fracturado la columna quedando parapléjico, sin que pudiera volver a realizar las actividades de agricultura que ejecutaba con anterioridad.

Por su parte, de la declaración rendida por el señor Pedro Antonio Triana, se extrae lo siguiente:

Preguntado: Sabe usted qué le pasó a José Vicente Interrogado: Fue un día creo que fue el 7 de agosto del 2010, yo me senté en una alcantarilla que ahí ubicada en la central que pasa cerca por Bituima que va para Viani San Juan, bueno que va para el Tolima, a esperar un familiar que venía de Bogotá de una diligencia ahí en la alcaldía, me senté en ese cabezote de la alcantarilla a descansar mientras llegaba el bus a ver a qué horas llegaba mi familiar, cuando oí un ronquido y yo mire alrededor pero yo no mire a nadie,

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

otros 5 minutos pasaron y otro ronquido y yo miré al lado y dije a estas horas quien me esta asustando pero no había nadie, pero nunca se me ocurrió mirar así para la alcantarilla que yo estaba sentando en el cabezote de la alcantarilla, y volteó a mirar cuando lo vi allá, estaba tirado boca arriba y yo ahí dije un muerto, entonces yo lo miré pero no lo reconocí en ese momento, me fui para la alcaldía porque eso es ahí cerquita como 50 metros de ahí donde yo estaba ubicado 50 o 70 metros y avisé al Consejo que estaban reunidos donde un señor Jorge Wilches, estaban ahí tomándose una cerveza porque tenían una sección en la alcaldía y le avisé, ¡venga Custodio uno de los que trabajan en el concejo venga que ahí en esa alcantarilla hay un señor no sé si estará muerto o algo vayan a ver!, y le avisé al alcalde y el alcalde le avisó a la policía y ya fueron los del puesto de salud y todo y ahí se tomaron sus atribuciones, el Comandante para sacarlo con los del puesto de salud y hasta ahí es todo lo que sé, aproximadamente eso fue que yo estaba allí era como entre 8 o 8:30 de la mañana. Preguntado: Con qué frecuencia usted transitaba por ese lugar donde se encontraba esa alcantarilla. Interrogado: Esa alcantarilla se encuentra ubicada en una central que va para Vianis – San Juan que va para el Tolima y siempre hay flujo de vehículos por esa vía y acá llega otra de unas veredas, llega del pueblo que se llama la Sierra y pasa por las veredas y llega esa alcantarilla esta acá donde se encuentra, donde pasa la carretera principal y la otra que llega. Preguntado: Sabe usted si la comunidad tenía conocimiento de la existencia de la alcantarilla. Interrogado: Si todo el mundo, una vez que hicieron esa carretera hicieron un poco de alcantarillas en donde era conveniente que las tenían que hacer, pero las dejan destapadas y esa alcantarilla tenía aproximadamente por ahí unos 2 metros con 3 de profundidad. Preguntado: En su opinión personal usted qué medidas de seguridad tomaba para no caer a esa alcantarilla. Interrogado: De pronto si había un problema para cualquier persona ya de edad o algo así porque ahí es donde pasa mucho vehículo, mucho carro y esa alcantarilla está muy al pie y de pronto uno por pasar o esquivar un carro arranca a correr y esa alcantarilla está sobre la calzada, pienso así por esquivar un carro y arranca a correr y pun, uno no sabe si eso le haya pasado a Vicente.

De igual manera, de dicha declaración se extrae que en ocasiones las personas se sentaban en el cabezote de la alcantarilla a descansar o esperar a alguien conducta que desplegó el referido testigo.

Es importante precisar que de las declaraciones rendidas en el presente proceso no es posible determinar las circunstancias de tiempo y modo en las que ocurrieron los hechos objeto de controversia, es decir, que no se tiene certeza de cómo ocurrió la caída del señor José Vicente Pulido en la alcantarilla, siendo este el último aspecto el único que se puede tener por probado.

En efecto, a diferencia de lo señalado por la parte actora en la demanda, no se encuentra acreditado que el suceso haya acaecido en horas de la noche y que el suceso haya acaecido por la presunta falta de visibilidad, pues ninguno de los testigos y medios probatorios que reposan en el expediente, hacen referencia a tal circunstancia, pues solo fue visto el señor José Vicente Pulido en horas de la mañana del día que fue evacuado de dicho lugar. Por otra parte, del estudio que se hace de la documental aportada se encuentra que, obra contrato de concesión No. 121 suscrito entre el gobernador del Departamento de Cundinamarca y la Concesionaria Panamericana S.A.⁷, suscrito el 16 de diciembre de 1997, cuyo objeto era:

CLAUSULA PRIMERA: OBJETO.- El CONSECIONARIO se obliga a ejecutar por el sistema de concesión, conforme a lo establecido por el artículo 32, numeral 4° de la Ley 80 de 1993 y la ley 105 de 1994, lo ofrecido en la propuesta objeto de adjudicación de Licitación Pública SV-01-97 en concordancia con los respectivos pliegos de condiciones y con este contrato, los estudios, diseños, definitivos, las obras de rehabilitación y construcción, el mantenimiento y la operación del proyecto corredor vial del centro occidente de Cundinamarca integrado por los proyectos los Alpes – Villeta y Chuguacal Cambau incluyendo los accesos a los municipios de Guayabal de Siquima, Bituima, Viani y San Juan de Rioseco. **PARAGEAFO PRIMERO: ALCANCE BASICO.** - Las actividades consisten en la revisión de los estudios y diseños existentes y la realización de los faltantes, la construcción rehabilitación, mantenimiento y operación de las obras que se describen a continuación:

(...) E) Pavimentación del trayecto Bituima - Guayabal de Siquima, incluyendo la

⁷ Folio 98 a 140

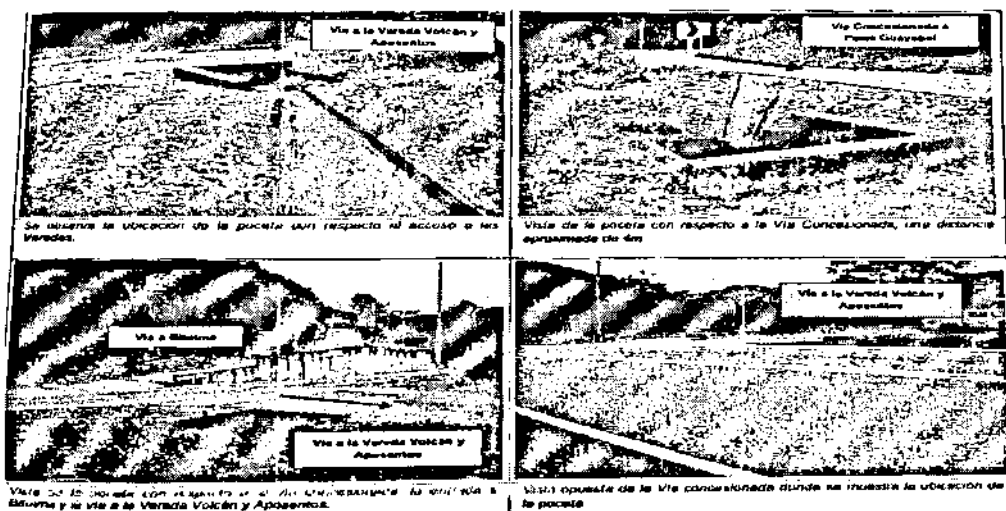
atención de sitios críticos y los accesos a Guayabal se Siquima F) Pavimentación y Rehabilitación del trayecto Guayabal de Siquima – Chiguacal

De lo anterior se extrae que, la Concesionaria Panamericana S.A.S., en calidad de concesionario dentro del contrato de concesión número OJ 121.97, se comprometió con el ICCU a realizar la operación y mantenimiento de la carretera los Alpes – Villeta y Chuguacal – Cambao, incluyendo los accesos a los municipios de Guayabal de Siquima, Bituima, Viani y San Juan de Río Seco

Ahora bien, en cuanto a la información relacionada a la alcantarilla en la que cayó el señor José Vicente Pulido, se advierte que obra el siguiente documental:

Obra oficio en el que, entre otras cosas, se consignó la siguiente información⁸:

De acuerdo al oficio P.M.B 005 de La Personería Municipal de Bituima y recibido el día 24 de agosto de 2010, el día 1 de septiembre de 2010, en horas de la tarde se realizó la visita al PR+825, entrada de la cabecera municipal de Bituima y en donde a margen derecha de la Vía Concesionada se encuentra una poceta donde, al parecer una persona cayó en esta obra. Durante esta inspección se pudo evidenciar una poceta de paso ubicada en el costado derecho de la vía que conduce a la Vereda Volcán y Aposentos, la cual capta las aguas del sector y las entrega a su correspondiente descole.



Esta poceta tiene las siguientes medidas:

Ancho: 2.10 m.
 Largo: 2.70 m.
 Profundidad: 2.70 m.
 Ancho del cabezote: 0.25m.



La poceta capta las aguas de tres (3) tubos, de los cuales, uno se encuentra suspendido y dos se encuentran en funcionamiento los cuales captan y conducen las aguas del sector.

Debido a la revisión de la situación, se procedió a utilizar la poceta como medida preventiva y de esta manera se evitó la posible ocurrencia de accidentes en este sector.

De igual manera, se observa que obra respuesta por parte del gerente general de la Concesionaria Panamericana S.A.S., a la petición elevada por el alcalde del Municipio de Bituima⁹, de dicho oficio se extrae lo siguiente:

⁸ Folio 426 a 428

⁹ Folio 225

"En atención a su Oficio No. 1200.4.2012.146 radicado en nuestras oficinas el 05 de junio de 2012, por medio de la cual solicita información sobre la construcción de la alcantarilla ubicada en el PR 51-850, de la manera más atenta nos permitimos informarle lo siguiente:

1. Sobre su primera petición nos permitimos informarle que en los archivos de Concesionaria Panamericana S.A.S. no reposa ninguna información que nos permita determinar quien construyó la alcantarilla ubicada en el PR 51+ 850 ni la fecha de ejecución de la obra.

2. Sobre su segunda petición le comentamos que la entidad encargada del mantenimiento de la Alcantarilla ubicada en el Pr 51+ 850 es Concesionaria Panamericana S.A.S., bajo el contrato de Concesión OJ-121-97 suscrito con la Gobernación de Cundinamarca.

3. Sobre su tercera petición le informamos que las tapas de la Alcantarilla ubicado en el Pr 51+ 850, fueron construidas por Concesionaria Panamericana S.A.S. en septiembre del año 2010 como medida preventiva contra la eventual negligencia de personas que se acercan de forma imprudente a la alcantarilla, como ocurrió con transeúnte quien cayó a la peseta de la misma.

Ahora bien, es importante precisar que en lo que respecta a la infraestructura de transporte terrestre, se ha previsto el planeamiento y diseño del drenaje superficial, con el fin de controlar y proteger las carreteras nacionales de las aguas superficiales y subterráneas, para tal efecto se advierte que, entidades como el Instituto Nacional de Vías - INVIAS ha expedido una serie de manuales o guías para el uso en los análisis hidrológicos e hidráulicos relacionados con la red vial nacional.

Una vez revisado el Manual de Drenajes para carretera de fecha de 2009¹⁰, se advierte que entre otras cosas, se destacan los siguientes conceptos.

4.4. ALCANTARILLAS Una alcantarilla es un conducto relativamente corto a través del cual se cruza el agua bajo la vía de un costado a otro. Incluye, por lo tanto, conductos con cualquier sección geométrica: circulares y alcantarillas de cajón principalmente. El diseño de la alcantarilla consiste en determinar el diámetro más económico que permita pasar el caudal de diseño sin exceder la carga máxima a la entrada¹² (Hw) atendiendo también criterios de arrastre de sedimentos y de facilidad de mantenimiento.

4.4.1. Localización Las alcantarillas están compuestas por las estructuras de entrada y salida, el conducto o tubería de cruce propiamente dicho y las obras complementarias de encoles y descoles que conducen el agua hacia o desde la alcantarilla, respectivamente.

4.4.1.1. Aletas, cabezotes y soleras Como se expresó para las estructuras de entrada, las aletas cabezotes y soleras de salida cumplen una función hidráulica direccionando el flujo y disminuyendo la velocidad de salida, así como una función estructural conteniendo el terraplén y dándole estabilidad a la tubería.

Descendiendo al caso objeto de estudio, es claro que se desconocen las circunstancias exactas de la ocurrencia del accidente en las que el señor José Vicente Pulido sufrió diferentes lesiones, por lo que de las pruebas que reposan en el expediente, lo único que puede inferir es que se produjo por su propia culpa.

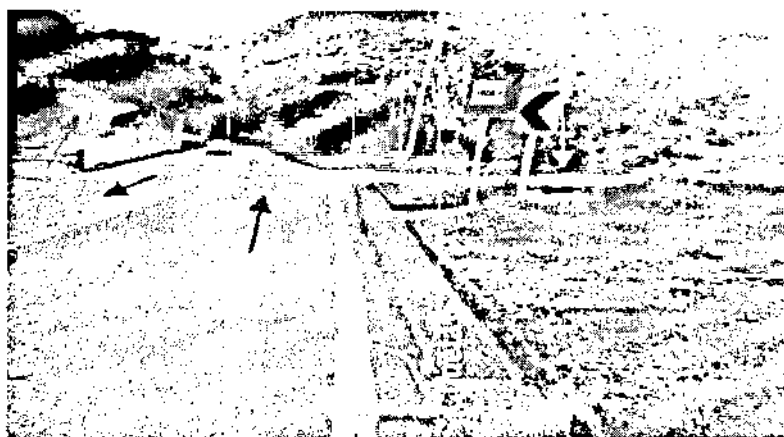
En efecto, al margen de la existencia de la alcantarilla, se encuentra que, el señor José Vicente Pulido tenía sus arraigos en la zona donde se presentó el accidente, la que era frecuentada por este, lo que permite inferir conforme lo señalado por los testigos, el conocimiento de la existencia de dicha alcantarilla.

Si bien como se advirtió en párrafos anteriores se desconocen las circunstancias en las que ocurrió la caída del señor José Vicente Pulido, se advierte que en caso de que éste hubiese transitado por la vía Chuguacal – Cambao no era dable dicha acción, por cuanto la vía no tiene cadenero peatonal por el que se pudiera transitar, así mismo, se advierte

¹⁰<https://www.invias.gov.co/index.php/archivo-y-documentos/documentos-tecnicos/especificaciones-tecnicas/984-manual-de-drenaje-para-carreteras/file>

que la alcantarilla se encuentra a una gran distancia de la carretera, por lo que en caso de tenerse que la víctima transitaba por esta vía y cayó a la alcantarilla, se entiende que fue por su actuar imprudente y falta de cuidado.

Así mismo, se advierte que la referida alcantarilla se encuentra situada a un extremo de un camino de ingreso por el que transitan personas que habitan en diferentes veredas, y que en diferentes ocasiones de manera imprudente algunos habitantes de la comunidad usaban el cabezote de la alcantarilla para sentarse, situación que fue aludida por uno de los testigos.



Por otra parte, el Despacho encuentra que la parte actora no indicó las normas o preceptos jurídicos que contenían diferentes deberes a cargo de las entidades demandadas y que fueron incumplidos por éstas.

Es importante indicar que, en casos como el que aquí se estudia en los que se alega una presunta omisión - no advertir, mediante una señalización adecuada, que se encontraba una alcantarilla abierta en la vía pública y no estar sellada - la imputación del daño debe definirse con base en lo que, el ordenamiento jurídico ordena que debía haberse realizado, es decir, en las precauciones que debieron haberse adoptado para evitar el daño ocasionado, circunstancia que, en el presente asunto no aconteció por cuanto que la parte actora simplemente se limitó a manifestar que se permitió la construcción de la alcantarilla sin su cubierta.

Así las cosas, el Despacho advierte que situaciones como la que es objeto de análisis, es procedente estudiar las normas que imponían deberes de diligencia, cuidado, control y vigilancia, por cuanto la transgresión de esa normativa, constituirá el fundamento de la imputación del daño. En consecuencia, debe limitarse a imputar la obligación de reparar un daño a un sujeto o sujetos determinados, conforme a las normas de cuidado omitidas, que hubieran llevado a evitar dicho daño.

Así las cosas, el Despacho no encuentra la falla en el servicio en la que incurrieron las entidades demandadas, en tanto que, tal y como se explicó la conducta del señor José Vicente Pulido contribuyó a la concreción del daño que es objeto de litigio.

Adicionalmente, se advierte que el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual falla en el servicio, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar: ***“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”***¹¹ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que

¹¹ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

En efecto, la parte demandante acreditó la existencia del daño, consistente en las lesiones que padeció el señor José Vicente Pulido, sin que resulte imputable a la entidad, en tanto su origen no deviene simplemente de la existencia de la alcantarilla por la que cayó, sino que además, influyó el desplazamiento del aquí demandante por el sector donde transitaba.

Lo anterior, en la medida que para el Despacho, caminar es una actividad que hace parte del actuar diario de las personas, y el sufrir una caída en desarrollo de la misma, no es causa suficiente para imputar responsabilidad al Estado, sino que constituye una omisión en el cuidado de las personas al realizar este tipo de actividades normales, más aún cuando en el caso bajo estudio, no se trataba de una alcantarilla que no fuera visible, es decir que, no se tomaron las medidas mínimas de precaución al caminar, como lo era mirar observar por donde se va iba transitando, lo que influyó en que sufriera la caída de la que se pretende atribuir responsabilidad a las aquí demandadas.

Así mismo, y en gracia de discusión, de tenerse por cierto que la caída acaeció en horas de la noche, dicho aspecto por sí solo no connota que no fuera visible la alcantarilla al punto que no podía ser advertida por un transeúnte de la zona, de manera que era carga de la parte actora acreditar que por las condiciones particulares del caso, la imposibilidad de advertir la alcantarilla fue la causa eficiente del daño.

Por ello, la conducta de la víctima se muestra culposa y concurre en la producción del daño cuya reparación reclama la parte actora.

Es así, como en el caso sub judice, estaría demostrado que el actuar imprudente de la víctima contribuyó en la configuración del daño producido con ocasión a las lesiones del señor José Vicente Pulido, fundamento del medio de control de reparación directa, pues no se acreditó que por las condiciones de visibilidad de la zona, la alcantarilla no pudiera ser perceptible, dado el tamaño de la misma.

En ese sentido se concluye que no se encuentra demostrada dentro del plenario la falla en el servicio, en virtud de la cual se pretende derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la demandada a favor de la parte actora.

5. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto el Departamento de Cundinamarca, el Instituto de Infraestructura y Concesiones de Cundinamarca – ICCU, el Municipio de Bituima debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el señor José Vicente Pulido, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra demostrada una falla atribuible a las entidades demandadas.

6. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de

las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

7. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

KAQA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020.

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2013-00022-00
Demandante :	Oscar Hernán Cuevas Meléndez y otros
Demandados :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 112**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, el señor Oscar Hernán Cuevas Meléndez, quien actúa en nombre propio en representación del menor Diego Esteban Cuevas López; Sandra Nohemy López Flores, Jessyka Alexandra Cuevas, Feliz Hernán Cuevas, Ana Joaquina Meléndez de Cuevas, Ana Joaquina Cuevas Meléndez, Alva Yanira Cuevas Meléndez y Edil Alberto Cuevas Meléndez, Luis Alejandro Rojas Jaramillo quien actúa en nombre propio y en representación de la menor Andrea Valentina Rojas Beltrán; Yorlenith Tinoco Torres, Sonia Cecilia Rojas Jaramillo, Carlos Eduardo Beltrán Jaramillo, Oswaldo Beltrán Jaramillo, Luz Dary Jaramillo Pérez y Virgilio Rojas Quevedo presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa, en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable, con ocasión de las presuntas omisiones en sus funciones, al no proteger a los señores Luis Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo, como trabajadores de seguridad de la empresa Emerald Energy Pcl con sucursal en Colombia.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 59 a 63 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda comunes para las dos familias Cuevas Meléndez y Rojas Jaramillo.

La parte actora indicó que, los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo, firmaron contrato con COLVISEG LTDA desde el 1 de marzo de 2008 y el 1 de marzo del año 2011 como coordinador y supervisor de seguridad respectivamente, con la firma Emerald Energy Pcl en el Municipio de San Vicente del Caguán.

Afirmó que, Emerald fue la primera empresa en ingresar al área de San Vicente del Caguán, pero por motivos de inseguridad suspendieron la producción de crudo, ya que las FARC tenían una gran influencia en esta zona, secuestraron cuatro trabajadores de nacionalidad china, los cuales seguían en su poder.

Adujo que, Emerald Energy Pcl sucursal Colombia firmó con el Ministerio de Defensa, el convenio de colaboración No. P10105, por esta razón los aquí demandantes sostuvieron

varias reuniones con los comandantes de la Brigada Móvil, encargados de la protección de todo el personal de Emerald, lo mismo que del cuidado de la infraestructura del sector de hidrocarburos energéticos, minero y de los bienes pertenecientes a la empresa.

Manifestó que, el 16 de febrero de 2011, se realizó reunión con el Comandante de la Brigada Móvil No. 9, para hacer las proyecciones del año 2011 de la compañía Emerald tal como ingresos de equipos de perforación, personal extranjero, distancias, riesgos para el personal, puntos críticos en las vías de San Vicente del Caguán - Los Pozos - Las Delicias - San Juan.

Señaló que, la señora Ligia Cecilia González Plazas, empleada de la empresa Emerald, el día 12 de marzo de 2011, recibió una llamada de un integrante de las FARC de la Columna Móvil Teófilo Forero Castro, citándola a una reunión para el 20 de marzo en la vereda el Retorno, a lo que se le contestó que la compañía no negociaba con terroristas, llamada que se le informó al comando militar del Caguán.

Así mismo, que se le transmitió a las fuerzas militares, comentarios de la comunidad, sobre un posible ataque a la unidad Militar que se encontraba en San Vicente del Caguán y que los comerciantes de la zona estaban siendo citados para pagar la llamada vacuna.

Adicionalmente, se informó al mayor comandante de contraguerrillas que prestaba la seguridad del convenio, sobre un hurto el 7 de marzo de 2011, a lo que contestaron que era delincuencia común, y se les requirió para mover unos explosivos de una locación a otra, a lo que tampoco el Ejército colaboró, indicando que se tenía esperar porque no tenían combustible, a lo que se pidió seguridad, de la que tampoco se obtuvo respuesta.

Sumado a lo anterior, se le informo al coronel del Caguán, que se había recibido un panfleto amenazando la vida de los ingenieros y trabajadores de la compañía Emerald, firmado por el Bloque Jorge Briceño.

Precisó que, para el 9 de junio de 2011, el señor Jaime Hernán Torres Larrota, coordinador logístico de seguridad de Emerald, denunció el secuestro de cuatro ciudadanos chinos, en la vía San Pablo, vía San Vicente los pozos, después de un mes del secuestro, el Batallón de Combate Terrestre No. 11, dio un informe a la compañía Emerald donde señalaron que por informaciones recibidas las FARC, pretendían realizar acciones terroristas contra la infraestructura petrolera y realizar secuestros en el bloque Ombu, por tal motivo, se recomendó restringir al mínimo los viajes a San Vicente del Caguán.

Teniendo en cuenta la información antes descrita, manifestó que los militares no garantizaron la seguridad y ante el inminente peligro, obligaron al señor Oscar Hernán Cuevas a tomar la decisión de proteger su vida, lo que solo se podía lograr abandonando la zona, y así mismo, el señor Luis Alejandro Rojas Jaramillo, el 25 de julio de 2011.

Por lo anterior, consideró que, la demandada omitió cumplir con el deber constitucional de protección de las personas residentes en Colombia, cuando ese compromiso constituía una obligación explícita en virtud del convenio de colaboración No. P10105 suscrito con la Empresa Emerald Energy Pcl sucursal Colombia.

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 2 de octubre de 2013, la Nación — Ministerio de Defensa — Ejército Nacional contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones. Señaló que no existía responsabilidad alguna por la presunta omisión en el deber de protección y de seguridad del señor Luis Alejandro Rojas Jaramillo y Oscar Hernán Cuevas Meléndez,

cuando se encontraban vinculados a la empresa Colviseg Ltda., quienes prestaban sus servicios de seguridad a la firma Emerald Energy Pcl, en los hechos sucedidos al parecer a partir de marzo de 2008.

Indicó que, se configuraban los eximentes de responsabilidad del hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, pues los hechos fueron causados por personas ajenas a la institución, presuntamente por grupos alzados en armas, en relación con el comunicado que trata de objetivo militar a las instalaciones de Emerald Energy.

Sumado a lo anterior, adujo que fueron los demandantes quienes quisieron correr el riesgo de contratar con Covilseg Ltda., conociendo que estaban en zona roja y que en cualquier momento por la situación del país, en ese lugar debían salir de la zona, y fue voluntad de los mismos renunciar a sus contratos.

Finalmente argumentó que, no existía material probatorio para atribuir responsabilidad alguna a la Administración Pública, pues era necesario demostrar que fue la actividad del ente demandado la causa del daño antijurídico, pues de los hechos expuestos, no surgía intervención alguna u omisión del Ejército Nacional, de la que se desprendiera su responsabilidad por desplazamiento forzado de los accionantes, toda vez que el plenario carecía de prueba idónea que así lo demostrara.

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 05 de octubre de 2012 (f. 64 c. principal) ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 29 de octubre de 2012, declaró la falta de competencia, envió el proceso a los Juzgados Administrativos de Bogotá, correspondiéndonos el 13 de enero de 2013 (f. 84 principal) y en el presente Despacho se inadmitió la demanda mediante auto del 13 de noviembre de 2015 (f. 86-87 c. principal) y subsanadas las falencias se admitió el 20 de marzo de 2020 (f. 95-98 c. principal).

El 01 de abril de 2014 se llevó a cabo la audiencia inicial (f.158-161 c. principal) y continuación de audiencia inicial el 24 de julio de 2014 (fls 172-184 c. principal).

El 08 de septiembre de 2016 (fls.403-406 c. principal), el 23 de febrero de 2017 (f. 451-454 c. principal), el 19 de abril de 2018 (fls. 491-492), y el 14 de marzo de 2019 (fls. 527-528) se realizaron audiencias de práctica de pruebas las cuales se iban suspendiendo por la imposibilidad de contar con todas las pruebas; finalmente el 7 de noviembre (fls, 543-544) se dio por terminada la etapa probatoria.

2.5. Alegatos de conclusión.

2.5.1. Parte Demandante

Presentó alegatos el 12 de noviembre de 2019, reiteró los argumentos expuestos en la demanda, indicando que respecto de la culpa exclusiva de la víctima, carecía de sustento, como quiera que para la época de los hechos resultaba previsible para la demandada la generación del daño.

Señaló que, las autoridades militares estaban informadas del peligro que representaban para el señor Oscar Hernán Cuevas Meléndez y para Luis Alejandro Jaramillo, mantenerse en la zona sin la debida seguridad y sin que se hiciera las actuaciones necesarias, tanto en inteligencia como en operativos, para contrarrestar la amenaza contra la seguridad personal y contra la vida de los demandantes, por lo que, el Estado debió utilizar todos los medios para lograr el respeto a la vida y derechos de todas las personas.

Precisó que, la entidad omitió cumplir con el deber constitucional de protección de las personas residentes en Colombia, pero aún más, cuando ese compromiso constituía una obligación explícita en virtud del convenio de colaboración No. P10105, suscrito con la empresa Emerald Energy Pcl, y una confianza superior de que sus valores estaban debidamente protegidos, la que no fue así, puesto que la entidad demandada no cumplió con el contrato y los demandantes tuvieron que dejar el trabajo y no esperar a que atentaran contra sus vidas.

Finalmente, solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda. (fl.546-556 c. principal).

2.5.2 Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Radicó escrito de alegatos de conclusión el 25 de noviembre de 2019, en el que manifestó que, era cierto que se firmó un convenio para los periodos 2010 y 2011, sin embargo, los demandantes decidieron renunciar a sus trabajos para venir a Bogotá.

Reiteró que, los hechos de los demandantes descartaban la responsabilidad de la entidad estatal respecto daño alegado, es decir, la renuncia de sus labores, que fue decisión propia, independiente de las causales y circunstancias que afrontaban, pues las mismas fueron causadas por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, pues los hostigamientos que citaron se produjeron por grupos al margen de la ley.

Afirmó que, en la cláusula novena del contrato señalaba: *“EL MINSITERIO DE DEFENSA NACIONAL... NO GARANTIZA la no ocurrencia de acciones terroristas o de otros eventos de similar naturales, ya que en las actividades que desarrollara son de medio y no de resultado...”*, así mismo: *SUSPENSIÓN “ La ejecución del presente convenio se suspenderá total o parcialmente cuando el MINISTERIO DE DEFENSA- FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA deba atender necesidades por fuerza mayor y por tales circunstancias, se haga necesario el traslado y envío de las tropas para restablecer en otro lugar el orden público...”*

Indicó que, de las apreciaciones personales de la parte actora, no se demostraba que el daño causado a la parte actora tuviera su origen en una falla atribuible a la entidad demandada, pues existía ausencia de medios probatorios, que permitieran acreditar la falla en el servicio de la demandada, carga probatoria que le correspondía a la parte demandante.

Por último, adujo que, no surgía alguna omisión del Ejército Nacional, de la que se pudiera desprender su responsabilidad por la renuncia de los demandantes a su trabajo, en consecuencia, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. (fl.557-567 c. principal).

2.5.3. El agente del Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1.Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclaman los señores Luis Hernán Cuevas Meléndez quien ostentaba el cargo de Coordinador de seguridad y Luis Alejandro Rojas Jaramillo en el cargo de supervisor de seguridad, que desempeñaban en la empresa Emerald Energy Pcl con sucursal en Colombia, que tuvieron

que renunciar a sus trabajos para salvaguardar sus vidas.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado —o determinable—; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

Responsabilidad del Estado en caso de graves violaciones a Derechos Humanos.

Al respecto, el Consejo de Estado² ha precisado:

5.5.2.- Sabido es que el Estado asume obligaciones erga omnes de respeto y garantía³ de los Derechos Humanos de quienes están sometidos a su jurisdicción⁴. El primero de tales

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA – Sentencia del 7 de mayo de 2018 - Radicación número: 63001-23-31-000-2003-00463-01(33948).

³ Cfr. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 2.1 “Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a **respetar y a garantizar** a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto (...) (Resaltado propio).

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a **respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio** a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (...) (Resaltado propio).

Constitución Política. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho (...) fundado en el **respeto de la dignidad humana** (...). Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes** consagrados en la Constitución. Artículo 5º. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la **primacía de los derechos inalienables de la persona** (...). (Resaltado propio)

⁴ “En definitiva, de lo que se trata es de determinar si la violación a los derechos humanos resulta de la inobservancia por parte de un Estado de sus deberes de respetar y de garantizar dichos derechos [reconocidos

deberes tiene como fundamento la primacía de los derechos inherentes a la persona, de ahí que el poder estatal y el ejercicio de las atribuciones de los agentes encuentren en aquellos su razón de ser, base de legitimidad y barrera infranqueable⁵.

5.5.3.- En ese contexto, la obligación de respeto emerge como mandato de abstención, dirigido a los agentes estatales, de no ejecutar acciones violatorias de los derechos humanos, alcance que se precisa atendiendo los estándares convencionales y constitucionales de cada derecho en particular.

5.5.4.- Al estar incardinada la acción estatal de esta manera, resulta patente la violación del deber de respeto en eventos en los cuales directamente, por acción u omisión, el Estado viola o lesiona indebidamente uno de los derechos protegidos⁶, cuando establece medidas que conducen a obstruir o impedir el disfrute de los derechos o cuando, en escenarios de contexto, se acredita una aquiescencia o colaboración de agentes estatales con terceros⁷.

5.5.5.- De otro tanto, el deber de garantía dice relación con la obligación de disponer de una estructura estatal bien organizada que asegure el ejercicio de los derechos, lo que comprende tanto un escenario normativo, esto es un orden jurídico que cree esas condiciones de aseguramiento, como uno fáctico donde la conducta de los agentes estatales pueda ser apreciada como la obligada traducción al mundo de la realidad y eficacia del compromiso de protección de los derechos⁸; a menudo se asocia este deber con la

por la Convención], que le impone el artículo 1.1 de la Convención". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 173.

⁵ "Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo." Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 169.

⁶ "172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial." Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 172.

⁷ "180 (...) para fincar responsabilidad estatal por transgresión al deber de respeto en relación con el actuar de terceros, no basta con una situación general de contexto, sino que **es necesario que en el caso concreto se desprenda la aquiescencia o colaboración estatal en las circunstancias propias del mismo**". (Resaltado propio) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yarcé y Otras Vs Colombia, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, párr. 180. En sentido similar Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs Brasil, Sentencia de 20 de octubre de 2016, párr. 336.

Esta Subsección ha sostenido similar consideración en casos en los que ha evidenciado que la omisión de las autoridades estatales y la acción de terceros particulares ha obedecido a contextos de connivencia de unos y otros. Sobre el particular: "9.38.- En este orden de ideas no cabe duda para la Sala que el hecho que es objeto de pronunciamiento judicial –las muertes colectivas en Frías– tuvieron lugar en un contexto de macro criminalidad adelantada por miembros de las llamadas "autodefensas" o "paramilitares" que, en lo que respecta a la zona del Norte del Tolima, contaron con el apoyo y promoción de diversos miembros de entidades públicas encargadas de ejercer las competencias de seguridad, protección, mantenimiento del orden público e investigación de los delitos. (...) 9.40.- Así las cosas, y como ya lo adelantó, la Sala considera que la responsabilidad que se atribuye a la entidad demandada, a título de falla del servicio, se debe al ostensible, grosero y nefasto incumplimiento de deberes normativos positivos a su cargo, debiéndose ello no a una simple omisión o negligencia desinteresada sino obedeciendo a la situación de connivencia, cooperación y ayuda presente entre los miembros del Ejército Nacional y la Policía Nacional con los integrantes del ya pluricitado Frente". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 3 de diciembre de 2014, Exp. 35413.

⁸ "166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar" el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

obligación de adoptar medidas positivas que tiendan a dar efectividad a los derechos y no obstruir su ejercicio.

5.5.6.- En virtud a ello se sabe que "no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre".⁹

5.5.7.- Al amparo de este deber se desprenden otros específicos tales como los deberes de: formar un juicio razonable sobre la probabilidad o certidumbre de esas noticias, base sobre la que se debe valorar el merecimiento de acciones de protección para asegurar los derechos que se han identificado como afectados, toda vez que atendiendo las peculiaridades del caso podrá estructurarse un deber fundamental de prestación, concretamente de prevención y protección, y se juzgará si el Estado satisfizo razonablemente ese deber.

5.5.10.- Como lo ha sostenido el Comité de Derechos Humanos: "no es posible que los Estados descarten las amenazas conocidas contra la vida de las personas que están bajo su jurisdicción sólo porque estas personas no estén detenidas o presas. Los Estados Parte tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas"¹⁰

5.5.11.- Así, es deber del Estado investigar, captar y producir información relevante a los fines de identificar y valorar debidamente el riesgo, por conducto de los instrumentos que prevé el ordenamiento. Por ende, se trata de prestaciones estrechamente vinculadas a la garantía de los derechos de la persona, tanto que su insatisfacción frustra las demás cargas asociadas a ese deber estatal, como son poner al corriente a la persona o colectivo de la situación de riesgo, informar las medidas de protección disponibles y la adopción de aquellas necesarias; cuestiones estas que han sido advertidas por la jurisprudencia interamericana:

"201. (...) corresponde a las autoridades estatales que toman conocimiento de la situación de riesgo especial, identificar o valorar si la persona objeto de amenazas y hostigamientos requiere de medidas de protección o remitir a la autoridad competente para hacerlo, así como ofrecer a la persona en riesgo información oportuna sobre las medidas disponibles. La valoración sobre si una persona requiere medidas de protección y cuáles son las medidas adecuadas es una obligación que corresponde al Estado y no puede restringirse a que la propia víctima lo solicite a "las autoridades competentes", ni que conozca con exactitud cuál es la autoridad en mejor capacidad de atender su situación, ya que corresponde al Estado establecer medidas de coordinación entre sus entidades y funcionarios para tal fin."¹¹

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos." Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. párr. 166-167.

Sobre este particular la jurisprudencia constitucional ha considerado que "no basta con la mera consagración de los derechos humanos en normas internas para cumplir con la obligación de garantía, sino que se requiere del cumplimiento efectivo de las leyes y la imposición de consecuencias adversas respectiva por su desacato" Corte Constitucional Sentencia T-786 de 2003.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 243.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos. Comunicación No. 195/1985 de 23 de agosto de 1990. CCPR/C/39/D/195/1985. Caso William Delgado Páez Vs Colombia, párr. 5.5.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vélez Restrepo y familia Vs Colombia. Sentencia de 3 de septiembre de 2012, párr. 201. En el mismo sentido véase Caso Luna López Vs Honduras, Sentencia de 10 de octubre de 2013, párr. 127; Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs Colombia. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, párr. 526 y Caso Yarce y Otras vs Colombia, Sentencia de 22 de noviembre de 2014, párr. 193.

5.5.12.- Ahora bien, conforme a la base que se desprende de los deberes de garantía, resulta posible atribuir al Estado responsabilidad por violación a los derechos humanos a consecuencia de la acción de particulares; sin embargo, ello no es regla absoluta ni implica una atribución automática al Estado.

5.5.13.- Faltará, en cada caso particular, advertir la concurrencia de criterios que hagan transmutar ese abstracto deber de garantía en específicos mandatos de prevención y protección, para lo cual la jurisprudencia de esta Corporación¹², en armonía con los estándares convencionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que ello será así siempre que exista evidencia suficiente de (i) la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo, (ii) conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo y (iii) la no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o evitar tal riesgo¹³.

5.5.14.- Así, el juicio de imputación de responsabilidad se encuentra determinado por la extensión de las medidas razonablemente exigibles al Estado en razón a los deberes de garantía, prevención y protección en las relaciones de interacción que desarrollan los particulares entre sí.

5.5.15.- Tal consideración ha llevado a precisar que “un Estado no puede responder por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción”¹⁴⁻¹⁵; acorde con esa idea es que se torna necesario aproximarse a los hechos jurídicamente relevantes del asunto en particular, puesto que todo acto violatorio de derechos humanos perpetrado por un particular “no es automáticamente atribuible al Estado”¹⁶; de ahí que, en orden a llevar a cabo ese escrutinio judicial, resulta imperioso tomar en consideración la condicionalidad de las medidas de prevención y protección en favor de los particulares, toda vez que éstas se tornarán exigibles siempre que se pueda advertir el “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese

¹² Así, la Sala ha sostenido: “De acuerdo con esta doctrina, se requiere analizar conforme a las particularidades de cada caso, los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que permitan deducir la existencia de un riesgo en la preservación de la vida o integridad física de un ciudadano y que frente a ello las autoridades públicas desatendieron, en concreto, el deber de adoptar medidas de protección o que estas devinieron en deficientes. Esto no es más que imponer siempre la cognoscibilidad actual de la situación de riesgo respecto de la que se pretende adscribir un deber positivo de actuar a cargo de la autoridad pública que está obligada a evitar el resultado dañoso. Solo así, se podrá discutir si existía un deber de ejecutar una acción positiva en tal o cual sentido, y si la misma, hipotéticamente, podía evitar el resultado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de junio de 2011, Exp. 19980.

¹³ “la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante no pueden ser valorados a partir de escenarios abstractos o genéricos. Si bien se ha precisado que el Estado se encuentra vinculado jurídicamente a la protección y satisfacción de los derechos humanos y/o fundamentales, es menester precisar que, de acuerdo a una formulación amplia de la posición de garante, se requiere, adicionalmente i) que quien es obligado no impida el resultado lesivo, siempre que ii) esté en posibilidad de hacerlo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 29 de febrero de 2016, Exp. 36305.

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Bello Vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 123.

¹⁵ “9.23.- Aunque es cierto que no cualquier violación de Derechos Humanos deviene en imputable al Estado, ipso iure; también lo es que el Estado ve comprometida su responsabilidad en aquellos casos donde por la omisión de adoptar medidas eficaces de protección a la población civil se presentan escenarios de delincuencia generalizada por parte de actores armados al margen de la ley. En este estado de cosas, la responsabilidad del Estado se configura a partir del desconocimiento de sus deberes de garantía para con la población civil, los cuales se estructuran en verdaderos deberes jurídicos concretos de acción cuando, dadas las circunstancias fácticas que rodean el contexto en que ocurrieron los hechos, se exigía del Estado la ejecución de acciones positivas y, sobre todo, eficaces, en orden a la evitación del resultado dañoso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 3 de diciembre de 2014, Exp. 35413.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ibid.*

riesgo”¹⁷ o, como lo ha referido esta Sala, “los razonamientos jurídicos sobre la estructuración y violación de la posición de garante institucional no proceden de modo genérico o abstracto sino que éstos necesariamente deben concentrarse o concretarse en las cuestiones que rodean cada asunto en particular”¹⁸. (Subrayado del texto)

3.3. El daño antijurídico.

En cuanto al desplazamiento de los demandantes, obra copia de los contratos de trabajo de duración determinada por la labor de dirección, confianza y manejo del señor Oscar Hernán Cuevas, donde se indica que inicio el 1 de marzo de 2008, en el cargo de coordinador de seguridad en desarrollo del acuerdo comercial con la firma Emerald Energy Pcl, y del señor Luis Alejandro Rojas Jaramillo, desde el 1 de marzo de 2011, en el cargo de supervisor de seguridad.¹⁹

Obra copia de las renunciaciones del 25 de julio de 2011, a los cargos de coordinador del señor Oscar Cuevas Meléndez y el supervisor Luis Alejandro Rojas Jaramillo, que venían desempeñando en la Compañía Emerald, aduciendo amenazas recibidas por el grupo terrorista de las FARC en el área de San Vicente del Caguán Bloque Ombu.²⁰

Se allegó al plenario certificación del señor Oscar Hernán Cuevas Meléndez, el 5 de agosto de 2011, en la que se indicó que el señor Oscar tuvo que abandonar la región por amenazas contra su vida provenientes de las guerrillas de las FARC, de igual manera certificación del señor Luis Alejandro Rojas Jaramillo²¹.

Se arrió al proceso denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, realizada por el señor Oscar Hernán Cuevas Meléndez, en la que reiteró que tuvo que renunciar a su trabajo por las amenazas realizadas por parte de las Farc del 22 de julio de 2011.²²

De lo anterior se tiene que, en cuanto al desplazamiento de los actores, que el 25 de julio de 2011, los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas renunciaron a la Empresa Colviseg Ltda., por presuntas amenazas del grupo a margen de la ley de las FARC de San Vicente de Caguán.

Se tiene que los aquí demandantes trabajaban para la empresa Colviseg Ltda., quien a su vez prestaba sus servicios de seguridad a la empresa Emerald Energy Pcl Sucursal Colombia, que el señor Oscar Hernán Cuevas Meléndez, trabajaba como coordinador de seguridad desde el año 2008 y Luis Alejandro Rojas Jaramillo desde el año 2010 como supervisor de seguridad, hasta el 25 de julio de 2011.

Ahora bien, a efectos de determinar si de dicha condición resulta posible atribuir responsabilidad a la entidad demandada, conforme al régimen jurídico expuesto anteriormente, para determinar si el mandato de prevención y protección que le asiste el Estado se incumplió, deberá analizarse si existe evidencia suficiente de (i) la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o un grupo, (ii) conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo y (iii) la no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o evitar tal riesgo.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo Vs Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 78.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 1º de abril de 2016, Exp. 55079, párr. 10.5.8.

¹⁹ Fls. 12-15 C2 pruebas

²⁰ Fls. 16-17 C2 de pruebas

²¹ Fls. 26-27 C2 de pruebas

²² Fls 65-76 C 2 de pruebas

1. La existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo.

No se allegó ninguna prueba siquiera sumaria o certificaciones donde constara que personalmente los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo fueron amenazados por el grupo de las Farc.

Si bien es cierto, los señores demandantes sostenían un contrato laboral como coordinador y supervisor de seguridad de la empresa Colviseg, y la misma a su vez prestaba los servicios de seguridad a la Compañía Emerald Energy y Pcl, sucursal Colombia, está compañía firmó convenios de seguridad con el Ministerio de Defensa, para ejercer la actividad de explotación de crudo y transportarlo, porque era un hecho notorio la violencia generalizada presentada en Colombia, durante el desarrollo del conflicto armado, en el que grupos organizados al margen de la ley, han perpetrado infracciones al Derecho Internacional Humanitario, en consecuencia las compañías explotadoras de crudo conocían la situación particular del país, y deciden correr ese riesgo y buscan protección, firmando convenios de colaboración de seguridad con el Ministerio de Defensa.

De otro lado, en audiencia de pruebas el 12 de marzo de 2015, se recaudaron los testimonios de las señores **Ligia Cecilia González Plazas y Alfonso Gonzalo Ortiz**, quienes adujeron que, la entidad demandada omitió prestarles garantías a los señores Oscar Hernán Cuevas y Luis Alejandro Jaramillo, cuando trabajaban para la Empresa Emerald en el Municipio de San Vicente del Caguán, circunstancia que según a su sentir, los obligó a desplazarse de su sitio de trabajo, sin embargo, los dos testigos se encuentran de acuerdo con que las amenazas y panfletos no iban dirigidas a una persona específica con nombres como el de los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo, adicionalmente que estas amenazas durante muchos años se venían presentado.

Afirmó el señor Alfonso Gonzalo Ortiz que no era la primera vez que sucedía, así mismo, que siempre existió pelotones de militares dentro de las bases de explotación y la empresa, y seguidamente se hacían reuniones para seguir protocolos de seguridad de los empleados de la compañía.

Posteriormente el 23 de febrero del año 2017, se recaudó el testimonio del ex Coronel Carlos Humberto Bedoya Ospina, prueba conjunta, quien para el año 2011 era el comandante de la brigada móvil No.9 de San Vicente del Caguán y que era el encargado de dar cumplimiento al convenio de seguridad firmado con Emerald Energy, quien manifestó:

“Preguntado Como comandante de la brigada móvil del año 2011, en San Vicente del Caguán, en cumplimiento del convenio entre la empresa Emerald y el Ejército Nacional, qué fue lo que sucedió específicamente con la seguridad de los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Alejandro y Luis Alejandro Rojas Jaramillo. Contestó: Cuando era oficial de actividad, comandante de la brigada 9, en el grado de coronel, año 2011 y el primer semestre del año 2012, combatir a los grupos de las Farc, teníamos la responsabilidad la brigada de prestarle seguridad a un proyecto petrolero que se desarrollaba en el corregimiento de los pozos, particularmente a la seguridad al bloque petrolero de Emerald, allí particularmente en la seguridad de los pozos al petrolero de Emerald, había un batallón más, el batallón número 11 de combate terrestre, cuyo comandante era el mayor Gamba, ese batallón más un pelotón brindado de caballería, más un pelotón de Motorizados, había también dos o tres compañías más agregadas a la seguridad de ese bloque petrolero, constantemente todos los días se daban las instrucciones para la seguridad, y que se debía cumplir en ese punto, que era la seguridad exclusiva del bloque petrolero Emerald. Juez: Si lo recuerda, esas reuniones cada cuánto se hacían, como comandante, frente a la coordinación para la protección para los empleados de la misma. Contestó: Funcionaba esta unidad con un documento que se llama orden de operaciones, yo todos los días en la mañana y en la tarde con conferencia radial, se coordinaban temas que estaban cumpliendo la unidad, se tocaba temas de tipo administrativo, las coordinaciones directas, que era un señor

Cuevas, yo hablé con ellos por teléfono como dos veces, ellos hablaban con el superior que era el comandante del Caguán, el coronel Carlos Alberto Herran Robles, era el superior, se cumplían protocolos especiales, para la seguridad de ese complejo petrolero, se hacían reuniones, se dejaban actas correspondientes, se mandaba documentos y los hacían llegar a la empresa, una carpeta con el tema de seguridad del complejo petrolero, de todas las reuniones y coordinaciones que se hacían, se hacían reuniones y constantemente se hacían operaciones para contrarrestar la amenaza en contra de los terroristas que atentaban con la petrolera, desde el nivel brigada nueve, hasta el comandante superior. Preguntado: Juez; precísele esa organización de los comandantes, el once y el nueve era el general de todos, explicando, y específicamente en qué consistieron y qué medidas se adoptaron frente a la seguridad de los trabajadores de la mina. Contestó, funcionaba la fuerza Omega es la Unidad superior que mandaba todo el sector oriental del país y tenía muchas brigadas y muchos comandos específicos en el de San Vicente del Caguán, otra fuerza que queda en la Macarena unidades superiores, la brigada móvil como tal dependía del comandante del Caguán, el comandante era el coronel Herran, el comandante del Caguán tenía la brigada móvil 6, la brigada móvil 9 tenía bajo su mando y otras dos móviles que no recuerdo, y particularmente tenía bajo su mando cuatro batallones de combate terrestre 70, 71 y 72, tenía agregado operacionalmente al batallón de combate terrestre 11, que es el batallón de la empresa Emerald, y tenía agregado un pelotón brindado, dentro de la organización tocaba distribuir las cargas, había tanta amenaza para la época a esa empresa aparte se le colocaban más tropas, yo considero que para esa época había un batallón y medio, y ustedes lo pueden consultar, en el INSITOP es donde las tropas manda su ubicación exacta vía satelital, mediante ese documento, (...) en su experiencia que dio lugar al mismo y qué medidas se habían tomado por las fuerzas militares. Contestó: si, cuando yo estaba en el año el 2011 se presentó un secuestro de 4 funcionarios de nacionalidad china, fueron sacados del campo donde ellos cumplían sus labores en Emerald dentro del campo no sé, medidas son demasiadas, el dispositivo de las tropas se presentó pero tropas en el sector y dentro del campo habían, Preguntado: manifiesta al despacho que después de los secuestros fue informado que las Farc pretendía tomar acciones terroristas contra la infraestructura petrolera y realizar secuestros en el bloque. Contestó: si constantemente se recibían alarmas, inclusive y atentados terroristas, se recibía información que se querían atacar contra las tropas, por esos se incluían varias tropas, por eso se mantenía un dispositivo amplio para evitar que los atentados se fueran a realizar. (...) convenio en el año 2011, para la época de los secuestros de los chinos, la orden era prestar seguridad, el que la manejaba era la unidad superior mía el comando superior, consistía en se comprometía el ejército a prestarle seguridad para que ellos pudiera hacer sus labores de petróleo, sin el apoyo del ejército no podrían entrar a ese sector. Preguntado: Usted conoce a los señores Oscar Hernán y Luis Alejandro. Contestó: al señor Cuevas si lo conocí, hablé por teléfono con él varias veces, al señor Rojas no lo conocí. Preguntado: En qué forma lo conoció. Contestó: él era el coordinador de seguridad de la empresa Emerald. Preguntado: Indique si los señores Oscar Hernán y Alejandro solicitaron la colaboración de las fuerzas militares de las amenazas de los grupos insurgentes que se encuentran en el Caquetá, directamente a ellos. Contestó: Amenazas particulares contra ellos no recuerdo que haya ocurrido, a toda hora había seguridad en el complejo, no recuerdo de amenazas a x o y personas, habían amenazas constantes contra las tropas y el complejo en sí. Preguntado: Manifieste si tiene o no conocimiento que con respecto de las diferentes reuniones en el comando específico del Caguán, los señores Osca Hernán y Luis Alejandro asistían por su propia iniciativa o eran citados a la misma por funcionarios del Ejército Nacional. Contestó: Miré cuando yo hice reuniones me tocó reiterar, uno entiende que para ellos es complicado el desplazamiento de los pozos hasta San Vicente, ellos a veces no iban, pero en el complejo como tal a diario ellos mantenían en contacto y coordinación con el mayor Gamba, pero el señor Cuevas sí estuvo conmigo en varias reuniones conmigo, que ahí están las fotos, el señor Rojas yo no lo recuerdo: (...) Preguntado: En las medidas de seguridad, en la documentación, qué tipos de operaciones se adelantaban a la empresa Emerald, al bloque de operación que funcionaba (...) Los panfletos siempre eran originados por las Farc, hacían alusión el mensaje concreto no lo recuerdo dos o tres oportunidades, le entregan a los campesinos, anunciaban los paros que ellos patrocinaban dirigirse a x o y lugar en la región, preguntado: Usted tuvo un conocimiento específico sobre alguna amenaza en contra de los demandantes Hernán Cuevas y Luis Alejandro Rojas Jaramillo directamente. Contestó: NO. En esa región la

condición como militar activo de que cualquier funcionario público se pone en riesgo, la amenaza era latente, pero en particular no. Preguntado: Sírvase informar al Despacho cuántas personas integraban el Batallón y que adicionalmente tenía la colaboración de otro medio comando, cuál era ese otro medio comando: Contestó: un batallón si no me falla 4 compañías de combate terrestre, cada compañía está integrada por 72 hombres, y aparte tenía un pelotón brindado con carros y con tanques, tiene 36 hombres, y aparte de eso tenía dos compañías más agregadas, y también se implementó cumplir mayor extensión y mayor seguridad un pelotón de motos que andaban en motos motorizadas de 40 o 41 hombres, esa era las tropas que se encontraban ahí mientras yo estuve bajo el mando. Preguntado: Precísele al despacho físicamente este Batallón Gamba en el municipio de los pozos como a qué distancia se ubicaba del perímetro de las instalaciones de la empresa petrolera Emerald. Contestó: Las tropas estaban puntuales sobre dispositivo en general, el bloque como tal, estaba cubierta el área (...)

Testimonio del señor coronel retirado Carlos Alberto Herran Robles, comandante del Batallón de San Vicente del Caguán, prueba solicitada en conjunto por las partes, del que se extrae lo siguiente:

" (...)hubo varias reuniones, debían tener unos controles de San Vicente del Caguán a los pozos, cuando usted recibe información, no quiere decir que de inmediato vayan a pasar, en el proceso de entrega en el año 2012, se reforzó la seguridad, la empresa requirió mayor seguridad, nosotros les proveímos la seguridad, dedicamos un batallón de contraguerrillas para asegurar las actividades laborales y la ruta de los pozos a San Vicente del Caguán, a los directivos de la empresa Juan Carlos Estrada, el dio instrucciones internamente a los coordinadores de la fecha, uno era el señor Cuevas y el otro era Gilberto Jaramillo, la información era que iba haber un secuestro, había tropa regada por toda la zona, sobre todo en esos controles, una hora de carreta destapada, pero las condiciones de la vía eran muy buenas, (...) un día antes del secuestro de los chinos se verificó que todo estuviera bien, al otro día empezamos hacer cierres despegar tropas por todas partes, para dar con el paradero de los chinos, encontramos un jean, y las prendas, apareció el conductor, eran chinos de diferentes empresas taladros de Keruim y de gran muralla, tenían un intérprete, cuando se hizo la trazabilidad, evidenciamos dos de diferentes empresas decidieron irse a San Vicente hacer vueltas, pero tenían ya la información que debían informar y reportar para ejercer el control de vía, porque existía esa amenaza, todo lo que tenía que ver con el movimiento de tropas, simplemente, fui informado después, dado la gravedad de los hechos, tema del impacto internacional, empezó todo el mundo a intervenir, (...) movimos tropas tuvimos toda la brigada comprometida para recuperar los chinos, llegó un momento en el que se presentaron muchas variables, desinformaciones, hubo una información los ciudadanos estaban ubicados en cierta ubicación, se tuvo contacto con la empresa frente a la intervención pueden poner en riesgo, en dos años y medio fueron liberados. Frente a las reuniones siempre se mantuvieron informados de la situación, la labor que desarrolló el Ejército fue suficiente para poder lograr la liberación de los ciudadanos chinos, (...) Preguntado: en este caso se demanda la omisión en el cuidado de los señores Hernán y Luis Alejandro: yo los conocí porque nos reunimos con él cuando estaba de comandante de la brigada 9, cuando ya fui comandante del Caguán, esa responsabilidad le quedó al coronel Bedoya, nosotros seguíamos insistiendo de la situación, al coronel Cuevas lo conocí, con el respeto de la Doctora, uno en la condición de retirado le ofrecen un trabajo en esas zonas, uno es consciente del peligro al que se enfrenta (...) siempre se estaba combatiendo con los grupos insurgentes con muy buenos resultados, no estaba el accionar rebosado, San Vicente del Caguán era un municipio que aun hoy en día están influenciados por las Farc a través del tiempo (...) cuando la empresa requirió más tropas tuvieron 22 pelotones 30 hombre por 22 es un poco de gente ahí metida, se les puso mucha gente, tropas destinadas para esa seguridad c. Preguntado: Conoce al señor Luis Alejandro Rojas, Contestó: No. Preguntado: Sabe si el señor Cuevas Meléndez presentó o no solicitud en algún momento para la seguridad o protección por parte de las fuerzas militares por las amenazas de los grupos insurgentes que se encontraban en el Caquetá. Contestó: cuando yo llegué a la comandancia de la brigada 9 el coronel Hernán ya estaba trabajando en los pozos, trabajamos a la par, pero él no me dijo que necesitaba seguridad, o haya un documento de la zona, pero eso hace

parte de la gestión de la seguridad que deben hacer, las reuniones se citaba por ambas partes.(...): Usted sabe cuántos oficiales había en esa empresa. Contestó: habían varios oficiales, el coronel Cuevas, Gilberto Jaramillo, pero decir que la amenaza era directa para el oficial Cuevas no, yo tampoco conocía como eran las rotaciones. El ejército mantuvo puestos de control de los pozos hasta San Vicente de Caguán, el control que se ejercía era permanente, en el pueblo el ejército tenía una oficina de atención a la comunidad, que hacían todas las personas que de San Vicente salían pasaban por ahí, y se les preguntaba información de terroristas, el tema de recibir información (...) este panfleto básicamente como lo interpreto yo, no recuerdo haberlo visto, pero en ese tiempo eran normal los panfletos, no solo las Farc, recuerdo también había panfletos de las águilas negras, supuestamente estaban ingresando a San Vicente, circulaban varios panfletos, la amenaza era para toda la empresa, era para que la empresa les pagara y dejarlos trabajar libremente. Apoderado parte demandada: Qué acciones se iniciaban institucionalmente con la problemática de las Farc, cada vez que se presentaba un panfleto, de las diferentes frentes de las Farc (...) Contestó: normalmente nosotros hacíamos consejos de seguridad con el Alcalde, donde participaba la fuerza pública, eso suscitaba mucha opinión pública que habían organizaciones de tendencias de izquierda, ellos veían en peligro la seguridad, se descartó que esos panfletos era infundados, normalmente se les asignaba lo pertinente en el caso de Emerald, manteníamos intercambio de información, (...) siempre habían operaciones mantenidas, el hecho de mantener tropas en el área es operando el despliegue por todas las áreas, cerrar para poder reaccionar. (...)”

Así las cosas, y dada la flexibilización de la pruebas que debe darse en casos de violaciones a Derechos Humanos, de valorarse la totalidad de las pruebas en precedencia, se puede extraer la difícil situación de orden público que atravesaban diversos municipios del departamento del Caquetá en específico los pozos en San Vicente del Caguán, donde se extraía el crudo, tanto es así que, como se dijo anteriormente, la Compañía Emerald firmó convenio con el Ministerio de Defensa, para poder realizar esta actividad, de lo que los demandantes tenían conocimiento cuando aceptaron los cargos de seguridad, pues sabían que la zona era riesgosa, no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, en el caso bajo estudio, de las pruebas aportadas, la parte actora no acreditó la existencia de una situación de riesgo real e inmediato en su contra particular, como presupuesto para que el Estado adoptara diversas medidas de seguridad en ese específico asunto.

De los testimonios y las pruebas obrantes en el expediente, se extrae que el Ejército siempre mantuvo la vigilancia con sus batallones tanto al personal como a la infraestructura de la compañía y que fueron los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo, los que de manera voluntaria renunciaron a sus cargos, porque las amenazas y panfletos desde la llegada de la compañía a la zona de los pozos, siempre se habían presentado, como quedó comprobado en los testimonios de las partes e incluso el señor Oscar Hernán Cuevas trabajó en esta zona desde el año 2008, conociendo de antemano estas situaciones, que por ser oficial retirado del Ejército es que precisamente, las empresas de explotación de hidrocarburos los contratan para que colaboren con la seguridad de la compañía, entonces no es de recibo de este Despacho que las amenazas fueran dirigidas personalmente a los aquí demandantes.

Conforme a lo anterior, a juicio del Despacho no obran pruebas dentro del expediente que permitan imputar responsabilidad a la entidad demandada, porque a pesar de que de antemano las autoridades sabían del riesgo, tanto como la Empresa Emerald Energy Pcl y los señores demandantes, como se adujo en precedencia, esta zona tiene presencia de conflicto armado y es de conocimiento público, la situación que ha tenido que vivir está zona del país y aún más para la época de los hechos-

Obran pruebas que acreditan que efectivamente las autoridades tenían conocimiento de las amenazas a la compañía Emerald Energy Pcl, pues al ser una compañía extranjera que se

encontraba extrayendo crudo, se convertía en objetivo para los grupos insurgentes, situación de la que todos eran conscientes, sin embargo, de las presuntas amenazas directas a los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo, no se tuvo conocimiento previo de las entidades demandadas, pues no se corrobora la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para los demandantes, en la medida que no reposa ninguna circunstancia de aviso o alarma presentada a alguna autoridad, que indicara los presuntos hostigamientos que padecían por parte de subversivos, como presupuesto para que el Estado adoptara más diversas medidas de seguridad en ese específico asunto.

2. Conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo.

En el caso bajo estudio, se tiene que la Empresa Emerald Energy Pcl realizó convenios de apoyo de seguridad con el Ministerio de Defensa, siendo conscientes de la situación de orden público de la zona de los pozos – San Vicente del Caguán.

Al respecto, la empresa Emerald Energy Pcl sucursal en Colombia, cuyas actividades era la perforación de pozos de petróleo para su extracción, para el caso funcionaba en el área del bloque Ombu sede en la inspección de los pozos Caquetá, suscribió convenios de seguridad con el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional para la seguridad de la extracción de crudo, transporte del mismo y el personal, y suscribió convenios de seguridad con el Ministerio de Defensa, dentro del expediente se encuentran los siguientes convenios:

- Convenio de colaboración No 09097, entre el Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares y la Compañía Emerald Energy PCL sucursal de Colombia, desde el 01 de enero de 2010 a 31 de diciembre de 2010.²³
- Convenio de colaboración No 110105, entre el Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares y la Compañía Emerald Energy PCL sucursal de Colombia, desde el 01 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011.²⁴
- Convenio de colaboración No 12-014, entre el Ministerio de Defensa – Fuerzas Militares y la Compañía Emerald Energy PCL sucursal de Colombia, desde el 01 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011.²⁵

Corolario a lo anterior, se prueba totalmente que si bien es cierto las fuerzas militares estaban al tanto de la situación de riesgo de la zona en conflicto y en cumplimiento de los convenios mencionados siempre mantenían un bloque de seguridad e incluso más extenso que el estipulado en los convenios, según testimonios del coronel Carlos Humberto Bedoya Ospina, comandante de la Brigada 9, que era la encargada del cumplimiento del convenio, y del coronel Carlos Alberto Herran Robles, comandante del Batallón de San Vicente del Caguán, para la época, estos afirmaron que siempre hubo más seguridad que la convenida en la zona donde se realizaba la actividad de perforación y donde funcionaba la planta de personal, y que se encontraba como personal militar más de 700 soldados al servicio de Emerald Energy y Pcl, porque el riesgo era previsible, sin embargo, no era la previsión de todos los posibles hechos los que configuran la omisión y el consecuente deber de reparar, sino las situaciones individuales de cada caso.

Para el presente caso como se explicó anteriormente, la situación de amenaza era para la Compañía Emerald Energy Pcl, por ser objetivo de los grupos guerrilleros, no obstante, no reposa prueba que demuestre que los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis

²³ Fls 201-206 C2 pruebas

²⁴ Fls 211-216 C2 pruebas

²⁵ Fls 299-310 C2 pruebas

Alejandro Rojas Jaramillo, fueran los objetivos o algún miembro de su familia, y que hubieran puesto en conocimiento de cualquier autoridad las amenazas que adujeron haber sido víctimas y que se cita fue el motivo de su desplazamiento, más que lo ya relatado, el riesgo intrínseco que corrían todos los trabajadores de la compañía Emerald Energy Pcl y que los mismos habían aceptado, al aceptar trabajar con un compañía explotadora de crudo, pues ellos por ser retirados del Ejército Nacional tenían la experiencia y conocimiento de la situación de orden público de la zona, adicionalmente eran las personas contratadas para dar seguridad a esta compañía, entonces los demandantes no estuvieron expuesto a un riesgo diferente del que aceptaron y adicionalmente tenían el apoyo de las fuerzas militares a diario, entonces no se presentó el reporte de amenaza personal a los demandantes, ni se dio a conocer dicha situación de riesgo.

3. La no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir el riesgo.

En razón a que no se acreditó que la entidad demandada haya tenido conocimiento de las presuntas amenazas recibidas por las partes actoras en específico, como ya se dijo anteriormente, se trata de un riesgo que aceptaron los particulares con la vinculación con la empresa Emerald Energy Pcl, que previamente, había firmado los convenios de seguridad descritos anteriormente, por lo que, se analizará si las fuerzas militares adoptaron las medidas necesarias y razonables para prevenir el riesgo al que se encontraba sometida la empresa.

El convenio de colaboración entre el Ministerio de Defensa y la Compañía Emerald – Energy para la época de los hechos del supuesto desplazamiento, esto es año 2011, era el Convenio de colaboración No 10105, desde el 1 de enero de 2011 a 31 de diciembre de 2011²⁶, en la que se pactaron, entre otras, las cláusulas las siguientes:

"NATURALEZA DEL RIESGO. Que grupos armados al margen de la Ley atentan periódicamente contra la infraestructura del sector hidrocarburos, energético y minero, afectando la integridad de la infraestructura y los bienes pertenecientes a la empresa.

(...)

CONTRATO DE EXPLORACIÓN PETROLERA. Que en ejercicio de su objeto empresarial la Empresa EMERALD ENERGY PCL SUCURSAL COLOMBIA, se encuentra desarrollando actividades de perforación y sísmica en el área exploratoria denominada bloque OMBU, ubicada en la inspección Los Pozo en jurisdicción del Municipio de la Macarena en el Departamento del Meta y San Vicente del Caguán. Departamento del Caquetá.

(...)

NOVENO: RESPONSABILIDAD—EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA, por virtud del presente Convenio no garantiza la no ocurrencia de acciones terroristas o de otros eventos de similar naturaleza, ya que en todo caso las actividades que desarrollara son de medio y no de resultado. No obstante, es entendido que el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – FUERZAS MILITARES DE COLOMBIA hará sus mejores esfuerzos implementando las actividades de inteligencia que se requieran para prevenir tales acontecimientos, lo mismo que para contrarrestarlos adecuadamente.

DECIMO: SUPERVISIÓN: Con el fin de verificar la correcta ejecución de este convenio e inversión de los recursos, planes de protección y demás aspectos relevantes de este Convenio, las partes designarán un grupo supervisor conformado por un oficial superior del Comando General de las Fuerzas Militares y un funcionario de la Empresa. Elk comandante del unidad militar a quien se le practique la visita de supervisión o su delegado, suministrarán la información y documentos necesarios para llevar a cabo esta visita."

Adicionalmente, se allegaron oficios donde se describen las diferentes acciones militares

²⁶ Fls 211-216

respecto a la seguridad prestada a la empresa Emerald Energy Pcl para los años 2011 y 2012 ²⁷

- Plan de inversión No1 Convención No. 12-014 junio de 2012, donde se indicó cómo se iba a ejecutar el convenio.
- Oficio 3261 el Ministerio de Defensa, Fuerzas Militares – Fuerza de Tarea Conjunta Omega, por el que se hicieron observaciones para mejorar la seguridad de la Empresa Emerald Energy Pcl.
- Oficio 5744 del 14 de noviembre de 2012, por el que se realizó solicitud de la Brigada 9 a la Empresa Emerald Energy PCL Sucursal Colombia, para que ubicara material de perforación y explotación que se encontraba almacenada desde 18 de junio de 2011, sin ningún operario y así lograr reubicar las tropas ubicadas en este punto.
- Oficio 6432 del 18 de diciembre de 2012, solicitud de apoyo a la Empresa Emerald para la dotación de la señalización, para reforzar la seguridad.
- Oficio 2708 del 20 de julio de 2012, respuesta requerimiento de seguridad adicional, requiriendo a la Empresa que era necesario que priorizara sus necesidades, ya que la Brigada 9 a través del Batallón de Combate Terrestre No. 11 y las demás tropas asignadas para la seguridad del complejo petrolero Ombu, desarrollaban constantemente operaciones ofensivas y era necesario que el personal cumpliera los protocolos de seguridad.
- Oficio No.3345 del 15 de agosto de 2012, solicitud para la reubicación de material de la empresa Gran Muralla.
- Oficio 112940 del 26 de septiembre de 2012, solicitud de acta de levantamiento del Segundo Comandante y Jefe de Estado Mayor.
- Oficio 3022 del 2 de agosto de 2012, implementación ciclo de operaciones, reentrenamientos.
- Oficio No. 144 del 3 de noviembre de 2012, contenido de la inteligencia militar realizada por la fuerza de tarea conjunta Omega, comando específico del Caguán.
- Informe de seguridad del julio 13 de 2011, por el que la Brigada 9 le informó al coordinador logístico de la compañía Emerald Energy Pcl, que se recibió información, que las Farc pretendían realizar acciones terroristas en contra de la infraestructura y realizar retenciones ilegales al personal ejecutivo, por lo que se solicitó la restricción al máximo de los movimientos por tierra desde el bloque OMBU hasta el municipio de San Vicente del Caguán, con el fin de contrarrestar las actividades terroristas. ²⁸

Por otro lado, se tiene conocimiento del secuestro de tres ciudadanos chinos que trabajaban para empresas de Keruim y gran muralla, quienes prestaban servicios de perforación a Emerald Energy Pcl. Según los testimonios, este secuestro se produjo porque los ciudadanos chinos no siguieron los protocolos y las órdenes del Ejército Nacional de no transitar por tierra desde los Pozos a San Vicente del Caguán, quienes fueron sin seguridad a realizar diligencias personales, no obstante, la Institución realizó inteligencia para la liberación de los ciudadanos chinos, que finalmente resultaron liberados sin bajas. Este hecho no nos lleva a concluir que por ende los demandantes estuvieran amenazados y tuvieran que renunciar a sus cargos, porque como se evidenció, la Compañía siguió realizando actividades de explotación petrolera en la zona en cuestión tiempo después del retiro de los demandantes.

Así mismo se encuentra en el plenario registro fotográfico de los demandantes con los comandantes militares encargados de la seguridad de la Compañía Emerald Energy Pcl, que

²⁷ 296-321

²⁸ Fol 40 C Principal

en testimonios fueron puestas de presente y los coroneles citados asentaron ser ellos los de las fotografías, lo que implica que si se hacían reuniones de seguridad, con el coordinador de seguridad y el supervisor y los representantes del Ministerio de Defensa para el cumplimiento del convenio de seguridad, más no implica que con esto se pruebe que las fuerzas militares supieran de las amenazas a los demandantes, por el contrario, es prueba de las reuniones que eran normales entre militares y miembros de seguridad de la Empresa Emerald Enegy Pcl, para mantener comunicación sobre los protocolos de seguridad que se debían realizar para la protección de seguridad del personal y de la infraestructura de la Empresa ²⁹.

Por lo tanto, si bien las autoridades, la empresa Emerald Energy Pcl y los demandantes tenían conocimiento de las permanentes amenazas de los grupos insurgentes que actuaban en la zona de San Vicente del Caguán, estas amenazas se hacían a la compañía Emerald, por la actividad desarrollada de explotación de crudo en la zona los pozos en San Vicente del Caguán, lo cierto es que existieron múltiples reuniones y actividades realizadas por la fuerza pública, en la que si bien existió participación de los demandantes, las mismas se dieron porque ostentaban la calidad de coordinador y supervisor de seguridad a la empresa mencionada, sin que se acreditara amenazas personales contra estos. Se reitera que, los demandantes aceptaron el riesgo de trabajar en una compañía que se ubicaba en una zona de alto riesgo de presencia de grupos al margen de la ley, de la que tenían pleno conocimiento.

Por lo tanto, se observa a lo largo del proceso que, del material probatorio y de los testimonios recaudados por las partes que, el Ejército Nacional en cumplimiento de su función constitucional y adicionalmente en el convenio firmado con la compañía, siempre estuvo atento, fue diligente y mantuvo siempre sus tropas disponibles, en operaciones de vigilancia y de prevención para los posibles ataques que pudieran surgir, por lo que, el Estado realizó la implementación de todas las medidas destinadas a prevenir un riesgo, sin ahorro de esfuerzos para mantener la seguridad, adoptando todas las medidas disponibles y advirtiendo reiterativamente a la Empresa Emerald Energy Pcl de seguir los protocolos de seguridad para la protección de su personal.

Por ende, no se probó que las amenazas fueran dirigidas a los señores demandantes, y si se probó que el Ejército Nacional desplegó todas sus fuerzas en la prevención y la continuación del funcionamiento de la compañía Emerald Energy, incluso años después del retiro voluntario de sus labores como coordinador el señor Oscar Hernán Cuevas Meléndez y el señor Luis Alejandro Rojas en su cargo de Supervisor, quienes para el Despacho, siempre tuvieron conocimiento de la situación de riesgo de su trabajo, y que fue voluntad propia la renuncia a sus cargos, y no el abandono del Estado para que presuntamente se tuvieran que desplazar de los pozos San Vicente del Caguán, lugar donde prestaban sus servicios laborales.

Por lo anterior, no es posible exigir a la entidad la asignación de un miembro de la fuerza pública para la protección de cada una de las personas, pues en primer lugar, para dicho aspecto carece de personal y recurso, y en todo caso, no se acreditó la necesidad de protección personal de los aquí demandantes, al margen de la otorgada a la empresa a la que estaban vinculados, en tanto quedó aclarado en el proceso su labor que prestó la entidad demandada por salvaguardar la vida e integridad de cada los trabajadores y la infraestructura de la Empresa Emerald Energy Pcl, tanto es que si la Institución Militar no hubiera cumplido su deber de cuidado, sería la misma empresa Emerald la llamada a exigir el incumplimiento del convenio, sin embargo no se encuentra reclamo alguno de la

²⁹ Fls 23-32 C. Principal

compañía al Ministerio de Defensa por incumplimiento, por cuanto siempre se hicieron reuniones de seguridad, operaciones militares y despliegue de fuerza militar, además hubo reiteración de los convenios de seguridad por parte de la Compañía, en consecuencia no cabe duda que la renuncia laboral a los cargos de los señores demandantes fue por voluntad propia, dada la exposición a riesgo al que consideraron cada uno de los demandantes que se encontraban expuesto en la labor que realizaban, y de la que tenían pleno conocimiento.

En conclusión, dada la imposibilidad de tener la certeza que el desplazamiento de los señores Oscar Hernán Cuevas Meléndez y Luis Alejandro Rojas Jaramillo se ocasionó por amenazas propias a ellos, lo cierto es que, los mismos aceptaron los riesgos y las implicaciones que se tenía al trabajar para empresas extranjeras que se dedicaban a la explotación de petróleo en zonas donde hacían presencia grupos armados al margen de la ley, y que siempre tratan de extorsionar estas empresas, y que en todo caso, el Estado brindó un apoyo mucho más amplio que en otras zonas como quedó demostrado, por lo que, a el Despacho no encuentra una omisión o falla en el servicio que genere responsabilidad.

3.4. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado se resuelve negativamente, en tanto la parte actora no acreditó la eventual falla en el servicio originada en las omisiones de las funciones de las entidades demandadas, que conllevó al desplazamiento forzado de los demandantes.

3.5. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En razón a que, mediante auto del 12 de agosto de 2016, se concedió amparo de pobreza a favor de la parte actora, de conformidad con lo previsto en el artículo 154 del CGP, no habrá lugar a condena en costas.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

CIT



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ :	LUIS CARLOS CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362014-0014400
Demandante :	Universidad Abierta y a Distancia - UNAD
Demandado :	Carlos León Gómez y Otro

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 117**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD presentó demanda, en ejercicio del medio de control de repetición, contra la señora Betty Góngora Pedraza, a efectos de que se le declare responsable como consecuencia de la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda, Subsección “F” en Descongestión el 28 de septiembre de 2012.

A título de indemnización, solicitó el pago de perjuicios, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 162 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la entidad demandante indicó que, la señora María Esther Dueñas Bautista estuvo vinculada a la UNAD, en el cargo de Auxiliar Administrativo, código 5120, grado 11 en carrera, desde el 30 de diciembre de 1983 hasta el 2 de febrero de 2004, fecha en la que mediante comunicación se le informó a la misma que el cargo había sido suprimido, ofreciéndosele una indemnización o un cargo equivalente, a lo que la señora en forma voluntaria optó por recibir la indemnización por el valor de \$21.210.865.

Señaló que, como consecuencia de lo anterior, la señora María Esther Dueñas Bautista acudió ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en uso del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, proceso en el que mediante sentencia de 31 de enero de 2012 el Juzgado 8 Administrativo de Descongestión de Bogotá, negó las

pretensiones, pero el 28 de septiembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca revocó la decisión y declaró la nulidad del oficio del 2 de febrero de 2004, y ordenó el reintegro de la señora Dueñas y, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento de su desvinculación y hasta que se hiciera efectivo el reintegro.

Manifestó que, entre sus motivaciones, el Tribunal Administrativo indicó que el oficio demandado, adolecía de falsa motivación y de expedición irregular, y que la conducta de la señora Betty Góngora en su calidad de Rectora de la UNAD, causó graves perjuicios, en la medida que la entidad tuvo que pagar todos los sueldos, primas, bonificaciones y demás.

1.3.- La señora Betty Góngora Pedraza no contestó la demanda, pese a la correcta notificación de la misma a través de la empresa de mensajería.¹

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 14 de mayo de 2014 (f.134 c. principal). seguidamente, mediante auto proferido el 4 de junio de 2014, el juzgado admitió la demanda (f. 136 c. principal).

El día 30 de julio de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial (fl. 168 a 169 c. principal).

Posteriormente, el 22 de octubre de 2019 se realizó continuación de audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fl. 182 a 183 c. principal)

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 05 de noviembre del año 2019, la parte actora reiteró los hechos y las pretensiones del presente medio de control de repetición.

Señaló que, la señora Betty Góngora, en su calidad de rectora, debió darle prioridad a los funcionarios que se encontraban legalmente en carrera administrativa, caso de la señora Dueñas, y en concordancia con lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 443 de 1998, haberla incorporado en algunos de los cargos que se crearon.

Finalmente adujo que, con el material probatorio, se podía concluir la responsabilidad de la demandada, con ocasión de la condena que fue impuesta a la entidad.

1.5.2. Parte demandada Betty Góngora Pedraza

A través de escrito radicado el 6 de noviembre de 2019, la demandante en nombre propio manifestó que, en su calidad de rectora de la UNAD actuó acorde a los fines para los cuales se autorizó contratar expertos quienes hicieron el respectivo estudio técnico para la reestructuración de la UNAD, modificación a la estructura orgánica y la planta de personal

¹ Fls. 157-163

administrativo y docente, con la normatividad vigente, por lo tanto, no se podía predicar que su conducta fuera dolosa o gravemente culposa, al no haber incluido a la demandante dentro de la nueva plana global de personal administrativo.

Indicó que, el acto administrativo del 02 de febrero de 2004, donde se le comunicó a la señora María Esther Dueñas de Bautista la supresión del cargo, no se le puede imputar falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirvieron de sustento a la decisión de la administración, porque la actuación se encontraba respaldada en el estudio técnico, además que no existió ocultamiento, ya que la comunidad universitaria a todo nivel, conoció durante el año 2003, sobre el proceso de restructuración y en especial, cuando el Consejo Directivo de la UNAD aprobó en primera instancia el estudio, en consecuencia, la conducta para la época de los hechos se ciñó al ordenamiento legal.

1.5.3. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 8º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de repetición es procedente para el caso, por cuanto en el presente asunto se pretende la declaración de responsabilidad por parte de funcionarios públicos, como consecuencia del pago de una condena judicial.

3. Del problema jurídico

Se debate en el caso bajo estudio, si se debe declarar responsable a la señora **Betty Góngora Pedraza**, por los perjuicios económicos ocasionados a la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD, con ocasión al pago de una condena judicial a favor de la señora María Esther Dueñas de Bautista, de conformidad a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda- Subsección “F” en Descongestión el día 28 de septiembre de 2012, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho No. 2004-04254-03, y que como consecuencia de dicha declaración, se condene a la demandada a pagar la suma (\$162.398.699).

4. Fundamentos de derecho.

Con el objeto de resolver el problema planteado, el Despacho a analizará la normatividad y la jurisprudencia relacionada con el caso bajo estudio, de la siguiente manera:

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece la facultad que tiene el Estado de repetir contra sus agentes, cuando como consecuencia de su conducta dolosa o

gravemente culposa, el Estado hubiere sido condenado patrimonialmente veamos:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le 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 daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

El artículo 2 de la Ley 678 de 2001², define la acción de repetición como una acción civil de carácter patrimonial en contra del servidor o exservidor público, que como consecuencia de su conducta dolosa ó gravemente culposa haya dado origen a un reconocimiento indemnizatorio, por parte del Estado proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto.

El objeto de la acción de repetición, según lo manifestó el Consejo de Estado en pronunciamiento de la Sección Tercera del 13 de noviembre de 2008 Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero Exp. (16335), está encaminado a la protección del patrimonio público, así:

“El objeto de la acción de repetición se encamina a la protección directa del patrimonio y de la moralidad pública y, además, estimula el correcto ejercicio de la función pública³. Es así como se ha señalado:

“Por último, es importante resaltar que la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho, como lo señala el artículo 2 de la Constitución Política.

“Si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para preservar la moralidad pública.”⁴

Sumado a lo anterior, un efecto indirecto de esta acción se dirige a la reducción del manejo indebido de los dineros y bienes públicos, pues este mecanismo procesal se establece como la herramienta propicia para que las entidades públicas actúen contru los

²**“ARTÍCULO 2º.** Acción de repetición. La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.”

³ En efecto, el artículo 3 de la Ley 678 de 2001 dispone: “La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.”

Así mismo, ha señalado la Corte Constitucional: “Es importante subrayar que la responsabilidad de los agentes del Estado surge como consecuencia de un proceso de fortalecimiento del compromiso que debe tener el servidor público con la función o labor que está llamado a desempeñar a favor de la sociedad y en beneficio general, y pretende desarrollar los principios superiores de moralidad pública, eficiencia y eficacia administrativa (C.P. art. 209), defensa del interés general y garantía del patrimonio público (C.P. art. 2º). (Sentencia C-965 de octubre 21 de 2003)

⁴ Sentencia C-832 de agosto 8 de 2001.

agentes que por conductas arbitrarias han generado una condena en contra del Estado, más aún, cuando se cuenta con la posibilidad de perseguir, directamente, su patrimonio, a través de medidas cautelares o de la ejecución de la sentencia." (Negrilla fuera de texto)

Según lo expresado anteriormente, podemos colegir que la acción de repetición está instaurada para garantizar los principios de moralidad administrativa, estimular el buen funcionamiento de la administración pública y proteger el patrimonio del Estado, buscando la devolución de los dineros pagados por los perjuicios causados por el actuar, doloso o gravemente culposo, de sus agentes.

Es así cómo los artículos 5 y 6 de la Ley 678 de 2001, define las situaciones en las cuales se puede calificar una conducta como dolosa o gravemente culposa, de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 5. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. *Obrar con desviación de poder.*
2. *Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
3. *Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
4. *Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
5. *Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

ARTÍCULO 6. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. *Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
2. *Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
3. *Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
4. *Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal. Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-455 de 2002" (Negrilla fuera de texto)*

Conforme lo anterior, se puede establecer que la violación a las normas de derecho debe ser manifiesta e inexcusable, lo que permite establecer que el agente o ex agente del Estado, que se condene bajo la acción objeto de estudio, debe probarse que su actuación además de violar de forma notoria la ley, debe resultar totalmente inexcusable.

Por otra parte, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha establecido los elementos que se deben verificar para procedencia de la repetición, es así como en pronunciamiento de la Sección Tercera del día 30 de agosto de 2018 Consejera Ponente María Adriana Marín Exp. (42119), se enuncian como requisitos los siguientes:

“De conformidad con lo anterior, para que una entidad pública pueda repetir en contra de un servidor público, ex servidor público o particular que ejerza función pública, deben concurrir los siguientes elementos:

- i) La existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente.*
- ii) El pago de la indemnización por parte de la entidad pública;*
- iii) La calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas;*
- iv) La culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; y*
- v) Que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico”.*

Es decir, que debe establecerse en el análisis de la sentencia: que 1) la conducta que generó la responsabilidad del estado fue generada por acción u omisión de un agente que ostenta la calidad de funcionario o ex funcionario del Estado; 2) la existencia de una obligación pecuniaria a cargo del Estado derivada de una sentencia judicial, una conciliación u otra forma de terminación de litigios; 3) que la entidad pública acredite el pago efectivo de las sumas impuestas en una sentencia judicial o asumidas por la entidad frente cualquiera de los mecanismos de resolución de conflictos; 4) que la conducta del agente sea calificada como dolosa o gravemente culposa bajo las circunstancias que establece la Ley.

5. DEL CASO CONCRETO

Tenemos en la presente actuación que, la Universidad Nacional Abierta y a Distancia pretende que se declare responsable a la señora Betty Góngora Pedraza, por los perjuicios económicos ocasionados a dicha entidad, con ocasión al pago de una condena judicial a la señora María Esther Dueñas de Bautista, de conformidad a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Segunda, Subsección “F” en Descongestión el día 28 de septiembre de 2012, dentro del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, y que como consecuencia de dicha declaración se condene a la demandada a pagar la suma que corresponde al valor de \$162.398.699.

Así las cosas, el Despacho analizará si en el presente caso se encuentran reunidos los presupuestos señalados en la Ley 678 de 2001, necesarios para determinar si es viable o no una condena:

a) La existencia de una condena judicial, una conciliación, una transacción o de cualquier otra forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del estado

Se encuentra demostrado en el expediente que, mediante sentencia de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F declaró la nulidad del Oficio 2 de febrero de 2004, mediante el cual se motivó el retiro de la señora María Esther Dueñas de Bautista, del cargo de Auxiliar Administrativo Código 5120, grado 11:

***FALLA**

1º.- Revocase la decisión proferida el treinta y uno de enero (31) de enero de dos mil doce (2012), por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por la señora MARIA ESTHER DUEÑAS DE BAUTISTA, contra la Universidad Nacional Abierta y a Distancia y, en su lugar se dispone:

2º. - Declárese la nulidad del oficio de 2 de febrero de 2004, en cuanto motivó el retiro de la demandante con base en la supresión del empleo, de conformidad con las razones expuestas.

3º.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho condénase a la UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA a reintegrar a la señora MARIA ESTHER DUEÑAS DE BAUTISTA, identificada con la C.C. 20.658.181 de Fusagasugá en el cargo de Auxiliar Administrativo Código 5120, Grado 11, o en uno de igual o superior jerarquía y a pagarle todos los emolumentos dejados de percibir como salarios, bonificaciones, primas, vacaciones, aumentos salariales y demás, desde la fecha de retiro hasta que se haga efectivo el reintegro, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

*4º. - Declárase que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en el servicio prestado por la señora MARIA ESTHER DUEÑAS DE BAUTISTA, identificada con la C.C. 20.658.181 de Fusagasugá.
(...)"*

El Despacho advierte que, la mencionada sentencia se profirió como consecuencia de que, la señora María Esther Dueñas de Bautista acudió ante la jurisdicción contenciosa a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitando la nulidad del oficio de fecha 2 de febrero de 2004, mediante el cual se le comunicó la decisión de retirarla del servicio por supresión de su cargo de auxiliar código 5120 grado 11, de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD.

Por lo anterior, se encuentra acreditado en el proceso la existencia de una condena judicial en contra de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD, de la que se derivó el pago que se pretende recuperar.

b) El pago de la indemnización por parte de la entidad pública

Como pruebas para acreditar el pago de la condena impuesta, la entidad demandante, entre otras, allegó:

- 1) Resolución No. 002995 del 23 de mayo de 2013, por medio del cual el rector de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia reincorporó a la señora María Esther Dueñas de Bautista, en el cargo de Técnico Administrativo.⁵
- 2) Resolución 004631 del 14 de agosto de 2013, por la que reconoció el pago de asignaciones salariales, prestaciones sociales y otros emolumentos por un valor de ciento veintisiete millones doscientos treinta y nueve mil setecientos noventa y nueve pesos (127.239.799) a favor de la señora María Esther Dueñas de Bautista, en cumplimiento de la sentencia condenatoria del 28 de septiembre de 2012.⁶
- 3) Resolución No.005014 del 18 de septiembre de 2013, que modificó la resolución No. 004631 del 14 de agosto de 2013, ordenando el pago por la suma de ciento cincuenta y seis millones quinientos cuarenta y dos mil ochocientos noventa y cuatro pesos m/cte. (156.542.894) a favor de la señora María Esther dueñas de Bautista.⁷
- 4) Resolución No. 005398 del 15 de noviembre de 2013, que ordenó la consignación de treinta y cinco millones ciento cincuenta y ocho mil novecientos pesos (\$35.158.900), por concepto de aportes de seguridad social e inherentes de nómina⁸.
- 5) Certificación suscrita por el Coordinador de Tesorería de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD del 9 de octubre de 2013, en el que se certificó que realizaron transferencia por valor de cuarenta y cuatro millones quinientos treinta y cinco mil ciento noventa y nueve pesos (\$44.535.199), a favor de Ramón Antonio Paba Roza identificado con C.C. 88.140.337, apoderado de María Esther Dueñas de Bautista⁹.
- 6) Certificación suscrita por el Coordinador de Tesorería de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia del 09 de octubre de 2013, en el que se certificó que realizaron transferencia por valor de ochenta y dos millones setecientos cuatro mil seiscientos nueve pesos (\$82.704.609), a favor de la señora María Esther Dueñas de Bautista.¹⁰
- 7) Certificación suscrita por el Coordinador de Tesorería de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia del 24 de febrero de 2014, en el que se certificó que realizaron pagos por valor de treinta y cinco millones ciento cincuenta y ocho mil novecientos pesos (\$35.158.900) por aportes a seguridad social inherentes a las nóminas reconocidas por orden judicial a favor de la señora María Esther Dueñas

⁵ Fol. 77

⁶ Fol. 79-80

⁷ Fls. 81-85

⁸ Fls. 86-88

⁹ Fol. 90

¹⁰ Fol. 91

de Bautista.¹¹

Por lo anterior, se encuentra acreditado el pago que hizo la Universidad Nacional Abierta y a Distancia- UNAD a la señora María Esther Dueñas de Bautista, al abogado Ramón Antonio Paba Roza apoderado de la señora Dueños y los pagos por seguridad social de la señora María Esther, producto de la condena judicial proferida en su contra.

Adicionalmente, de conformidad con el inciso final del artículo 142 del CPACA, cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

En un caso similar, en el que se aportaron únicamente documentos emitidos por la entidad demandante (acto administrativo que da cumplimiento a la sentencia y constancia de tesorería), el Consejo de Estado encontró acreditado el elemento de pago, para dar estudio de fondo a una demanda de repetición (providencia del 24 de marzo de 2017 - expediente 50.032 - consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa).

c) La calidad del demandado como agente o ex agente del Estado o particular en ejercicio de funciones públicas.

En relación a la calidad del demandado como agente del Estado, por parte de la señora Betty Góngora Pedraza, obra el siguiente documental:

- Acuerdo Número 000036 del 17 de octubre de 2003, en el cual se encargó de la rectoría de la Universidad Abierta y a Distancia – UNAD a la señora Betty Góngora Pedraza, a partir del 03 de noviembre de 2003, hasta que se posesionara el rector designado por el Consejo Directivo¹².
- Acta de posesión del 3 de noviembre de 2003, de la señora Betty Góngora Pedraza, tipo de nombramiento por encargo, como rectora de la Universidad Nacional abierta y a Distancia¹³.
- Oficio del 02 de febrero de 2004, comunicación a la señora María Esther Dueñas de Bautista, donde se le indicó que el cargo que ostentaba la demandante de auxiliar Administrativo Código 5120 grado 11 fue suprimido de la planta de personal, suscrito por la rectora (e) Betty Góngora Pedraza¹⁴.

Es decir que, se encuentra debidamente establecido dentro del proceso que, la demandada ostentaba la calidad de agente del Estado, para la fecha en la que ocurrieron los hechos objeto de controversia, que ocasionaron el pago de la condena judicial a cargo de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, así las cosas, dicho requisito se tiene por probado.

¹¹ Fol. 92

¹² Fls. 8-9

¹³ Fol. 10

¹⁴ Fls. 34-35

d) La culpa grave o el dolo en la conducta del demandado.

En primer lugar, el Despacho advierte que en el presente asunto se indicó que, la señora Betty Góngora Pedraza actuó con dolo y culpa grave al expedir el oficio del 02 de febrero de 2004, comunicación dirigida a la señora María Esther Dueñas de Bautista, donde se le indicó que el cargo que ostentaba la demandante de auxiliar Administrativo Código 5120 grado 11 fue suprimido de la planta de personal, cuya nulidad generó la condena.

Previo a realizar un análisis concreto de este elemento, el Despacho realizará la siguiente consideración:

De acuerdo a lo manifestado por el Consejo de Estado en pronunciamiento de la Sección Tercera del 18 de junio de 2018 - consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. (54692), el actuar doloso o gravemente culposo del agente estatal es considerado de la siguiente manera:

"El Consejo de Estado estudió los conceptos de culpa grave y dolo, al analizar los elementos de fondo de la acción de repetición¹⁵ y la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad de los artículos 77¹⁶ y 78¹⁷ del C. C. A.. Así dijo¹⁸ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Es igualmente necesario, tener en cuenta otros conceptos como son los de buena y mala fe, que están contenidos en la Constitución Política¹⁹ y en la ley".

Conforme al criterio jurisprudencial que antecede, es claro que, al momento de efectuar el estudio de responsabilidad subjetiva, es importante realizar el análisis de la conducta desplegada por parte del agente atendiendo diferentes criterios.

Por lo tanto, le corresponde al Despacho determinar si el perjuicio alegado por la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, al ser condenado a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se causó por la conducta dolosa o gravemente culposa de la señora Betty Góngora Pedraza, al comunicarle a la señora María Esther Dueñas de Bautista que, el cargo de auxiliar administrativo código 5120 grado 11 que la misma venía desempeñando, había sido suprimido y tenía efectos a partir del 02 de febrero de 2004.

Del análisis del material probatorio obrante en el expediente, se encuentra demostrado que la

¹⁵ Al respecto pueden consultarse las sentencias que dictó la Sección Tercera: 25 de julio de 1994, expediente: 8483; 21 de octubre de 1994, expediente: 9618; 12 de abril de 2002, expediente: 13922; 5 de diciembre de 2005, expediente: 23218.

¹⁶ Sentencia C - 100 que dictó la Corte Constitucional el 31 de enero de 2001.

¹⁷ Sentencia C - 430 que dictó la Corte Constitucional el 12 de abril de 2000.

¹⁸ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

¹⁹ El artículo 83 Constitucional reza: "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas".

señora Betty Góngora Pedraza fue encargada el 17 de octubre de 2003 de la Rectoría de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, quien en virtud de la Resolución No. 209 de 1997 tenía las siguientes funciones:

(...) *"DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES:*

1. *Cumplir y hacer cumplir las normas legales, estatutarias y reglamentarias vigentes y las decisiones del Consejo Directivo y del Consejo Académico.*
2. *Evaluar y controlar el funcionamiento general de la institución e informar al Consejo Directivo al respecto proponiendo las acciones que considere convenientes.*
3. *Suscribir los contratos y expedir las actas que sean necesarias para el cumplimiento de los objetivos de la Institución, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.*
4. *Someter el proyecto de presupuesto a consideración del Consejo Directivo y ejecutarlo una vez aprobado.*
5. *Nombrar y remover el personal de la Institución con sujeción al Estatuto General de la Institución, al Estatuto Docente, Régimen de Carrera Administrativa u otro, según el caso.*
6. *Designar decanos encargados, en caso de ausencia de titular.*
7. *Expedir los manuales de funciones y requisitos y los de procedimientos administrativos.*
8. *Aplicar las sanciones disciplinarias que le correspondan por ley o reglamento.*
9. *Convocar a elección de egresados, estudiantes, docentes y demás miembros que de conformidad con las normas estatutarias hacen parte de las diferentes corporaciones, lo mismo que a elección de las directivas que contemplen el Estatuto General de la Institución.*
10. *Aceptar las donaciones o legados a la institución.*
11. *Presentar al Consejo Directivo Propuestas sobre los reglamentos de personal docente, administrativo, estudiantes, de bienestar universitario o sus modificaciones, previa recomendación del Consejo Académico, para el caso de los reglamentos de personal docente y estudiantil.*
12. *Controlar la ejecución presupuestal e informar trimestral al Consejo Directivo.*
13. *Expedir las resoluciones mediante las cuales la institución otorga los títulos, autorizar éstos con su firma y suscribir la correspondiente acta de grado.*
14. *Orientar los planes de desarrollo de la Institución y la proyección de ésta hacia la comunidad.*
15. *Presentar los proyectos y planes de inversión ante las autoridades pertinentes, dentro de los plazos establecidos.*
16. *Presentar los proyectos y planes de inversión ante las autoridades pertinentes, dentro de los plazos establecidos.*
17. *Asegurar el desarrollo de los procedimientos necesarios para la acreditación de los programas de la institución, de acuerdo con las normas y reglamentación vigentes.*
18. *Dirigir todo lo relacionado con la administración del patrimonio y rentas de la institución, vigilando el uso adecuado y su debida conservación.*
19. *Nombrar y remover a los Decanos, de acuerdo con las reglamentaciones que para el efecto expida el Consejo Directivo.*
20. *Las demás que le señalen las autoridades competentes y las relacionadas con la buena marcha de la institución.*"²⁰

Así mismo, obra en el expediente que el 27 de enero de 2004, mediante Decreto 218, la Presidencia de la Republica modificó la planta de personal administrativo y docente de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, UNAD, estableciendo en sus artículos 1 y 2 lo siguiente:

(...) *"Artículo 1º. Suprimense los siguientes empleos de la planta de personal de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, UNAD, así:*

Nº de Cargos	Denominación del empleo	Código	Grado

²⁰ Fls 12-13

DESPACHO DEL RECTOR			
(1) Uno	Rector de Universidad	0045	18
DESPACHO DE LOS VICERRECTORES			
(3) Tres	Vicerrector de Universidad	0060	10
(1) Uno	Secretario Ejecutivo	5040	16
DESPACHO DE LOS DECANOS			
(4) Cuatro	Decano de Universidad	0085	04
PLANTA GLOBAL			
(1) Uno	Secretario General de Universidad	0075	04
(5) Cinco	Jefe de División	2040	11
(3) Tres	Jefe de Oficina	2045	11
(6) Seis	Director de Centro	2105	08
(6) Seis	Profesional Universitario	3020	13
(1) Uno	Profesional Universitario	3020	12
(3) Tres	Profesional Universitario	3020	10
(1) Uno	Profesional Universitario	3020	08
(1) Uno	Profesional Universitario	3020	07
(8) Ocho	Profesional Universitario	3020	06
(3) Tres	Técnico Administrativo	4065	12
(4) Cuatro	Técnico Administrativo	4065	11
(1) Uno	Técnico Administrativo	4065	09
(1) Uno	Secretario Ejecutivo	5040	16
(27) Veintisiete	Secretario	5140	13
(16) Dieciséis	Secretario	5140	11
(13) Trece	Secretario	5140	10
(3) Tres	Auxiliar Administrativo	5120	12
(2) Dos	Conductor Mecánico	5310	11
(3) Tres	Conductor Mecánico	5310	09
(9) Nueve	Celador	5320	09
(11) Once	Auxiliar de Servicios Generales	5335	09

Artículo 2º. Las funciones propias de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia - UNAD- serán cumplidas por la planta de personal administrativo que a continuación se establece:

No. de Cargos	Denominación del empleo	Código	Grado
DESPACHO DEL RECTOR			

(1) Uno	Rector de Institución Universitaria	0052	13
(5) Cinco	Asesor	1020	02
(1) Uno	Profesional Universitario	3020	08
(1) Uno	Secretario Ejecutivo	5040	18
(1) Uno	Conductor Mecánico	5310	11
PLANTA GLOBAL			
(2) Dos	Vicerrector de Institución Universitaria	0065	09
(4) Cuatro	Decano de Institución Universitaria	0160	04
(1) Uno	Secretario General de Institución Universitaria	0185	04
(4) Cuatro	Secretario de Facultad	2150	06
(1) Uno	Jefe de Departamento de Institución Universitaria	2140	10
(19) Diecinueve	Director de Centro	2105	10
(5) Cinco	Director de Centro	2105	08
(7) Siete	Director de Centro	2105	06
(3) Tres	Profesional Especializado	3010	16
(1) Uno	Profesional Especializado	3010	15
(7) Siete	Profesional Universitario	3020	13
(2) Dos	Profesional Universitario	3020	12
(8) Ocho	Profesional Universitario	3020	11
(7) Siete	Profesional Universitario	3020	10
(12) Doce	Profesional Universitario	3020	09
(5) Cinco	Profesional Universitario	3020	08
(2) Dos	Profesional Universitario	3020	07
(16) Dieciséis	Profesional Universitario	3020	06
(2) Dos	Técnico Administrativo	4065	12
(8) Ocho	Técnico Administrativo	4065	11
(4) Cuatro	Técnico Administrativo	4065	10
(4) Cuatro	Técnico Administrativo	4065	09
(50)	Técnico Administrativo	4065	08

Cincuenta			
(1) Uno	Secretario Ejecutivo	5040	18
(2) Dos	Secretario Ejecutivo	5040	16
(4) Cuatro	Secretario	5140	13
(20) Veinte	Auxiliar Administrativo	5120	13
(2) Dos	Auxiliar Administrativo	5120	12
<u>(14)</u> <u>Catorce</u>	<u>Auxiliar</u> <u>Administrativo</u>	<u>5120</u>	<u>11</u>
(25) Veinticinco	Auxiliar Administrativo	5120	10
(1) Uno	Conductor Mecánico	5310	11
(3) Tres	Celador	5320	09
(7) Siete	Auxiliar de Servicios Generales	5335	09

Parágrafo Transitorio. Los funcionarios que actualmente desempeñan los cargos de Rector de Institución Universitaria (0052-13) y Vicerrector de Institución Universitaria (0065-09) continuarán percibiendo la remuneración económica que actualmente devengan mientras continúan en dichos cargos. Quienes los reemplacen percibirán la remuneración económica de acuerdo con los códigos y grados establecidos en el presente Decreto." (...) ²¹

Para el caso que nos ocupa se advierte que, el 2 de febrero del 2004 la señora Betty Góngora Pedraza ostentaba el cargo de rectora de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, el cual es un ente universitario de naturaleza pública de conformidad con lo señalado en la Ley 395 de 1997 y en razón a sus funciones, suscribió el oficio por medio del cual desvinculó a la señora María Esther Dueñas de Bautista de la planta de personal. Estos hechos acreditan el primer requisito objetivo, el cual hace referencia a la calidad de agente del Estado y que su conducta hubiese generado un daño.

Sin embargo se observa que, en el Decreto 218 de 2004 el cargo de Auxiliar Administrativo código 5120 grado 11 siguió vigente en la nueva nómina con la posibilidad de 14 vacantes, en conclusión, existió un vicio de nulidad en la expedición de la comunicación de la supresión del cargo, tal y como lo afirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 28 de septiembre de 2012, en donde se declaró la nulidad del oficio del 2 de febrero de 2004, por medio del cual se desvinculó a María Esther Dueñas de Bautista de la planta de personal de la entidad demandante.

En la señalada providencia, se consideró que el acto administrativo estaba viciado de nulidad por falsa motivación y expedición irregular, dado que el Decreto 218 de 2004 que sirvió de fundamento, no suprimió el cargo que desempeñaba la señora Dueñas de Bautista, esto es, auxiliar administrativo 5120-11. En ese orden de ideas, era obligación de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia realizar todas las gestiones necesarias para incorporarla automáticamente a la planta de personal, por cuanto ostentaba la calidad de empleada de carrera administrativa.

El 22 de octubre del año 2019, se recaudó el interrogatorio de parte la señora Betty

²¹ FIS.61-63

Góngora Pedraza y testimonio de la señora María Esther Dueñas de Bautista, pruebas solicitadas por el apoderado de la parte actora.

La señora Betty Góngora Pedraza en su calidad de demandada manifestó:

(...) Preguntado: Manifiesta como es cierto sí o no que usted en los años 2003 y 2004 se desempeñó como rectora de la UNAD. Contesto: Si es cierto. (...) Preguntado: Manifieste como es cierto sí o no que para el año 2003- 2004 se llevó a cabo un proceso de reestructuración en la UNAD. Contesto: Si, finalizado el año 2002 la Ministra, (...) me dijo que se iba hacer una fusión para que la UNAD se pasara a la Universidad Nacional, (...) para esto se contrató un equipo técnico que nos ayudaran a realizar la reestructuración. (...) en septiembre del año 2003 (...) el cargo de mensajera se iba a tercerizar, todas las actividades se iban a reestructurar, en febrero ese se le comunica a la gente que los cargos tenían que salir de la universidad, la universidad no tenía planta docente tenía docente de contrato, en el año 2006 se le reconoció a la universidad como universidad y pasó de establecimiento público a ser universidad. Preguntado: Manifieste como es cierto sí o no, si en su condición de rectora de la UNAD tenía entre sus funciones nombrar y remover a personal de la institución (...) contesto: si era función propia del rector de Institución, (...) Preguntado: es cierto sí o no que usted en su condición de rectora expidió la comunicación de 02 de febrero de 2004, a través de la cual se le comunicó a la señora Dueñas de Bautista que conforme al artículo 1 del decreto 2018 el cargo que venía desempeñando de Auxiliar administrativo código 5120 grado 11 había sido suprimido. Contesto: Reitero lo que dije, aquí había un equipo de trabajo que estaba integrado por dos funcionarios (...) la Doctora Stella Palacios fue la que hizo y elaboró estas comunicaciones las cuales me fueron llevadas a la rectoría porque dependían del estudio técnico que se había realizado, obviamente yo tenía ese equipo y obviamente teniendo en cuenta el estudio técnico. Preguntado: Le reitero la pregunta usted expidió sí o no el oficio de fecha 02 de octubre (sic) de 2004 a través de la cual se le comunicó la supresión del cargo a la señora Dueñas de Bautista. Contesto: Reitero yo firmé y suscribí esa comunicación que fue preparada y elaborada por el equipo que hizo el proceso de reestructuración con base en un estudio técnico, o sea yo sí firmé, pero yo no la elaboré, no la hice, la firmé con base en los documentos que el equipo me presentó. Preguntado: Conforme a su respuesta de la suscripción de ese oficio, verificó que el cargo de auxiliar administrativo había sido suprimido en el decreto 218. Contesto: lo que yo tenía en ese momento era el estudio técnico que se había presentado y que había sido consultado y aprobado por todos los jefes de la Institución y que fue aprobado por el consejo superior y en septiembre del año 2003, ahí estaba configurado que ese cargo, se salía de ese cargo y es más el ministerio de Hacienda dio \$1.200.000 para las indemnizaciones, y esas indemnizaciones se cumplieron con base en el estudio técnico. Preguntado: Posteriormente usted tuvo conocimiento si el cargo que ostentaba la señora Dueñas se suprimió. Contesto: No le puedo precisar, todo se hizo en el estudio técnico, se dijo cuáles cargos salían y se les pagaba indemnización. (...) tocaría revisar el estudio técnico. Preguntado: Usted en su calidad de rectora y nominadora de la UNAD conoció el decreto 218 de 2004 a través del cual se hizo la reestructuración de la entidad. Contesto: en este momento no le pudo precisar, para poder hacer este grupo se hizo con base al equipo técnico que luego se envió a la presidencia, (...) Preguntado: conforme a sus respuestas anteriores quiere decir que usted no verificó el decreto 218 de 2004, si el cargo de auxiliar administrativo había desaparecido o seguía estando contemplado en el decreto. Contesto: Le reitero, había un equipo que fue el que estuvo al frente y ellos fueron los que elaboraron porque con base en eso fue que ellos cumplieron para lo que se les contrató para la reestructuración, por consiguiente lo que a mí me llevaron para la firma era en base de ese estudio técnico. Preguntado: Conforme a su respuesta anterior quiere decir que usted suscribió el comunicado sin verificar el decreto 218 de 2004. Contesto: Le reitero como había un equipo que era el que tenía que hacer estas comunicaciones, si ese equipo le pasa a uno esas comunicaciones que fueron hechas con base en el estudio y que fueron ellos los que verificaron y yo firmé, yo no notifiqué, no hablé con ningún funcionario, a mí me pasaron para la firma con el estudio, ellos notificaron a cada uno de los funcionarios, estaba el equipo que notificó, estaba recursos humanos y la Secretaría General que tenía también parte jurídica. Preguntado: Manifieste si usted conoció a la señora Dueñas, circunstancias de tiempo, modo y lugar. Contesto: Si, yo llegué a la UNAD en el año 6, no sé si ella ya estaba (...) lo último que conocí de Estercita era que ella trabajaba en la secretaria general en asuntos de correspondencia era lo que ella hacía (...). (...). Preguntado: En su condición de Rectora para el retiro de personal usted estaba supeditada a la decisión del consejo

superior. Contesto: Ese estudio técnico hay viene una relación de los cargos que iban hacer suprimidos y el valor de la indemnización ese consejo superior lo aprobó. (...)

Ese mismo día, rindió su declaración la señora María Esther Dueñas de Bautista, quien es la persona que ocupaba el cargo de auxiliar administrativo grado de 5120-2011 en la Universidad Abierta y a Distancia UNAD, quien posteriormente demandó por la supuesta supresión de su cargo, quien manifestó:

Generales de ley: (...) Preguntado: recuerda usted porque fue desvinculada de la UNAD. Contesto: a mí me comentaron que el cargo había sido suprimido, pero luego me enteré que, el cargo no fue suprimido (...) Preguntado: Recuerda usted cuánto fue la indemnización que le pagaron en el 2004. Contesto: No recuerdo, en la demanda si me pagaron como ochenta y cuatro millones a mí (...)

Ahora bien, de los testimonios se desprende que sin lugar a dudas, la señora Betty Góngora Pedraza ostentaba el cargo de rectora para el año de los hechos, según lo manifestado, el Ministerio de Educación decidió reestructurar la Universidad empezando el año 2002, que para esto, se contrató un equipo técnico de trabajo y, que de conformidad con las facultades otorgadas al cargo, se encontraban las de nominar y remover personal.

La señora Betty Góngora confirmó que fue la persona que suscribió el oficio de 02 de febrero de 2004, que comunicaba la supresión del cargo de Auxiliar Administrativo grado 5120 de 2011, que ostentaba la señora Dueñas, a pesar de que en el transcurso de su interrogatorio aceptó que si firmó, adujo en su defensa que lo hizo porque era un trabajo que venían haciendo con un equipo técnico contratado para la reestructuración de la Universidad Abierta y a Distancia – UNAD, por lo que, indicó que confió en su equipo de trabajo y por esta razón firmó el oficio, sin antes verificar que el Decreto 218 de 2004 no había suprimido dicho cargo.

Seguidamente, del testimonio de la señora Ester Dueñas de Bautistas se confirmó que le fue allegada comunicación que suspendía su cargo, pero que posteriormente ella por averiguaciones se enteró que su cargo no fue suprimido y decidió asesorarse de un abogado y demandar a la UNAD, que como consecuencia, en el año 2013, fue reintegrada y recibió un pago de ochenta y cinco millones de pesos aproximadamente y que a su abogado le pagaron aparte la otra suma de dinero.

Si bien lo anterior puede ser considerado cierto, en la medida que es esperable o lógico que en el trámite de reestructuración de personal de una entidad, sea necesario la intervención de diversos profesionales y de diferentes áreas; para el Despacho no existe duda que la demandada era quien en últimas tenía la función de expedir los actos administrativo tendientes a remover el personal de la institución, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 209 de 1997, vigente para la fecha de los hechos; función que ejerció, en tanto el oficio del 2 de febrero de 2004 fue suscrito por ella.

En ese orden de ideas, se concluye que al ser la demandada quien adoptaba las decisiones sobre el personal de la entidad, era su obligación cumplir la normatividad vigente sobre la vinculación o el retiro de empleados, y en este orden de ideas supeditar sus decisiones al ordenamiento jurídico.

Al respecto conviene traer a colación el estudio técnico 20-01 al que se refirió la demandada durante todo su interrogatorio, en el que afirmaba que suscribió el oficio

mencionado, porque para eso se había hecho dicho estudio técnico, entonces estudiaremos si el cargo 5120 grado 11 fue suprimido en el estudio Técnico.

(...)

CAPITULO II ESTUDIO TECNICO PARA LA REFORMA DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA - UNAD -

(...)

1.11. PROPUESTA ORGANIZACIONAL Para hacer posible la implementación del nuevo modelo académico pedagógico contemplado en el Proyecto Educativo Universitario de la UNAD es necesario repensar su estructura desde una concepción de las organizaciones que aprenden.

(...)

CAPITULO II ESTUDIO TECNICO PARA LA REFORMA DE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA Y A DISTANCIA - UNAD -

(...)

CUADRO COMPARATIVO DE CARGOS DEL NIVEL ASITENCIAL

DENOMINACION DEL CARGO	COD	GR	ACTUAL	PPTA	DIFER
Secretario Ejecutivo	5040	18	1	2	1
Secretario Ejecutivo	5040	16	4	2	-2
Secretario	5140	13	31	4	-27
Secretario	5140	11	16	0	-16
Secretario	5140	10	13	0	-13
Auxiliar Administrativo	5120	13	15	20	5
Auxiliar Administrativo	5120	12	5	2	-3
Auxiliar Administrativo	5120	11	10	14	4
Auxiliar Administrativo	5120	10	0	25	25
Conductor Mecánico	5310	11	4	2	-2
Conductor Mecánico	5310	09	3	0	-3
Celador	5320	09	12	3	-9
Auxiliar Servicios Generales	5335	09	18	7	-11
TOTAL NIVEL			132	61	-71

En este nivel se presenta cambios de denominaciones en el caso de la Secretario 5140-13 pasan 13 cargos a la denominación de Auxiliar Administrativo 5120-13. El Secretario 5140-11 pasan 8 cargos a Auxiliar Administrativo 5120-11 y por ultimo el secretario 5140-10 pasan 8 cargos a ser Auxiliar Administrativo 5120-10.

(...)

TIPO DE CARGOS PROPUESTOS DE LA VICERRECTORÍA ADMINISTRATIVA

DENOMINACION DEL CARGO	GRUPO	CODIGO	TOTAL DE CARGOS
Vicerrector de Institución Universitaria	0052	13	1
Profesional Especializado	3010	16	1
Profesional Universitario	3020	12	1
Profesional Universitario	3020	10	1
Profesional Universitario	3020	09	4
Profesional Universitario	3020	07	1
Profesional Universitario	3020	06	6
Técnico Administrativo	4065	12	1
Técnico Administrativo	4065	11	5
Técnico Administrativo	4065	10	1
Técnico Administrativo	4065	09	2
Técnico Administrativo	4065	08	3
Secretario Ejecutivo	5040	16	1
Auxiliar Administrativo	5120	13	5
Auxiliar Administrativo	5120	12	2
Auxiliar Administrativo	5120	11	4
Conductor Mecánico	5310	11	1
Celador	5320	09	1
Auxiliar Servicios Generales	5335	09	2
TOTAL			41

(...)

➤ Grupo de Recursos Materiales y Físicos

Denominación del Cargo	Cód	Gr	Almacén	Compras	Servicios Generales	Inventarios	Eventos	Cargo
Profesional Universitario	3020	09			1			1
Profesional Universitario	3020	06	1	1		1		3
Técnico Administrativo	4055	10		1				1
Técnico Administrativo	4055	09				2		2
Técnico Administrativo	4055	08	1					1
Auxiliar Administrativo	5120	13		1	1			2
Auxiliar Administrativo	5120	12			1			1
Auxiliar Administrativo	5120	11	1				1	2
Conductor Mecánico	5310	11			1			1
Celador	5320	09			1			1
Auxiliar Servicios Generales	5335	09	1		1			2
TOTAL			4	3	6	3	1	17

(...)

➤ Grupo de Recursos Financieros

Denominación del Cargo	Cód	Gr	Despacho	Tesorería	Contabilidad	Presupuesto	Cargos
Profesional Especializado	3010	16	1				1
Profesional Universitario	3020	12			1		1
Profesional Universitario	3020	09		1			1
Profesional Universitario	3020	07				1	1
Profesional Universitario	3020	06			2		2
Técnico Administrativo	4065	11		3			3
Auxiliar Administrativo	5120	13		1	1		3
Auxiliar Administrativo	5120	11				1	1
TOTAL			1	5	4	3	13

(...)²²

Cabe señalar que, el estudio técnico anteriormente plasmado en el cuadro comparativo de cargos de nivel asistencial, para el cargo de auxiliar administrativo código 5120 grado 11, existían 10 cargos en la nómina y se proponía crear 4 nuevos para un total de 14 cargos, tal y como quedó en el Decreto 2018 de 2004, de lo que se infiere que, basados en la sana crítica, no es cierto lo expresado por parte de la señora Betty Góngora Pedraza que afirmó que el oficio de comunicación del 02 de febrero de 2004 se basaba en el estudio técnico, ya que este estudio no suprimió el cargo en mención.

En este orden de ideas, del análisis realizado al material probatorio obrante en el expediente, el Despacho encuentra que la actuación desplegada por la señora Betty Góngora Pedraza como Rectora para la época de los hechos de la Universidad Abierta y a Distancia – UNAD fue dolosa al tenor de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 678 de 2001, situación que se corrobora en la medida que el cargo de Auxiliar Administrativa Código 5120 grado 11 no había sido suprimido por el Decreto 218 de 2004, ni como quedó expuesto en el estudio técnico realizado para la reestructuración de la UNAD.

En consecuencia, el acto administrativo a través del que se le comunicó a la señora María Esther Dueñas de Bautista que, el cargo que desempeñaba en la entidad había sido

²² CD a folio 226

suprimido, se debe indicar que este fue afectado por un vicio, denominado falsa motivación, en razón a que la autoridad expidió el oficio actuando en ejercicio de sus funciones, constituyéndose como arbitraria la decisión adoptada, en tanto no tenía sustento jurídico para expedir y suscribir esta comunicación con dicha fundamentación, por el contrario debió haber tenido en cuenta que la señora Dueñas era de carrera administrativa y automáticamente debió ser incorporada a la nueva planta de personal, máxime cuando su cargo nunca fue suprimido.

En consecuencia, se encuentra demostrada la conducta dolosa en la que incurrió la señora Betty Góngora Pedraza, con la expedición del Oficio del 02 de febrero de 2004, donde se le comunicaba a la señora Dueñas de Bautista la supresión de su cargo.

Al respecto, el Despacho observa que a través de la Resolución No. 209 de 1997²³, se expidió el manual de funciones del Rector de la Unidad Universitaria del Sur en Bogotá, que era el nombre de la Universidad antes de su reestructuración, en el que entre, otras cosas, se dispuso:

(...) "*DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES:*

5. Nombrar y remover el personal de la Institución con sujeción al Estatuto General de la Institución, al Estatuto Docente, Régimen de Carrera Administrativa u otro, según el caso.

(...)".

De manera que, a juicio del Despacho está acreditado que en el artículo 1 del Decreto 218 de 2004 no suprimió el cargo de Auxiliar Administrativo 5120-11 que desempeñaba María Esther Dueñas de Bautista, razón por la cual, al contrastar el referido decreto con el oficio del 2 de febrero de la misma anualidad, suscrito por Betty Góngora en calidad de Rectora de la Universidad Abierta y a Distancia en donde se desvinculó a María Esther Dueñas de Bautista, se evidencia la irregularidad en la que incurrió la demandada, dado que se cometió un error en la escogencia del fundamento, y de lo que no se probó que la decisión obedeciera a una decisión de otro funcionario.

En consecuencia, atendiendo las consideraciones que anteceden, el Despacho encuentra que se debe endilgar responsabilidad a la señora Betty Góngora Pedraza, al encontrarse acreditada la conducta de la misma como dolosa, en tanto que como se indicó con anterioridad, el cargo de código 5120 grado 11 no fue suprimido en el decreto 218 de 2004, por el contrario se crearon cuatro más de los que había en la planta anterior, por lo que está más que probado la falsa motivación del oficio del 02 de febrero de 2004, hecho que fue advertido en la sentencia del 28 de septiembre de 2012 dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección – Segunda.

Por los argumentos antes expuestos, el Despacho determina que la demanda está llamada a responder patrimonialmente por la suma a la que fue condenada la Universidad Abierta y a Distancia - UNAD.

²³ Fls.12- 13

6. Liquidación de la condena

Ahora bien, en el presente asunto, se encuentra acreditado que el monto cancelado por la Universidad Abierta y a Distancia – UNAD, correspondió a la suma de \$162.398.699, pago que fue realizado del 01 de octubre de 2013 y el 04 de diciembre de 2013, tal y como consta en las certificaciones expedidas por el Coordinador de Tesorería de la Universidad Abierta y a Distancia - UNAD.

En tal sentido, el valor a actualizar es la suma de \$162.398.699, por ende, se dará aplicación a la siguiente fórmula de actualización:

$$Ra = Vh * IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial}$$

$$Ra = \$162.398.699 \times \frac{IPC \text{ abril } 2020}{IPC \text{ diciembre de } 2013}$$

$$Ra = \$162.398.699 \times \frac{105,70}{79,56}$$

$$\underline{Ra = \$215.755.938,7}$$

De acuerdo a la anterior operación realizada, el valor a cancelar por parte de la señora Betty Góngora Pedraza corresponde a la suma de **DOSCIENTOS QUINCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$215.755.938,717).**

Para el pago de la anterior suma se concederá el plazo de seis (6) meses que se contarán desde la ejecutoria de la presente providencia.

La parte demandante además solicitó que se condenara a la señora Betty Góngora Pedraza al pago de intereses comerciales sobre la suma antes mencionada, desde la fecha en que la entidad pagó la sentencia y hasta el día en que efectivamente cancele la totalidad de la suma indicada.

Referente a esta pretensión, es necesario señalar que no tiene vocación de prosperar, porque la indemnización reconocida no tiene como fuente una obligación de naturaleza mercantil a la luz de lo señalado en los artículos 10, 11 y 12 del Código de Comercio; adicionalmente el Consejo de Estado ha indicado en diversas oportunidades que los intereses comerciales son incompatibles con la corrección monetaria o indexación.

“Como se puede apreciar, el Código de Comercio en el artículo 884 reproducido, indica que en los negocios mercantiles el pago de réditos de un capital cuando las partes no hubiesen pactado el interés, éste será el bancario corriente, o sea aquel que surge del promedio cobrado por los Bancos por los créditos otorgados a los usuarios de su actividad, según certificación expedida por la Superintendencia Bancaria (ahora Financiera), cuya fórmula de cálculo contiene el costo puro del dinero, el riesgo de la operación y la depreciación monetaria o inflación, de manera que excluye la actualización de la suma adeudada, porque la tasa remuneratoria o la moratoria, según el caso, incluye ya el resarcimiento inherente a la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Dicho de otra forma,

y de acuerdo con la jurisprudencia y la norma citada (art. 884 C Co.), no es posible que se reconozcan los intereses legales comerciales corrientes remuneratorios o de mora además de la corrección monetaria, puesto que las tasas de las mismas ya aparejan la indexación de la moneda".²⁴

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a la de práctica de pruebas y presentaron alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

VIII. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable a la señora **Betty Góngora Pedraza**, por la condena impuesta a la Universidad Abierta y a Distancia – UNAD, el 28 de septiembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección F.

SEGUNDO: CONDENAR a la señora Betty Góngora Pedraza a reintegrar a favor de la

²⁴ Sentencia 14 de abril del 2010, Sección Tercera- Rad 17214 CP. Ruth Stella Correa.

Universidad Abierta y a Distancia – UNAD la suma de DOSCIENTOS QUINCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS CON SIETE CENTAVOS (\$215.755.938,7).

TERCERO: La anterior suma de dinero deberá ser pagada en el plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente a la ejecutoria de la presente providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas a la señora Betty Góngora Pedraza y fijar como agencias en derecho, el uno (1%) de las pretensiones de la demanda, reconocidas en el presente fallo.

SÉPTIMO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

OCTAVO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

NOVENO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

CRR



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0003800
Demandante	:	Camilo Andrés Villamil Benavides
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 96**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, el señor Camilo Andrés Villamil Benavides, Yaneth Benavides Amaya actuando en nombre propio y en representación de su menor hija Angélica Villamil Benavides; Ángela Yadira Villamil Benavides y Yudith Maritza Delgado actuando en nombre propio y en representación de su hija menor de edad Valery Camila Villamil Delgado presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la discapacidad del señor Camilo Andrés Villamil Benavides por el ataque ocurrido el 8 de mayo de 2012 en el municipio de Guabo (Nariño).

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 3 a 6 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

Se indicó que, para el 10 de noviembre de 2006, el señor Camilo Andrés Villamil Benavides ingresó a la Policía Nacional como patrullero, siendo destinado a prestar sus servicios al comando de la Policía de Nariño.

Precisó que, el señor Camilo Andrés Villamil Benavides fue enviado a la subestación

del Guabo – Nariño el 29 de diciembre de 2011, en reemplazo del patrullero Rigoberto Daza Meléndez, en donde recibió capacitación por parte del personal de instructores del Departamento de Policía de Nariño del 30 de abril al 04 de mayo de 2012, en donde impartieron armamento asignado fusil Galil, sin embargo, no le dieron instrucción para el uso de ametralladora, que era el arma que permanecía en el cerro, ni tampoco se les dio instrucción de polígono para verificar el estado del armamento.

Indicó que, la Subestación de Policía Guabo contaba con material de guerra, tal como una ametralladora Neguev, 1 MGL, 06 fusil Galil 5.56, granada de fragmentación y granada de aturdimiento, pero no contaba con las mínimas medidas de seguridad para repeler un ataque subversivo, pues se trataba de una casa vieja de bahareque semidestruida

Señaló que, el 08 de mayo de 2012, siendo las 10:20 p.m., subversivos de las FARC atacaron la subestación del Guabo, mediante la técnica de avasallamiento, lanzando ráfagas de fusil, hechos en los que fueron asesinados varios patrulleros y fue herido el señor Camilo Andrés Villamil, quien fue recogido el 9 de mayo a las 04:30 a.m. por el Ejército Nacional y trasladado al centro de salud del municipio Mallama – Piedraancha, donde le prestaron los primeros auxilios y luego fue traslado a la ciudad de Pasto, al Hospital Universitario,

Por la complejidad de sus heridas, estuvo hospitalizado por 23 días, y para el 31 de mayo fue trasladado al Hospital Central de la Policía, en donde le realizaron la amputación transtibial en miembro inferior derecho y otras intervenciones, para posteriormente ser dado de alta el 15 de julio de 2012.

Finalmente, afirmó que era responsabilidad del estado garantizar la vida, integridad y salud del señor Camilo Andrés Villamil, sin embargo, esto no fue cumplido por parte de la entidad demandada, pues se le ordenó cumplir el servicio de seguridad en un cerro que no reunía las mínimas medidas de seguridad para proteger la vida del demandante y de sus compañeros, adicionalmente, el señor Camilo Andrés fue retirado de la Policía Nacional, y actualmente se encuentra desprotegido junto con su familia en seguridad social.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Mediante escrito radicado el 5 de febrero de 2018, la entidad demandada se pronunció respecto de la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones.

Indicó que, en el presente caso no se configuraba un riesgo excepcional anormal con ocasión al atentado terrorista padecido, por cuanto no existió una falla en el servicio por parte de la entidad, teniendo en cuenta que se trataba de riesgos inherentes a la actividad militar.

Adujo que, la entidad reconoció al demandante y a sus beneficiarios una indemnización a través de la calificación del informe Administrativo 068 de 2012 adelantado por la Oficina Asuntos Jurídicos del Departamento de Nariño de la Policía Nacional, puesto que, para la época de los hechos, se calificaron las lesiones del patrullero Camilo Andrés Villamil “ *En actos especiales del servicio*” y se le canceló al demandante y su beneficiarios una compensación por muerte (sic) por un valor de noventa y seis millones seiscientos cincuenta y cuatro mil treinta y nueve pesos con novena y nueve centavos. (96.654. 039.99)”.

Finalmente, solicitó que se declarara la inexistencia de la obligación por parte de la Policía Nacional, de reconocer y pagar daños y perjuicios a los demandantes, en razón a que no le asistía el derecho reclamado, toda vez que, al demandante ya se reconoció y pagó los emolumentos que por ley tenía

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 15 de enero de agosto de 2015 (f. 189 c. principal), seguidamente, mediante auto del 08 de mayo de 2015 fue inadmitida la demanda (f. 191 c. principal), subsanada la demanda fue rechazada por caducidad el 22 de enero de 2016 (f. 220 c. principal), providencia apelada y resuelta por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 31 de mayo de 2017 en la cual revoco el auto en el cual se decretó la caducidad (fls. 246 a 250 c principal), y mediante auto del 25 de julio de 2017 se admitió la demanda (fls. 254 a 256 c. principal).

El 28 de marzo de 2019 se realizó la audiencia inicial, en la que entre otras cosas, se decretaron las pruebas (fl. 293 a 294).

El día 05 de septiembre de 2019 se llevó a cabo audiencia de pruebas se incorporaron algunas pruebas y se corrió traslado para alegatos (fl. 368).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

A través de escrito radicado el 13 de septiembre de 2019, la parte demandante ratificó los hechos y pretensiones de la demanda y solicitó que se accediera a las pretensiones, señalando que existió una falla en el servicio, ya que al personal no se les capacitó para el manejo del armamento que se encontraba en el cerro y que la subestación de Policía Guabo, no contaba con las mínimas medidas de seguridad para repeler un ataque subversivo, tal como se observa en las fotografías anexadas como pruebas.

Señaló que, la seccional de inteligencia del Departamento de Policía de Nariño señaló en su oficio No S-2012-028517/SIPOL –DENAR-29-27 de fecha 16 de septiembre de 2012, advirtió de la necesidad de tomar medidas de prevención en relación con las estaciones y subestaciones, por ser considerados intereses terroristas.

Precisó que, la falla en el servicio se basaba en la omisión de la Policía Nacional, en el cumplimiento de la obligación de nombrar 12 funcionarios en la subestación del cerro, puesto que allí solo habían 6 y uno de ellos con permiso, y no se contaba con la infraestructura mínima para la seguridad de sus vidas, más aún cuando existió ausencia de aplicación de sistemas de seguridad para contrarrestar ataques terroristas, ya que en la zona se tenía conocimiento por múltiples informes de inteligencia, sobre posibles atentados terroristas.

1.5.2. El Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, y señaló que, los hechos se presentaron en cumplimiento de las funciones inherentes a las labores propias del cargo, sin embargo, precisó actuaciones diferentes a las debatidas en el proceso, bajo la consideración que el señor Camilo Andrés Villamil Benavides había fallecido.

Ministerio Público. No presentó concepto.

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión a las lesiones padecidas por el señor Camilo Andrés Villamil Benavides cuando se encontraba adelantando actividades propias del servicio.

3. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, el Ministerio de Defensa – Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el señor Camilo Andrés Villamil Benavides cuando cumplía con funciones propias de su cargo.

4. Fundamentos de derecho.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado —o determinable—; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate

4.1 Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria del servicio militar

El Consejo de Estado ha precisado que, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados en la actividad militar, debe examinarse bajo regímenes distintos atendiendo a la categoría del servicio, esto es, si el mismo ha sido prestado de manera obligatoria o voluntaria. En lo atinente a la responsabilidad por actos del servicio de personas que ingresan voluntariamente a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, ha de analizarse con base en la falla en el servicio, o en su defecto bajo el riesgo excepcional.

En sentencia del 8 de febrero de 2012, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourt, actor Neftalí Vallejo Ortega, señaló:

“ Cuando se trata de daños padecidos en actos del servicio por personas que se han vinculado voluntariamente a las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional se ha de observar si éste se causó por la configuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, o si se debió a la concreción del riesgo propio de dicha actividad. Esta distinción es de suma relevancia, por cuanto, de resultar probado los primeros supuestos se derivaría la responsabilidad en la administración, mientras que en el último no. Esta Corporación ha determinado que la configuración de la falla en el servicio y el riesgo excepcional son los títulos de imputación que se analizan cuando una persona que voluntariamente se ha incorporado a la Policía Nacional o a las Fuerzas Armadas resulta afectado, de manera excepcional, con ocasión de actos del servicio. Y sólo pueden ser estos títulos de imputación, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando “a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Giamboa.

deben soportar con ocasión de su actividad", esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad (riesgo excepcional) o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo lo es "el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones", o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados por las lesiones soportadas por el señor Camilo Andrés Villamil Benavides, en hechos ocurridos el 8 de mayo de 2012 cuando cumplía con funciones propias de su cargo, siendo presuntamente expuesto aun riesgo superior al que normalmente debía afrontar.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *"la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho";* o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *"el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"*².

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*"... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual."*³ (Negrilla fuera del texto)

En el caso bajo estudio, la parte actora hizo consistir el daño en las lesiones padecidas por el patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides el 8 de mayo de 2012,

² Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

³ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

mientras se encontraba en funciones propias de su cargo, esto es, prestando vigilancia en el cerro de la subestación del Guabo-Nariño, con otros cuatro uniformados.

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

Epicrisis⁴ del patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides del Hospital Universitario de Nariño:

"Paciente víctima de explosión de artefacto explosivo, en zona del Guabo, municipio de Piedrancha Nariño, quien sufre múltiples heridas en miembro inferior derecho con pérdida importante de tejidos superficiales y profundos, incluyendo zona glútea, además de fractura de pie unirastralero, quien fue llevado a múltiples limpiezas, desmembramiento de tejido, manejo conjuntamente por ortopedia y comité de infecciones dudosas respuestas, la mayoría e infección de tejidos en estadio inicial respondiendo de manera adecuada a trauma meropenem tigeciclina, signos de isquemia hallux por lo cual se decide su desarticulación compromiso circulación de arteria lumbal posteridad, defecto en retropié y antepié medial que aumenta riesgo de amputación, que aumenta riesgo de compromiso de la circulación por lo cual se requiere manejo conjunto de ortopedia y cirugía plástica para definir si es candidato a imputación o colgajo, se comenta caso con policía a quienes definen remisión. "

Junta Medica Laboral⁵ de la Policía Nacional del 12 de agosto de 2014 al señor Camilo Andrés Villamil Benavides

(...)

V. ANALISIS DE LA SITUACIÓN

Se valora paciente encontrándose en buenas condiciones generales TA: 120 /80 FC: 60 por minuto, FR: 16 por minuto. Tórax: Cardiopulmonar normal sin agregados: Abdomen: Normal. Miembros Superiores: Diseastasias brazo izquierdo, territorio radial, cicatriz, quirúrgica de 3x2 cm región infracondilea, antebrazo izquierdo, arcos de movilidad articular normales sin limitación funcional. Miembros Inferiores: Ausencia músculos glúteos medios múltiples cicatrices quirúrgicas supuestas con traumáticas, muñón infracondileo miembro inferior derecho con buena perfusión distal, eczema cara anterior muslos, marcha con apoyo muleta, asiste sin prótesis Columna Vertebral: Arcos de movilidad articular normales sin limitación funcional. Se revisan antecedentes médico laborales suministrado por el área sin foliar, se revisa historia clínica en el Sistema integral de salud de la Policía Nacional (SISAP) NO TIENE TML PREVIO, NO TIENE JML PREVIA.

CONCLUSIONES

A. Antecedentes – Lesiones- Afecciones – Secuelas

1. LESIÓN PARCIAL NERVIO COLATERAL RADIAL DE PULGAR IZQUIERDO CON DISESTESIAS

2. LUMBAGO MECANICO SIN SECUELAS VALORABLES

⁴ Fls 11 a 16

⁵ Fls 22 a 24

3. SINDROME DE PIERNAS INQUIETAS SIN SECUELAS VALORABLES
 4. ASTIGMATISMO HIPERMETROPICO AO, PINGUELA LAGRIMAL, CONJUNTIVITIS ALÉRGICA AGUDEZA VISUAL CON CORRECCIÓN OD 20/30 OI 20/20
 5. GASTRITIS CRONICA ANTRAL CON H PILORY, HIGADO GRASO SIN HEPATITIS, SINFROME INTESTINO IRRITABLE SIN SECUELAS VALORABLES
 6. AMPUTACIÓN INFRACONDILEA MIEMBRO INFERIOR DERECHO
 7. CICATRICES DESCRITAS
 8. REACCIÓN AL ESTRÉS GRAVE, EPISODIO DEPRESIVO
 - 9 AUDICIÓN NORMAL BILTERAL CON AUDIOMETRIA NORMAL BILATERAL CON PROMEDIO TONAL AUDITIVO OIDO DERECHO 19.32 DECIBELES OIDO IZQUIERDO 18.14 DECIBELES SIB SECUELAS VALORABLES.
- B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad de capacidad para el servicio.
 INVALIDEZ NO APTO Por artículo 60
 B (1) (a), 59 c y 68 a y b. REUBICACIÓN LABORAL NO APLICA POR SER DE RETIRO E INCALIDEZ
 C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución laboral de

Actual: NOVENTA Y TRES PUNTO CINCUENTA Y OCHO POR CIENTO 93,58.%

Total: NOVENTA Y TRES PUNTO CINCUENTA Y OCHO POR CIENTO 93,58.%

(..)⁶

Del citado documento, se tiene probado que, el señor Camilo Andrés Villegas Benavides Presentó múltiples lesiones en su integridad.

Así mismo, se allegó historia clínica ⁷del señor Camilo Andrés Villamil Benavides:

"(...)

SUBJETIVO

ORTOPEDIA

PACIENTE QUIEN VICTIMA DE ARTEFACTO EXPLOSIVO EL DÍA 9 DE MAYO, ATENCIÓN HOSPITALIZADO EN HOSPITAL DEPARTAMENTAL EN PASTO NSRIQO (sic), DONDE REALIZARON FIJACIÓN EXTERNA, DESBRIDAMIENTO Y MULTIPLES LAVADOS, Y AMPUTACIÓN DEL HALLUX, MANEJO CON ANTIBIOTICO DEL AMPLIO ESPECTRO, REMISIÓN A BOGOTA PARA CONTINUAR MANEJO DEFINIR AMPUTACIÓN/COBERTURA DE DEFECTI EXTENSO DE PIEL EN MEDIO REROPIE Y CARA MEDIAL DE PIERNA DERECHA.

OBJETIVO

PACIENTE EN BUEN ESTADO GENERAL DESPIERTO NO HAY SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTEMICA
 PIERNA DERCHA FIJACIÓN EXTERNA TRANSARTICULAR AL TOBILLO, AUSENCIA DE HALLUX POR AMPUTACIÓN, GRAN DEFECTO DE COBERTURA SOBRE TODO EL MEDIO PIE Y RETROPIE LADO MEDIAL CON EXPOSICIÓN Y NECROSIS OSEAS A NIVEL DE LA DIAFISIS DE 2 METATARSIANO Y MEDIO PIE, HAY GRAN DEFECTO DE COBERTULA EN CARA ANTERO MEDIAL DE LA PIERNA DERECHA CON ESPOSIWCN (sic) DE GASTRIONEMEJO MAS NO DEL HUESO, AREAS DE HIPOETESIA MULTIPLES EN REGION PLANTAR, NO HAY

⁶ Fls. 22 a 24

⁷ Fls 34 a 130

FETIDEZ. NO SECRECION

REFIERE DOLOR A NIVEL DE METACARPOFLANGICA DEL PULGAR

ESPECIALIDAD	TIPO	ACCIÓN DE SALUD	DATOS CLÍNICOS DE IMPORTANCIA
CIRUGIA PLASTICA	INTERCONSULTA	CONSULTA DE CONTROL O DE SEGUIMIENTO POR MEDICINA ESPECIALIZADA INCLUYE AQUELLA REALIZADA PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN FORMA PERIÓDICA. EN SEGUIMIENTO LABORAL AL REINTEGRO O ADAPTACIÓN DE ORTESIS/PRTESIS	HERIDA POR ARTEFACTO EXPLOSIVO LESIÓN PERDIDA EXTENSA. COBERTURA SW TEJIDO IZQUIERDO ANALISIS BLANDO EN PIERNA Y PIE DERECHO
INFECTOLOGÍA	INTERCONSULTA	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR MEDICINA ESPECIALIZADA INCLUYE AQUELLA REALIZADA PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL INGRESO, RETIRO, REUBICACIÓN, REINTEGRO DEL TRABAJADOR ASÍ COMO PARA DEFINIR EL ORIGEN DEL EVENTO EN SALUD CALIFICACIÓN	PACIENTE CON LESIÓN AREA CRUENTA Y EXPOSICIÓN DE PIERNA Y PIE DERECHO SEC EXPLOSIÓN CON MANEJO DE ANTIBIOTICO EN OTRA INSTITUCIÓN CON MEROPENEM Y TIGECICLINA SEC E COLI Y PROTEUS Y SE SOLICITA VALORACION Y CONCEPTO
PSQUIATRIA	INTERCONSULTA	CONSULTA DE PRIMERA VEZ POR MEDICINA ESPECIALIZADA DE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN EL INGRESO, RETIRO, REUBICACIÓN, REINTEGRO DEL TRABAJADOR ASÍ COMO PARA DEFINIR EL ORIGEN DEL EVENTO EN SALUD CALIFICACIÓN	POSIBILIDAD DE AMPUTACIÓN DE PIERNA DERECHA EXPLOSIÓN GRACIAS

*PACIENTE CON LESIÓN EXTENSA DE TEJIDOS BLANDOS
 PLAN HOSPITALIZACIÓN, COBERTURA ANTIBIOTICO SEGÚN CULTIVO E
 COLI PROTEUS. SE PROGRAMARA PARA LAVADO DESBRIDAMIENTO PIE
 IZQUIERDO, VALORACIÓN POR CIRUGIA PLASTICA, SS PARACLINICO S DE
 CONTROL Y RX PIERNA TOBILLO
 DIAGNOSTICOS*

<i>PRINCIPAL</i>	<i>CODIGO</i>	<i>DESCRIPCION</i>	<i>TIPO</i>	<i>EJE</i>	<i>ESTIMACIONAL</i>
<i>SI</i>	<i>M798</i>	<i>OTROS TRASTORNOS ESPECIFICADOS DE LOS TEJIDOS BLANDOS</i>	<i>CONFIRMADO NUEVO</i>		
<i>NO</i>	<i>S923</i>	<i>FRACTURA DE HUESO DEL METATARSO</i>	<i>CONFIRMADO NUEVO</i>		

CONDUCTAS – INTERCONSULTAS REMISIONES

Además, se allegaron las incapacidades laborales por amputación de miembro desde el 14 de julio de 2012 hasta el 31 de mayo de 2013, concedidas a favor el señor Camilo Andrés Villamil Benavides.⁸

De acuerdo a lo anterior, bajo los criterios establecidos para el título de imputación subjetivo esto es la falla del servicio, se estudiará si de las circunstancias en las cuales se produjo el daño, se encuentra demostrada o no una defectuosa actuación de la administración o una falla en la prestación del servicio.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y, en consecuencia, si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

Previo al análisis del material probatorio del plenario, es menester del Despacho indicar que, si bien la parte actora allegó unas fotografías que aduce son del lugar donde ocurrieron los hechos de la demanda también lo es que, estos elementos no pueden ser apreciados por sí solos, debido a que apenas demuestran el registro de una imagen, sin que pueda extraerse la autoría de estas, la época en que fueron tomadas y el lugar exacto al que efectivamente corresponden.

⁸ Fls 128 a 132

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

Se observa, oficio No. S -2012-078/ DENARR – DISPO – TUQUERRES – SGUA - 29-27 corregimiento el Guabo (N), 10 de mayo de 2012 informando la novedad ocurrida el día 08 de mayo de 2012, en el que, se señaló:

*"Siendo aproximadamente las 22:00 horas del día 08/05/2012, cuando subversivos de las FARC, quienes delinquen en la zona realizaron ataque al personal el cual se encontraba concentrado en la base del Cerro e instalaciones de la subestación el Guabo, mediante la técnica de avasallamiento, lanzando ráfagas de fusil, explosivos artesanales al parecer elaborados con explosivo pentoflex, Granadas de MGL y ametralladora M- 60, de la misma manera estaban siendo atacados el personal que se encontraba asignado a la base del cerro pero con mayor intensidad, dando como resultado lamentable la Muerte de los señores: Patrulleros GUALTEROS CORTEZ ALVARO muerto y el señor Subintendente DORLING JAVIER CAMPO MARQUEZ, y lesionados señores patrulleros VILLAMIL BENAVIDES CAMILO, quien según dictamen médico presenta pérdida de talón, y heridas de esquirlas de granadas en diferentes partes del cuerpo, así mismo, los patrulleros IBÁÑEZ BASQUEZ FADY DE JESUS y PT INSUASTY PALOMINO ALVARO presentan heridas por arma de fuego, esquirlas de granada, en diferentes partes del cuerpo al igual que desprendimiento de membranas en los oídos, Hechos antes relacionados ocurrieron en un lapso aproximado de cinco (05) horas del día 08/05/12 y la madrugada del día 09/05/12 de ataque subversivo, recibiendo fuego nutrido por parte de este grupo insurgente que delinque en la misma zona, de la misma manera, horas más tarde se obtuvo la presencia del avión fantasma quien únicamente lanzó una vengala (sic), realizando registros visuales y emprendió su regreso, posteriormente se recibió apoyo por parte del personal del Ejército quienes se encontraban al mando del señor Teniente TORO MAZUERA JUAN FERNANDO, con el cual en compañía de personal uniformado de esta Unidad Policial se coordinó realizar desplazamiento a la Base del Cerro a fin de verificar la situación en que se encontraba dicha base y brindar el apoyo respectivo a los policiales quienes estaban a cargo de custodiar la base del Cerro, es de anotar que en diferentes ocasiones se logró tratar de establecer comunicación con dicho personal sin obtener resultado alguno, encontrando como novedad las novedades antes descritas y el resultado lamentable y desastroso del cual fuimos atacados por el grupo insurgente. Así mismo es de anotar que durante el enfrentamiento se constató el hurto y daño de material de guerra e intendencia que causaron estos insurgentes el cual me permito relacionarlos así: Tres fusiles Galil Calibre 5.56 No. 08442993 asignado al Señor Subintendente CAMPO MARQUEZ DORLIN, Fusil Galil Calibre 5.56 No.08442780, asignado al señor Patrullero VILLAMIL BENAVIDES CAMILO ANDRES, Fusil Galil No. 08443164, ametralladora LMG-NEGEV Calibre 5.45 No. 37500052, estos dos elementos de guerra asignados al señor patrullero GUALTEROS CORTES ALVARO, cinco (05) granadas de fragmentación IM-26, Un chaleco antibalas No. 338370, Veintidós (22) Proveedores para fusil calibre 5.56, Dos (02) Cascos Kéblar A-11 y Cuatro mil Quinientos cincuenta y seis (4556) cartuchos calibre 5.56, Tres (03) Iniciadores M-60, así como también dañaron la nevera, estufa con horno, sandwichera, licuadora, vajilla y demás elementos de cocina los cuales se encontraban en el inventario de la Unidad, esto debido a los diferentes explosiones por el ataque subversivo de la columna mariscal sucre de las FARC."*⁹

⁹ Fol. 6

Obra en el expediente, se tiene el polígama 0325 del 09 de mayo de 2012, en el que se indicó:

“ME PERMITO INFORMAR AYER 080512 SIENDO LAS 22:22 HORAS coma SE PRESENTO ATAQUE AL CERRO DE LA SUBESTACIÓN DE POLICA EL GUABO (PUESTO DE AVANZADA) COMO JURISDICCIÓN MUNICIPIO DE PIEDRANCHA coma POR SUBVERSIVOS PERTENECIENTES A LA COLUMNA DANIEL ALDANA DE LAS FARC coma LOGRANDO INGRESAR AL SITIO coma SIENDO LAS 05:15 COMANDANTE DE SEGURIDAD CIUDADANA CON PERSONAL DE EMCAR Y DEL EJERCOL coma ENCONTRANDO EN LA PARTE ALTA PERSONAL POLICIAL FALLECIDOS SUBINTENDENTE DORLING JAVIER CAMPO MARQUEZ C.C. 72.303.677 coma TIEMPO DE SERVICIO 12 AÑOS UN MES Y 28 DIAS coma PATRULLERO ALVARO RAUL GUALTEROS CORTES C.C. 1.056.410.235 coma TIEMPO DE SERVICIO 6 AÑOS Y TRES DÍAS coma Y HERIDOS PATRULLERO JHON ESTIVEN SALGADO CARMONA C.C. 108803.301 TIEMPO DE SERVICIOS UN AÑO DIEZ MESES coma PATRULLERO FADY DE JESUS IBÁÑEZ VASQUEZ C.C. 1.082.928.288 TIEMPO DE SERVICIOS DOS AÑOS CUATRO MESES coma PATRULLERO VILLAMIL BENAVIDES CAMILO ANDRES C.C. 1.070.942.537 TIEMPO DE SERVICIO CUATRO AÑOS TRES MESES coma SE ESTÁ REALIZANDO INVENTARIO DE MATERIAL DE GUERRA Y COMUNICACIONES CON EL FIN DE ESTABLECER FALTANTES punto SE REALIZARON LAS RESPECTIVAS COORDINACIONES PARA APOYO CON FUERZA AEREA Y EJÉRCITO Punto”¹⁰

Adicionalmente, se advierte que obra Informativo Administrativo por lesiones¹¹, en el que se expuso:

“ (...) CONSIDERACIONES JURIDICAS

El despacho teniendo en cuenta todo lo anterior , establece que las lesiones sufridas en la humanidad del señor Patrullero VILLAMIL BENAVIDES CAMILO ANDRES identificado con cedula de ciudadanía No. 1.070.942.537 expedida en Facatativá – Cundinamarca, fueron adquiridas cuando se encontraba de servicio en el cerro o puesto de avanzada de la subestación de Policía El Guabo, al cual realizaba actividades del servicio, que la Policía Nacional como mecanismo y licencia para cumplir con lo preceptuado en el artículo 218 de la Constitución Política de Colombia en garantía a la paz, la tranquilidad y el mantenimiento del orden público de los habitantes y ciudadanos del territorio Nacional.

CALIFICACIÓN

Que la lesión sufrida por el señor Patrullero VILLAMIL BENAVIDES CAMILO ANDRES identificado con cedula de ciudadanía No. 1.070.942.537 expedida en Facatativá – Cundinamarca se encaja en circunstancias de acuerdo a lo establecido en el literal “C” del artículo 24 del Decreto 1796/2000” En actos especiales del servicio, son los originados como consecuencia del combate, en accidente relacionado con el mismo, por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento del orden público.”

De los anteriores medios probatorios se extrae que, para la época de los hechos, el señor Camilo Andrés Villamil Benavides prestaba sus servicios a la Policía Nacional,

¹⁰ Fol. 18

¹¹ Fls 19 al 21

adscrito a la Dirección a la Subestación de Policía de El Guabo desempeñándose como Patrullero en el municipio de Piedrancha (Nariño).

De igual manera se advierte que, en desarrollo de las funciones propias a su cargo fue objeto de lesiones ocasionadas por parte de grupos subversivos que hacían presencia en dicha zona, dejándole múltiples secuelas conforme a la Junta Médico Laboral de la Policía.

Ahora bien, a juicio de la parte actora le es imputable responsabilidad a la entidad demandada por cuanto, considera que la subestación El Guabo, no contaba con las mínimas medidas de seguridad para repeler un ataque subversivo, solo se encontraban cinco funcionarios de la Policía Nacional, violándose los protocolos de seguridad y manejo de armamento.

Sobre los títulos de imputación de responsabilidad para endilgar responsabilidad a la administración, en sentencia del 26 de junio de 2014¹², el Consejo de Estado indicó:

"Siguiendo el precedente de unificación sentado en la materia, según el cual se deja en libertad al juez contencioso administrativo de configurar libremente la imputación de responsabilidad, y de acuerdo con algunas consideraciones de la doctrina nacional, podemos decir que, frente a los títulos jurídicos de imputación que estructuran la responsabilidad del Estado por daños producidos por actos violentos de terceros: (1) si la acción u omisión del Estado que produce el daño es ilegítima e imputable a este, el fundamento de la responsabilidad lo constituye la falla del servicio; (2) si la actividad del Estado es, en cambio, legítima y, además, riesgosa, y el daño es producto de la concreción del peligro que ella conscientemente crea para el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales asignados, el fundamento será el título de riesgo excepcional con algunas evoluciones; y (3) si la acción del Estado es legítima y no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un encargo o mandato legal y en beneficio del interés general, pero con ella se ha producido un perjuicio concreto, grave y especial a un particular o a un grupo de particulares, imputable al Estado, el fundamento será el título de daño especial". (Negrillas y Subrayado del Despacho).

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del patrullero es un riesgo propio del servicio de la actividad policial. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que el daño deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides a una carga mayor que la de sus demás compañeros, quienes también eran patrulleros, sin embargo, esto no aparece acreditado en el proceso.

En el presente caso el marco de la responsabilidad debe hacerse desde el análisis de la falla en el servicio con el fin de determinar si existió acción u omisión de la

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sección Tercera. Subsección "B". Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO. Radicación: 05001-23-31-000-1998-03751-01(26161). veintiséis (26) de junio de dos mil catorce (2014).

entidad demandada que haya sido determinante y sustancial para la producción de los daños antijurídicos que se han hecho consistir en las lesiones recibidas por parte del patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides.

En este asunto se demostró el tipo y cantidad de armamento con el que contaba el personal policial, lo que incluía un fusil por cada uniformado; así mismo ametralladora, granadas de fragmentación y granadas de aturdimiento, sin embargo, la parte demandante no allegó elemento de juicio alguno que permita determinar si este número de policiales y de armamento era el que correspondía y se debía tener en la subestación de Policía el Guabo (Nariño), pues para tal fin no se aportó manual, reglamento o prueba técnica alguna.

De otro lado, se probó que, una vez conocida la incursión, el Ministerio de Defensa con personal del Ejército desplegó las actuaciones de apoyo que estaban a su alcance a los uniformados que estaban a cargo de custodiar la base del cerro, como el envío del avión fantasma para establecer situación de orden público, realizando registros visuales, y posteriormente se presentaron militares para apoyar, que si bien a partir de ellas no pudo repeler el ataque, no fue por negligencia, sino que porque las FARC tomaron de sorpresa la unidad policial a las horas de la madrugada. También se tiene que, la Unidad Policial intentó comunicarse varias veces con el personal de la base del cerro sin obtener resultado alguno.

De otro lado, los elementos de juicio obrantes en el plenario no dan cuenta de la inminencia del ataque perpetrado en la subestación del Guabo (puesto de avanzada) y que, a pesar de ello, la entidad demandada no hubiese tomado medidas para prevenirlo o enfrentar el hecho de manera diferente, así como tampoco se demostró la ocurrencia de alguna conducta reprochable al respecto.

La parte demandada no contaba con información en lo relacionado con el plan de las FARC de atacar al cerro de la Subestación de Policía El Guabo, la noche del 8 de mayo del 2020 y menos que lo fueran a realizar en las condiciones nefastas en las que lo hicieron, por lo cual no era posible que evitaran el atentado.

Aunado a lo anterior, debe ponerse de presente que, la parte actora no allegó ninguna prueba que corroborara las presuntas irregularidades que a su juicio se presentaron, pues no obra en este proceso prueba que indique la forma en la que se presentó el ataque y que por las circunstancias propias del evento, se haya podido contener con la presencia temprana de otras unidades militares y salvaguardar la integridad de los uniformados. Adicional a lo anterior tampoco se allegó prueba que indicara que los uniformados que fueron víctimas del ataque por miembros de grupos al margen de la Ley no contaran con capacitación suficiente para el manejo del armamentos con el contaban

En suma, el daño causado a la parte actora no le es imputable a la entidad demandada, pues no se probó que fuera consecuencia de una falla del servicio, ni se acreditó que la víctima directa hubiese sido sometida a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar junto con sus compañeros.

Así las cosas, comoquiera que el patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides asumió de manera voluntaria los riesgos que la profesión policial conlleva, los daños sufridos como consecuencia de tales riesgos inherentes a su actividad, como se concretó en este caso con disminución laboral acaecida cuando desarrollaba actividades propias del servicio, deben ser reconocidos a través de la llamada indemnización *a fort fait*, que por ley está determinada para los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio, dentro de la relación laboral que lo vinculaba con la demandada.

Así pues, verificadas las circunstancias en las cuales se produjo las lesiones padecidas por el patrullero Camilo Andrés Villegas Benavides, el Despacho considera que no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado, imponiéndose concluir que los daños padecidos por el miembro de la fuerza pública se encuadran dentro de los riesgos propios, permanentes y continuos del ejercicio de sus funciones como patrullero de la Policía Nacional, el cual fue asumido de manera voluntaria por el familiar de los aquí demandantes.

Con relación al título de imputación el Consejero de Estado doctor Mauricio Fajardo¹³, en providencia de fecha 17 de Marzo de 2010, señaló:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales Infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la Fuerza Pública; de allí que cuando el aludido riesgo se concreta, en principio no resulte jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual alguna en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el militar profesional afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada. (...) (Negritas y subrayado del Despacho)

Conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado corresponde al demandante en cada caso y de conformidad con el régimen de imputación que se aplique, asumir su respectiva carga probatoria.

Conviene indicar que, el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual falla en el servicio, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Radicación número: 50001-23-26-000-1997-06298-01(17656)

Código General del Proceso, al preceptuar: ***“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”***¹⁴ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: ***“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”***.

En ese sentido se concluye que no se encuentra demostrada dentro del plenario la falla en el servicio, en virtud de la cual se pretende derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la demandada a favor de la parte actora.

Así las cosas, el demandante no cumplió con la carga probatoria, pues no allegó prueba alguna que permita determinar que existe alguna falencia por parte de la entidad demandada frente a las lesiones padecidas por el patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides que dé certeza de la responsabilidad de la entidad demandada a efectos del reconocimiento de perjuicios a su favor, y en esa medida, se negaran las pretensiones.

6. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si se cumplen los presupuestos de responsabilidad en cabeza de la entidad demandada, por la eventual falla en el servicio originada en la omisión de suministrar el equipamiento que garantizara la integridad física del patrullero Camilo Andrés Villamil Benavides en actos del servicio realizado el 08 de mayo de 2012, y que el patrullero fuera expuesto a un riesgo excepcional, se resolverá negativamente, por cuanto la parte actora no cumplió con la carga probatoria de acreditar las falencias alegadas, y por el contrario advertirse que el daño padecido por la víctima se produjo con ocasión de la relación laboral que lo vinculaba con la Administración.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia con cuantía, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la

¹⁴ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
JUEZ



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-00050 00
Demandante :	Iván Alexis Olaya Caviedes
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 94**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Actuando mediante apoderado judicial, **IVÁN ALEXIS OLAYA CAVIEDES** presentó demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa – Armada Nacional, a efectos de que se le declare responsable por las lesiones sufridas mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (fls.48-71 c. principal).

1.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, el día 7 de julio de 2011, se encontraba durmiendo en el alojamiento de la “Compañía Charlie” en el tercer nivel de un camarote al bajarse cayó golpeándose la cabeza. Motivo por el que, adujo que se configuraba la responsabilidad de la entidad demandada, en tanto fue la que propició las lesiones del señor **IVÁN ALEXIS OLAYA CAVIEDES**.

Aunado a lo anterior, la parte actora refirió que a raíz de la caída se golpeó la cabeza, se le diagnosticó pérdida laboral del 100 % por presentar problemas neurológicos.

1.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito radicado el 13 de agosto de 2015, la **Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

Precisó que, de manera imprudente la parte actora se causó las lesiones al caer de su propio camarote, configurándose una causal de responsabilidad como lo es la **“Culpa exclusiva de la víctima”**, además que de la documental aportada al proceso, probaba que, el accidente se produjo por culpa e irresponsabilidad del conscripto, al no estar realizando una actividad que le implicara asumir un riesgo superior. Finalmente alegó que, no existía nexo causal, puesto que el señor **IVÁN ALEXIS OLAYA CAVIEDES** padece una enfermedad común que en nada tenía relación con la prestación del servicio militar obligatorio (fls.82 - 94 c. principal).

1.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 16 de enero de 2015, mediante auto del 08 de mayo de 2015 se admitió la demanda (f. 75-76 c. principal).

El 1 de agosto de 2017 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 118-123 c. principal).

Posteriormente, el 12 de abril de 2018 y 23 de mayo de 2019, se adelantó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fl. 234 y 267c. principal).

1.5 Alegatos de conclusión.

1.5.1. La parte actora

Mediante escrito del 4 de junio de 2019 precisó que con fundamento en lo probado en el expediente, la etiología de la enfermedad se determinó por parte del equipo interdisciplinario del Hospital Militar Central, quienes arribaron a la conclusión que el conscripto **IVÁN ALEXIS OLAYA CAVIEDES** sufrió trauma y conmoción en la cabeza por golpe en caída en la unidad militar, la que fue reportada por las Fuerzas Militares como accidente de trabajo, teniendo una etiología postraumática, motivo por el que resultaba atribuible responsabilidad a la entidad demandada (fl.268-276 c1).

1.5.2. El Ministerio de Defensa – Armada Nacional guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión de la lesión sufrida por **IVÁN ALEXIS OLAYA CAVIEDES**, mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

3.- Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el soldado Iván Alexis Olaya Caviedes en hechos ocurridos el 7 de julio de 2011, mientras se encontraba durmiendo en la Unidad Militar prestando el servicio militar obligatorio.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

4. Régimen jurídico aplicable

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

4.1 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado en casos de muerte o lesiones a soldados conscriptos.

Sobre la imputación de la responsabilidad a la Administración ha dicho el Consejo de Estado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y b) la

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la ‘superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen’.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las ‘estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas’.

(...)

En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

‘(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos ‘títulos de imputación’ para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario– un específico título de imputación’.

Para dilucidar si el daño resulta atribuible a la entidad demandada, es necesario señalar que el contenido obligacional de la prestación del servicio militar se encuentra previsto en la Ley 48 de 1993, norma que contempla el deber a cargo de todo varón mayor de edad de definir su situación militar, precisando las modalidades en que se ha de cumplir la mencionada carga.

La disposición normativa desarrolla el mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política, que impone a todos los colombianos el deber de “tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, sin que exista ninguna vinculación laboral, por lo que se ven en la obligación de soportar tal situación.

No obstante, la mencionada carga no es absoluta, en la medida que le asiste al Estado un

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

deber de reintegrar a la persona que presta el servicio militar en las mismas condición es en que fue incorporada; cuando ello no ocurre, surge la exigencia jurídica de reparar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución y demás normas que lo desarrollan, entre otras, el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

Partiendo de la anterior consideración, se colige que corresponde al demandante demostrar la existencia del daño y su ocurrencia durante la prestación del servicio militar obligatorio; entre tanto, a la entidad para exonerarse del deber de reparar, le corresponde acreditar la existencia de una causa extraña o eximente de responsabilidad.

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por las lesiones sufridas durante la prestación del servicio militar del conscripto **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA**, en hechos acaecidos en el Batallón de Seguridad de Infantería de Marina en Bogotá.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

5.1. El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *"impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos"*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *"(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Así lo demuestra el formato único de reporte de accidente de trabajo (fl 41 c. principal y fl 36 c- 2), por medio del cual se informa que:

"(...) EL IMAR OLAYA CAVIEDES IVAN ALEXIS SE ENCONTRABA DURMIENDO EN EL ALOJAMIENTO DE LA CIA CHARLIE EN EL TERCER NIVEL DE UN CAMAROTE AL BAJARSE SE RESBALÓ Y SE CAYO GOLPEANDOSE LA CABEZA"

Así mismo se le informó al señor **Henry Valle Baboadilla**, los hechos ocurridos el día 07

² Ibidem.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

de julio de 2013 (fl 42 c. principal y fl 40 c- 2) de la siguiente forma:

"El día 07 de julio siendo aproximadamente las 2200R me encontraba descansando. El IMAR OLAYA CAVIEDES ALEXIS Cont. 1/11R se encontraba durmiendo en el tercer nivel del camarote, al bajarse rápido se resbaló y se golpeó la cabeza después de unos minutos se levantó sin molestia alguna y siguió con la rutina normal, lo único que le ocasiono el golpe en el momento fue un chichón entonces el IMAR OLAYA CAVIEDES ALEXIS se volvió a acostar en la cama, por un rato se quedó dormido luego se levantó como si no hubiera sucedido nada al pasar algunos días fue que empezó a presentar síntomas, no dejaba de llorar y de portarse extraño."

Además, en la Junta Médica Laboral No 217 del 06 de septiembre de 2013 se indicó lo siguiente:

"CONCLUSIONES

A- Antecedentes-Lesione-Afecciones-Secuelas

1. Leucoencefalpatia de aparición juvenil, actualmente con trastorno importante del comportamiento, déficit cognitivo, trastorno del lenguaje, requiriendo acompañamiento permanente para sus actividades básicas cotidianas.

(...)

C- Evaluación de disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución de la capacidad laboral del CIENTO PUNTO CERO POR CIENTO (100.0%)

D- Imputabilidad del Servicio

(...)

Diagnostico 1. **LITERAL (A) EN EL SERVICIO, PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO (EC).**

Conforme al informe de evaluación neuropsicológica del Centro de Medicina Naval de las Fuerzas Militares de Colombia (fl. 132 c. principal) se determinó que:

"(...) El 2 de diciembre de 2011 asiste para la valoración por el área, estuvo Hospitalizado, se hace alusión a "caída y golpe en la cabeza", poco después se empezó a desorientar, falta de autocuidado se percibe sedado, desorientado en tiempo y lugar, bajo nivel de coordinación (...)

CONCLUSIONES E IMPRESIÓN DIAGNOSTICA

El paciente en su evaluación neuropsicológica, obtiene un desempeño por debajo de lo esperado en la población normal de su edad y escolaridad; en los procesos de consolidación evocación del material verbal, con fallas atencionales, déficit en los procesos de funciones ejecutivas y del comportamiento. Así mismo se evidencia alteraciones en la capacidad para regular las respuestas emocionales, pérdida de la capacidad para planificar, anticipar y monitorizar, disminución de la capacidad para abstraer ideas, con tendencia a la perseverancia, entendimiento cognitivo y motor.

El perfil clínico neuropsicológico descrito anteriormente, presenta características

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

de rendimiento cognitivo bajo. Es importante tener en cuenta resultados de neuroimagen descrita anteriormente (RMN) donde se hace alusión a Leucoencefalopatía.

Por último, obra Dictamen aportado por la Asociación Colombiana de Neurología, por medio del que se estableció (f. 1 c- 2):

"(...) El paciente en mención presenta un trastorno neurocognitivo mayor (Demencia) en estadio severo secundario a una enfermedad neurodegenerativa progresiva de tipo Leucodistrofia metacromática de inicio juvenil que le está produciendo toda la sintomatología descrita en la historia clínica con importante compromiso de memoria, lenguaje, funciones ejecutivas y visoespaciales (...)

La evolución clínica de este caso es sugestiva de un trastorno neurológico progresivo compatible con enfermedad generativa de posible causa genética (...) corroborado por los hallazgos de neuroimágenes, como también por los resultados de la valoración interdisciplinaria de la clínica de la memoria (...) muestra deficiencia y confirma la enfermedad denominada Leucodistrofia metacromática cuyo carácter es de tipo genético"

Conforme a la audiencia de pruebas celebrada el 23 de mayo de 2019, el perito Leopoldo Erick Sánchez Pérez, neurólogo clínico, expresó las razones y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento, y se pronunció sobre las peticiones y aclaraciones, de la siguiente manera:

(...) Preguntado: Indique si ¿ha tenido algún vínculo con los Señores Ivan Alexis Olaya Benjamín Antonio Olaya María Magueli (demandantes)? Interrogado: Ninguna relación Preguntado: ¿Ha tenido vínculo contractual con la Armada Nacional? Interrogado: Ninguna relación. Preguntado: Indique las razones y conclusiones del dictamen y el origen de su conocimiento que documentación tuvo a la mano, si realizó alguna valoración Interrogado: Nosotros en la Asociación Colombiana de Neurología recibimos solicitudes para peritajes eminentemente científicos técnicos, recibimos una historia clínica para designar un perito y emitir un concepto. Pude revisar la historia clínica, no conozco al paciente solo la historia únicamente, y basado en la historia clínica que nos mandaron del hospital y que tuvo acceso la Asociación Colombiana de Neurología más las pruebas bioquímicas, más las pruebas de punto de vista radiológico, revisamos la historia para dar este concepto Preguntado: Indique ¿en qué se basó el concepto y en qué se basó el mismo? Interrogado: El paciente en mención, es un paciente que había sido valorado en múltiples oportunidades y que presentaba un trastorno cognitivo, un cuadro de demencia en estado severo y por una enfermedad progresiva y de acuerdo a la historia clínica, tenía un grave compromiso de memoria, lenguaje y las funciones ejecutivas y viso espaciales. Le habían realizado todos los estudios pertinentes de neuro-imágenes pero, llamaba la atención que se encontraba una alteración de una parte del cerebro que se llama la sustancia blanca del cerebro, esa alteración se llama leuco encefalopatía, también se había descartado un síndrome epiléptico. Desde el punto de vista de la clínica, no estábamos contentos con la parte primera de la historia por eso sugerimos hacerle una evaluación en el centro de Memoria y Cognición de la Universidad Javeriana (...) el grupo hizo evaluación de todas las funciones cognitivas y llegó a la conclusión que el paciente presenta cuadro de demencia, la demencia es un trastorno neurocognitivo mayor donde se compromete la memoria, las funciones de las actividades de la vida diaria (...) el problema de estos casos es que el paciente tenía un trauma craneoencefálico y como neurólogos y grupo no podía explicarnos las alteraciones que encontramos en la resonancia magnética, el sitio que aparecía alterado no es lo usual que nosotros vemos en pacientes con trauma de cráneo, porque compromete unas estructuras y su apariencia de imagen por radiología sugería

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

un daño profundo del cerebro, y no lo que uno ve en el trauma de cráneo que son las estructuras más externas. Cuando uno encuentra manchas blancas en el cerebro que se llaman leuco encefalopatía y uno tiene que ver si viene de antes y viene de manera progresiva o viene de algo de tipo genético que viene. En ese caso revisamos la historia clínica y encontramos que esa alteración del cerebro de la parte profunda del cerebro que se llama leuco encefalopatía. Existen unas enfermedades donde faltan unas enzimas, una de esas es la sulfatasa, entonces muchos pacientes tienen déficit de esa enzima y presentan alteraciones que con el tiempo van produciendo todos los síntomas al paciente y no son explicadas de manera acertada únicamente por el trauma (...) Preguntado: ¿Conforme a las manifestaciones anteriores se puede lograr establecer si la patología que presenta el paciente, su origen es genético o finalmente redundante con el golpe? Interrogado: Después de revisar, tiene una cuantificación de esa enzima muy baja, está en 16.04 del valor normal de 25 a 50, se dice que debe estar por debajo del 10% del valor normal y ahí está en rango bajo y el hecho de tener esa enzima baja en sangre correlacionándola con los hallazgos de la resonancia magnética y con la parte mental del paciente, hace sugerir que es esa enfermedad. Lo que pasa es que esa enfermedad es difícil de diagnosticar y existen unas formas infantiles que son más frecuentes, formas juveniles y tardías que son las del adulto. Estas enfermedades a veces pasan con otros diagnósticos, a veces pasan con enfermedades psiquiátricas, a veces pasan con diagnóstico de demencia porque los pacientes se demientizan los que llegan a la etapa juvenil o del adulto, entonces nosotros tenemos que hacer todos los estudios y ya basados en el estudio del Grupo Interdisciplinario de la Memoria, más la radiología, más el hallazgo bioquímico, es lo que más se acerca a ese diagnóstico Preguntado: a efectos de poder realizar un diagnóstico de este tipo de enfermedad la misma tiene que venir precedida de una manifestación de demencia o algún signo? Interrogado: No, no siempre, depende de la edad en que se desarrolla (...) en la etapa juvenil o adulta puede comenzar con cambios mentales, comenzar con cambios motores y se pueden atribuir a otras cosas, muchos pacientes de estos han sido hospitalizados con diagnóstico de esquizofrenia y han sido hospitalizados con diagnósticos de demencia de otra naturaleza, y se les achacan otras causas. Sin embargo, nosotros en esta parte científica y técnica (...) es la clínica la que manda, muchas veces la gente cree que uno depende de exámenes (...) tiene que ir el paciente más el examen, cuando hay el examen que uno puede aportar, pero la clínica es la que manda más que el mismo examen Preguntado: (...) se puede llegar a la conclusión que se trata de una enfermedad genética que se desarrolló en la etapa adulta? Interrogado: Sí (...) tiene las características radiológicas de esa enfermedad y tiene la característica química, porque tiene déficit de la enzima sulfatasa que es la que produce esa enfermedad Preguntado: (...) a qué podría atribuirse el desarrollo de esa enfermedad? Interrogado: Al déficit enzimático, es de tipo bioquímico Preguntado: ¿Hay alguna participación de agente externo que pueda influir en el desarrollo? Interrogado: No, porque este es un trastorno genético que se puede desarrollar, se puede desencadenar de manera temprana o tardía pero no porque ningún agente externo o tóxico o trauma ni afectivo ni de otro origen químico lo pueda producir, esto es una cuestión que viene determinada genéticamente. Lo que pasa es que no se desarrolla por eso existen las tres variantes (...) Preguntado: ¿Podría usted explicar en qué consiste la Leucodistrofia? Interrogado: la leucodistrofia es una enfermedad, el cerebro tiene una sustancia gris que es como externa y una sustancia blanca que es profunda, esta es una enfermedad de la sustancia blanca que daña todas las conexiones que van de esa parte profunda a la parte superficial que produce un daño difuso del sistema nervioso y que va a afectar las funciones cognitivas del paciente, motoras del paciente, de capacidad de marcha de capacidad intelectual de capacidad visual, es difusa en ese aspecto y que nosotros para poder hacer los diagnósticos la resonancia ayudó muchísimo (...) es diferente cuando uno tiene un patrón que es característico de la enfermedad sumado a la confirmación bioquímica y clínica que tiene el paciente.

PARTE ACTORA INTERROGA

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

preguntado: (...) ¿Cómo llega usted a la conclusión de que el trauma que sufrió el señor Olaya Caviedes no tiene ninguna relación directa e indirecta con la etiología que dio el médico tratante de postraumática y cuando el grupo de valoración al cual usted lo remitió también indica que es probablemente es una leucodistrofia de inicio juvenil posible, eso no es un diagnóstico, es una impresión diagnóstica, y para efectos de claridad del despacho es una media conclusión que llega el grupo que lo evaluó para indicar que no es un diagnóstico certero (...) cómo llega a la conclusión si el grupo de valoración no efectuó ninguna prueba (...) y porque en dos horas hicieron la valoración los especialistas?

Interrogado: Le voy a aclarar varios términos, leucoencefalopatía no es igual que leucodistrofia, son dos cosas diferentes, entonces leucoencefalopatía es una alteración de la sustancia blanca que puede aparecer por múltiples enfermedades (...) leucodistrofia, significa que desde el inicio de la formación del embrión y del cerebro se está alterando la formación de esa sustancia blanca y de la mielina (...) cuando el doctor dice médico tratante (...) neurólogo dice que es debido a la posibilidad idiopática o postraumática. En medicina para nosotros idiopática es nada, no se sabe (...) pero si yo digo que es postraumática estoy asumiendo que es por eso. Sin embargo, en las encefalopatías de tipo traumático no tiene por qué alterarse la enzima sulfatasa porque esa debe venir bien en los seres humanos, el trauma no altera la enzima y la distribución del daño en el trauma craneano, cuando hay trauma casi siempre coge la parte gris y blanca al tiempo, no esta distribución que tiene una distribución muy característica de la leucodistrofia (...) el trauma no altera el resultado de la enzima por eso nosotros pedimos resultados enzimáticos, entonces cuando se altera la sustancia blanca de esa manera pero la enzima está caída es porque el diagnóstico está (...) cuando uno tiene la alteración de la sustancia blanca del cerebro como en este caso, tiene los síntomas clínicos que le encontraron y tiene el déficit de la enzima que es una sustancia en sangre, uno viene con las enzimas normales, no tiene por qué tener déficit de ninguna enzima, pero si uno tiene las enzimas alteradas en determinadas enfermedades, es el marcador genético de que uno tiene una enfermedad con características de deficiencia. Cuando nosotros utilizamos la palabra "impresión diagnóstica", impresión no quiere decir imprecisión (...) impresión diagnóstica, es lo que yo siento que tiene el paciente, no es imprecisión (...) aquí hay un diagnóstico definitivo por genética, tiene deficiencia de la enzima, no hay nada que hacer. Preguntado: (...) para el genetista cuando dice "en estudio" ese diagnóstico es preciso o requería de unas nuevas valoraciones para poder determinar que el diagnóstico efectivo era la leucoencefalopatía?

Interrogado: La leucoencefalopatía es cuando el grupo de genética o genetistas hacen un diagnóstico de leucoencefalopatía, simplemente están diciendo aquí hay una enfermedad de la sustancia blanca que queremos estudiar, entonces para eso él como genetista ha debido pedir los estudios pertinentes para ese momento, yo no sé si él tenía el resultado de esta enzima (...) la enzima es la que da el diagnóstico, el déficit enzimático (...) el grupo de genética dice que el paciente llega remitido por neurología y se ha encontrado una alteración de las neuroimágenes que muestra leucoencefalopatía y esa leucoencefalopatía va hacia la parte posterior del cerebro, que ellos como grupo van a descartar patologías, enfermedades inflamatorias, inmunológicas y metabólicas, le han estudiado al paciente que tiene un trastorno de lenguaje, desorientación que no hay compromiso de la función motora pero no se evalúa la memoria, por eso es cuando dice que no evalúa la memoria teníamos que buscar ese grupo y ese grupo que lo vio a él (...) le hacen unos estudios para otras sustancias (...) en la sulfatasa colocan el valor del 16 para un normal entre 25 y 50 (...) y el diagnóstico lo colocan como leucoencefalopatía de aparición juvenil en estudio, entonces eso fue lo que ellos explican, el examen termina siendo el mismo pero no le pone el nombre (...) Preguntado: cómo se explica entonces que los médicos tratantes del Hospital Militar que desde el 2011 tuvieron conocimiento de la enfermedad y arribaron a las conclusiones de los extensos exámenes que allí se reflejan en la junta médica (...) hayan podido arribar al diagnóstico de la leucoencefalopatía y en esa junta médica (...) hayan arribado que la etiología es de origen traumático (...) qué valor le da usted o por qué cree usted que debe

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

acogerse el dictamen del grupo interdisciplinario que lo practicó en dos horas en la intelectus y que no tuvo otros exámenes, porque los que refiere ahí son de la historia clínica (...) Interrogado: Nosotros partimos de la base de medicina de oír los grupos, nosotros no desmeritamos los diagnósticos de los colegas se supone y respetamos los diagnósticos, los diagnósticos del grupo de neurología del Hospital Militar lo que pasa es que en medicina si existe varias posibilidades dentro de una enfermedad cuando el grupo de neurología y el que lo atendió en el Hospital Militar dice que es postraumática, es porque ellos asumieron que pudiera ser sin embargo esa actuación no quiere decir que fuera mala o estuvieran sesgado ni nada de eso, lo que pasa es que en medicina hay que completar los análisis y al completar los análisis de una manera más exigente se llega a las conclusiones (...) en este caso uniendo toda la parte radiológica ellos supusieron que un trauma había producido eso, pero en general el trauma puede alterar la sustancia blanca o la sustancia gris pero no le baja la enzima que es la que marca la enfermedad desde el punto genético El Juez Pregunta: (...) La complementación de los exámenes a los cuales ya se le venían practicando al paciente y que fueron referidos por la Junta Medico Laboral conllevan a concretar que fue una enfermedad de origen genético? Interrogado: Si, porque yo creo que el complemento hace que pueda explicarse muy bien las características radiológicas que tiene el paciente, el defecto enzimático que tiene el paciente y las alteraciones clínicas que tiene el paciente, las cosas no pueden dejarse sueltas porque entonces no hay un diagnostico por consenso, aquí se llega a un diagnostico por consenso y aquí se llega a un diagnostico por consenso y se llega a un diagnostico desde el punto de vista pericial uniendo todas las características tanto clínicas radiológicas como bioquímicas es la posibilidad apta.

(...)

En el presente caso, a juicio de la parte actora, las patologías sufridas por el señor **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA** se causaron con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, debido a un golpe que sufrió en la cabeza cuando estaba durmiendo en un camarote de tercer nivel, cuando cayó de su propia altura y sufrió fuerte golpe en la cabeza, según hecho 7 de la demanda.

Sin embargo, con el material probatorio aportado al proceso, no es posible determinar que la afección padecida por el demandante, se causó por hechos exclusivos en la prestación del servicio militar.

El Despacho advierte que, si bien la parte actora adjugó que, las patologías sufridas por el señor **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA** se causaron con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, también es cierto que, en la audiencia de pruebas celebrada el 23 de mayo de 2019, el perito Leopoldo Erick Sánchez Pérez, neurólogo clínico, expresó que después de revisada la historia clínica, se obtuvo que conforme a la clínica, el paciente presentaba una cuantificación de la enzima sulfatasa, la cual se encontraba en un nivel muy bajo, esto es del 16.04 del valor normal de 25 a 50 y al estar por debajo del 10% del valor normal correlacionándola con los hallazgos de la resonancia magnética y con la parte mental del paciente, hacía sugerir que se trataba de leucoencefalopatía, cuyo origen es genético, y cuyo desarrollo no tuvo que ver con golpe alguno.

De manera que, el Juzgado observa que no se encuentra probado que dicha patología se haya causado como consecuencia de su caída desde el camarote donde dormía, es decir con relación con el servicio militar.

Al momento de rendir la contradicción del dictamen pericial, para el Despacho quedó claro

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

que cuando se le preguntó al perito a qué podía atribuirse el desarrollo de esa enfermedad, el perito contestó: *Al déficit enzimático, es de tipo bioquímico, es decir se trató de una enfermedad genética que se desarrolló en la etapa adulta, tal y como indicó el perito en su exposición, pues así quedó expuesto cuando le preguntó el Despacho lo siguiente: “¿se puede llegar a la conclusión que se trata de una enfermedad genética que se desarrolló en la etapa adulta? Interrogado: Sí (...) tiene las características radiológicas de esa enfermedad y tiene la característica química, porque tiene déficit de la enzima sulfatasa que es la que produce esa enfermedad.”*

El daño que se alega, en el cual presuntamente se adquirió dentro de la prestación del servicio, para el Juzgado, la *Leucodistrofia* es de un origen congénito, razón por la cual la parte actora no solamente le correspondía demostrar que adquirió la lesión en desarrollo del servicio militar o cuando salió de prestar el mismo con origen derivado de este, lo que no se demostró.

No se puede dar por hecho que, la *Leucodistrofia* se adquirió durante la prestación del servicio militar, pues estamos frente a enfermedades congénitas, toda vez que, es una enfermedad que puede ser adquirida desde su nacimiento, y de la que no se probó que tuviera su desarrollo con ocasión de los hechos acaecidos en desarrollo del servicio militar obligatorio

De igual forma no puede perder de vista el Despacho que, el Acta Médico laboral N°217 indicó que la enfermedad referida fue adquirida **EN EL SERVICIO, PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO**, es decir que la enfermedad mental desde el punto de vista de la causalidad no devino de un acto proveniente del Estado, dado que no se encuentra relación directa consecuencial entre la prestación del servicio y el daño sufrido. Decisión contra la que procedía recurso para solicitar convocatoria a Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar para el cual tenía un término de 4 meses posterior a su notificación, sin embargo, no se evidencia que se haya presentado recurso.

En cuanto a la atribución de daños sufridos por conscriptos a las Instituciones Castrenses, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha indicado que *“no todo daño causado a un soldado que presta el servicio militar obligatorio es imputable de manera automática al Estado; por el contrario, sólo lo serán aquellos que sean atribuibles a la administración pública en el plano fáctico y jurídico. En consecuencia, habrá que reparar las lesiones antijurídicas que sean atribuibles en el plano fáctico a la prestación del servicio militar –porque se derivan de su prestación directa o indirecta– y se puede constatar la existencia de un título jurídico de imputación que le brinda fundamento a la responsabilidad. Entonces, si opera una causa extraña o si la parte demandante no logra establecer la relación fáctica (imputación) entre el daño y el servicio militar obligatorio, la responsabilidad se enerva y, por lo tanto, habrá lugar a absolver a la entidad demandada en esos eventos”*⁴.

A partir de lo expuesto, el juzgado concluye que no se probó que el daño sufrido por el **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA**, tuvo origen en la prestación del servicio militar

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. Expediente 38222. C.P.Dr. Enrique Gil Botero.

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

obligatorio, pues, aunque sus síntomas aparecieron en dicho periodo o con posterioridad a esta, su imputabilidad es de origen congénito, sin que guarde relación directa y efectiva con las actividades desplegadas en el órgano castrense.

Para el Despacho, el solo hecho de prestar el servicio militar obligatorio y sufrir un daño durante el periodo de la prestación, no surge automáticamente el deber del Estado de resarcirlo, pues no opera presunción alguna que permita tener por cierto que el daño ocurrió por causa y con ocasión del servicio.

Para que podamos endilgar responsabilidad al ente castrense del daño adquirido por el soldado **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA**, deben probarse necesariamente los elementos configurativos como lo son el hecho dañoso, el daño antijurídico y el nexo causal y no derivarlo del mero hecho de haber ingresado a prestar el servicio en óptimas condiciones de salud y egresar en condiciones diferentes.

Así las cosas, el daño sufrido por el soldado **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA**, no tuvo origen en la prestación del servicio militar obligatorio, pues si bien sus síntomas aparecieron en el transcurso de sus servicios militar, también es que su imputabilidad es de origen congénito, sin que guarde relación directa y efectiva con las actividades desplegadas en el órgano castrense, toda vez que, el análisis que debe hacerse para determinar la obligación de la Administración de reparar un daño no puede quedarse en el simple terreno de la fenomenología física, ya que existen otras causas no necesariamente provenientes del ente castrense como familiares, genéticas o personales, que pueden constituirse en causas determinantes en la producción de un daño de orden psicológico o psiquiátrico.

Si en gracia discusión la enfermedad leucoencefalopatía se hubiera producido a causa del golpe sufrido en la cabeza a raíz de la caída del tercer nivel de un camarote, pues al bajarse se golpeó en la cabeza, también habría lugar a negar las pretensiones de la demanda, como se pasa a exponer:

1. Sea lo primero en indicar que, para la ocurrencia de un daño antijurídico atribuible a la entidad estatal, por tratarse de soldados conscriptos, considera el Despacho que debe haber una relación directa entre la prestación efectiva del servicio y la ocurrencia del hecho generador del daño antijurídico.
2. En ese orden de ideas, si bien es cierto la lesión que padece el señor **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA**, fue cuando "(...) *EL IMAR OLAYA CAVIEDES IVAN ALEXIS SE ENCONTRABA DURMIENDO EN EL ALOJAMIENTO DE LA CIA CHARLIE EN EL TERCER NIVEL DE UN CAMAROTE AL BAJARSE SE RESBALÓ Y SE CAYO GOLPEÁNDOSE LA CABEZA*", lo cierto es que no hay un nexo causal, pues dicha lesión no se debió al desarrollo o ejecución de una actividad propia de la prestación del servicio militar.
3. Téngase en cuenta que en la institución castrense, todas las actividades desplegadas son producto de órdenes de los superiores, es decir, hasta las salidas a descanso son producto de ordenes dispuestas por los superiores y no por esa razón, se puede atribuir responsabilidad a la entidad, porque solamente a partir de las órdenes que

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

contengan obligaciones para la prestación efectiva del servicio, en cumplimiento de los deberes encomendados para la correcta prestación del mismo, es posible hallar relación entre la ocurrencia de un daño y la obligación de protección de la entidad.

4. En otras palabras, las circunstancias en las que se presentó el daño o lesión del señor **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA**, no tienen ninguna relación con la prestación efectiva del servicio militar obligatorio, esto es, el daño no se ocasionó por la actividad militar, en el cumplimiento de alguna de sus obligaciones por ostentar la calidad de IMAR, pues, el servicio militar obligatorio, como lo ha dicho el Honorable Consejo de Estado⁵ esta instituido para “recibir instrucción para realizar actividades de bienestar social en beneficio de la comunidad y tareas para la preservación del medio ambiente y la conservación ecológica, de suerte que a éstas actividades deben ser destinados los jóvenes que prestan el servicio militar obligatorio en cualquiera de sus modalidades”.
5. Las circunstancias fácticas en que se ocasionó la lesión sufrida por el soldado **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA** sobrevino dentro de las instalaciones de las Fuerzas Militares, pero nada tienen que ver con los riesgos y actividades propias de la prestación o ejercicio del servicio militar, así como tampoco se demostró un rompimiento de las cargas públicas o una irregularidad de la administración que hubiere producido el daño, pues no se probó una acción u omisión de la administración que dedujera la responsabilidad del Estado con fundamento en un título de imputación.
6. Sumado a lo anterior, en un caso similar al presente en donde un conscripto se cayó de la cama cuando se encontraba prestando el servicio militar, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en su momento expreso, lo siguiente⁶:

“(…)

*En ese orden de ideas, considera la Sala que en el caso concreto el señor **ANDRÉS FABIÁN ORJUELA RODRÍGUEZ** se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y estaba ubicado en las instalaciones de la Institución castrense, cuando sufrió una lesión que le ocasionó como secuela “CALLO OSEO DOLOROSO EN CLAVICULA DERECHA”, que le produjo una disminución de la capacidad laboral del 11%.*

“(…)

*Lo anterior quiere significar que aunque el soldado **ORJUELA RODRÍGUEZ** cuenta con un daño y éste se encontraba vinculado a una institución castrense prestando el servicio militar obligatorio, no puede imputársele a la entidad demandada el daño, en razón a que la misma no se causó con ocasión de la ejecución de una actividad propia del servicio militar obligatorio, sino que se encontraba descansando y sufrió una caída que le produjo la lesión. (...) subraya y negrilla fuera de texto.*

⁵ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo; Sección Tercera; C.P.: Myriam Guerrero De Escobar Del 25 De Febrero De 2009 Radicación Número: (15793) Actor: Wilson Guzmán Bocabegra Y Otros Y Demandado: Nación Colombiana - Ministerio De Defensa - Ejército Nacional

⁶ Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Tercera Subsección “A” Bogotá D.C., Catorce (14) De Julio De Dos Mil Dieciséis (2016). Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Garzón Martínez Proceso No.: 2013-354 Demandante: Andrés Fabián Orjuela Rodríguez Demandado: Nación – Ministerio De Defensa – Ejército Nacional

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

Sobre la conducta de la víctima en la producción del daño alegada por la entidad demandada, debe decir el Despacho que, tal eximente sería susceptible de estudio de haberse acreditado la responsabilidad alegada en cabeza del extremo pasivo, sin embargo al no haberse acreditado el nexo causal entre las lesiones padecidas por el accionante y la prestación del servicio militar obligatorio carece de fundamento declarar probado el eximente alegado.

En consecuencia, para el despacho no se acreditó la existencia del nexo causal entre el daño sufrido por **IVÁN ALEXIS CAVIEDES OLAYA** y su prestación del servicio militar obligatorio.

6. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra acreditado que el daño que se alega se hubiese producido con ocasión de la prestación del servicio militar.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por

1100133360362015-0005000

Reparación directa

Demandante: Iván Alexis Olaya Caviedes

autoridad de la ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero coma cinco por ciento (0,5%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
JUEZ

A.T.M.B.



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-00216 00
Demandante	:	José Alexander Pedraza Galindo
Demandado	:	Nación – Congreso de la Republica, Departamento Administrativo de la Presidencia y Ministerio de Relaciones Exteriores y otros

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 106**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, el señor José Alexander Pedraza Galindo presentó demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Congreso de la Republica, Departamento Administrativo de la Presidencia y Ministerio de Relaciones Exteriores, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados por la presunta imposibilidad de cobrar sus acreencias laborales derivadas de la desvinculación con la embajada Británica en Colombia.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 14 -16 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que, el señor José Alexander Pedraza Galindo trabajó mediante contrato de trabajo como conductor – escolta, desde el 15 de enero de 2001, hasta el 14 de enero de 2005 y posteriormente, desde el 15 de noviembre hasta el 03 de junio de 2011, fecha esta última en la que recibió la carta de terminación unilateral del contrato la embajada Británica en Colombia.

Señaló que, desde el 1 de enero de 2011, se le presentó una enfermedad, por lo cual tuvo incapacidades sucesivas de 50 días, cuyo diagnóstico fue de hernias discales de vértebras lumbares, -4-5, L-5 y Sacro 1. Indicó que, conforme al origen de la patología y la displicencia de la Embajada, tuvo incapacidades inclusive hasta junio de 2012, tiempo después de recibida la carta de terminación unilateral del contrato.

Adujo que, la embajada tenía conocimiento, a través de la Gerencia de Recursos Humanos, de la enfermedad que aquejaba al señor José Alexander Pedraza, teniendo en cuenta que el diagnóstico, la historia clínica y las incapacidades reposaban en dicha oficina, por lo que se presumía que su despido fue a causa de la condición de discapacidad.

Expuso que, agotó la conciliación directa con la embajada y acción de tutela, con resultados desfavorables. Así mismo, que realizó los trámites administrativos ante el Ministerio de

Trabajo y presentó demanda ordinaria laboral contra la Embajada Británica, que fue rechazada por carencia de jurisdicción, con fundamento en la Convención de Viena del 18 de abril de 1961 y 24 de abril de 1963, sobre relaciones diplomáticas y consulares, motivo por el que, se vio imposibilitado de obtener el resarcimiento de los perjuicios causados por su presunta injusta desvinculación laboral.

1.3.- Contestaciones de las demandadas

1.3.1. La Nación –Congreso de la República contestó la demanda.

Afirmó que, conforme los hechos de la demanda, la única intervención que tuvo, fue la aprobación de Ley 6 de 1972, referente al tratado internacional, por lo que desarrolló su actividad jurídica ajustada a la Constitución.

Adujo que, el Congreso no estaba llamado a responder, pues no se demostró ningún daño al señor José Alexander Pedraza Galindo, dado que no se podía hablar de un daño cierto sino de una mera expectativa, que era lo que jurídicamente se podía debatir en el transcurso de un proceso, por lo que solicitó Que se negaran las pretensiones de la demanda.

1.3.2. Ministerio de Relaciones Exteriores

Se opuso a cada una de las pretensiones de la demanda, al precisar que, la entidad no tenía ningún tipo de obligación legal o constitucional, en comparecer al presente proceso.

Expuso que, no era cierto que los particulares no pudieran reclamar directamente ante las embajadas y que no existía en el ordenamiento jurídico obligación alguna del Ministerio para ser garante de las actuaciones u omisiones de las embajadas acreditadas en el País.

Adujo que, para que se configurara un daño especial, se requería que se cumpliera con tres presupuestos, a saber: el desarrollo de una actividad legítima de la administración, que dicha actividad constituyera una ruptura del principio de igualdad entre las cargas públicas y que se rompiera la igualdad ante las cargas públicas, lo que no se presentaba en la demanda.

Finalmente argumentó que, no se demostró la obligación de protección respecto del trabajador porque se encontrara inmerso en alguna causal de estabilidad reforzada, por lo contrario, la embajada Británica pagó cada uno de los derechos prestacionales a los que tenía derecho el señor José Alexander Pedraza, tal y como lo hizo cancelándole la correspondiente indemnización.

1.3.3. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Se opone a la prosperidad de la demanda, teniendo en cuenta que ninguna de las entidades era responsable de las pretensiones.

Indicó que, la entidad no tuvo ningún vínculo laboral con el demandante y no intervino en las decisiones judiciales, y que el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de su Oficina Jurídica, era la encargada de tramitar las reclamaciones laborales que se presentaban con los ciudadanos colombianos que trabajaran en las Misiones Diplomáticas y Consulares acreditadas en Colombia.

Señaló que, la supuesta estabilidad laboral del señor José Alexander, por el hecho de estar incapacitado antes de la terminación de su contrato no tenía soporte probatorio, por cuanto no presentó prueba que indicara que efectivamente se presentó una disminución de su capacidad laboral en desarrollo del contrato de trabajo o por accidente de trabajo o por

enfermedad profesional, ni tampoco prueba que las incapacidades superaron los 180 días seguidos para que hubiera sido reportado a la ARL, en consecuencia, la embajada no tenía que pedir autorización al Ministerio de Trabajo para terminar su contrato.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 02 de marzo de 2015 en los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá (f. 141), mediante auto del 07 de septiembre de 2015 se inadmitió la demanda (fs. 143), subsanadas las falencias se admitió la demanda mediante auto del 22 de enero de 2015 (fl. 151-152).

El 12 de septiembre de 2017 se realizó la audiencia inicial, en la que se negó la excepción de falta legitimación por pasiva formulada conjuntamente por la Nación – Congreso de la República y el Ministerio de Relaciones Exteriores (fl. 334 -338), decisión confirmada el 27 de febrero de 2018 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fl. 342-344).

El 28 de mayo de 2019 se reanudó la audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fl. 411 – 414).

Posteriormente, el día 19 de septiembre de 2019 se llevó a cabo audiencia de pruebas, se dio por terminada la etapa probatoria y se corrió traslado de alegatos (fl. 425 a 426).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2019, el apoderado de la parte actora señaló que, esta acción se originó en razón a la imposibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, para debatir los perjuicios causados por el engaño de indemnización mediante la figura de terminación unilateral de contrato de trabajo por parte de la embajada Británica.

Indicó que si bien era cierto que, el artículo 64 del CST permitía la terminación del contrato sin justa causa con el pago de indemnización, no exoneraba el cumplimiento de los límites establecidos con las personas de debilidad manifiesta, dada la estabilidad laboral reforzada, y por ello, se ha debido solicitar la autorización a la Oficina de Trabajo para la terminación de contrato, así hubiera sido con justa causa o injusta causa.

Destacó que, existía un nexo de causalidad y una presunción del despido, teniendo en cuenta que el 6 de julio de 2011, habiendo transcurrido un mes y tres días del despido del señor José Alexander Pedraza, estando en tratamiento, su estado de salud decayó y nuevamente fue incapacitado por 20 días.

Indicó que, ante la imposibilidad del demandante de lograr la protección de sus derechos ante la jurisdicción laboral frente a la inmunidad laboral que se presentó, se generó un daño especial.

Concluyó que, la cancelación del contrato de trabajo en las condiciones del demandante, sin autorización de la Oficina de Trabajo, probaba la presunción de despido, ya que la causa de desvinculación fue el estado de invalidez del señor José Alexander Pedraza Galindo, en consecuencia, solicitó que se condenara al Estado Colombiano a asumir los resultados patrimoniales como responsables de haber otorgado la inmunidad de jurisdicción a la embajada Británica.

1.5.2. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República

Mediante escrito del 30 de septiembre de 2019, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda.

Señaló que, no se daban los presupuestos necesarios para configurar la responsabilidad estatal bajo el título de imputación por daño especial, dada la interpretación judicial que para ese momento tenía la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, frente a la inmunidad diplomática.

Mencionó que, no existía un daño patrimonial, teniendo en cuenta que, si bien terminó el contrato de manera unilateral, la embajada Británica reconoció y pago la indemnización correspondiente a un despido sin justa causa, adicionalmente la supuesta debilidad manifiesta o incapacidad para laborar no se demostró, ni se informó previamente al empleador.

Adujo que, tampoco existe daño antijurídico por la suscripción de la Convención de Viena, pues la interpretación del operador de la Rama Judicial, fue la que decidió aplicar el principio de inmunidad diplomática, sin tener en cuenta que la inmunidad diplomática no aplicaba respecto de las controversias laborales, como lo que el actor intentó hacer.

Indicó que, dentro de las pruebas no reposaba ninguna incapacidad para laborar del actor, al contrario, se evidencia que por lo menos, desde enero de 2012, 6 meses después de su desvinculación laboral de la Embajada Británica, volvió a prestar su fuerza laboral con otros empleadores.

1.5.3. Congreso de la República

Por memorial radicado el 7 de octubre de 2019, argumentó que, el daño no fue causado por la entidad, sino por la Embajada Británica en Colombia, en tanto el Congreso no tenía ningún vínculo contractual con el demandante.

Advirtió que, no era cierto que la jurisdicción laboral no pudiera tramitar una demanda laboral en contra de las embajadas que funcionaban en Colombia, teniendo como fundamento la aplicación del tratado de Viena, el que no señalaba asuntos laborales, por lo que, lo sucedido correspondía a un error jurisdiccional por indebida interpretación de la ley, de manera que la Rama Judicial era la llamada a responder por los supuestos perjuicios ocasionados.

1.5.4. Ministerio de Relaciones Exteriores

Por escrito del 7 de octubre de 2019, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que, la entidad no restringió el acceso a la justicia del demandante y por tanto no produjo un daño antijurídico por acción u omisión.

Adujo que, estaba probado dentro del proceso que, el empleador cuando terminó el contrato unilateralmente, indemnizó al demandante, de acuerdo con lo establecido en las normas de carácter laboral y por el monto que correspondía.

1.5.5. Ministerio Público no presentó alegatos.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo

dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la responsabilidad del Estado, por la presunta vulneración del derecho al acceso a la justicia ante la imposibilidad de reclamar al directo responsable los perjuicios provocados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros en el territorio colombiano. Sobre el tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la acción de reparación directa es la procedente, habida cuenta que lo que se pretende es la obtención de la reparación de un daño derivado del quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, derivado de un hecho del legislador.¹

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación- Congreso de la República, Departamento Administrativo de la Presidencia y el Ministerio de Relaciones Exteriores, deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante, por el presunto daño especial que soportó cuando la Corte Suprema de Justicia rechazó de plano su demanda ordinaria laboral que el accionante formuló contra la Embajada Británica, en la que solicitaba declarar la ineficacia del despido, por violación a la estabilidad laboral, sobre las que versa la presente acción de reparación directa.

4. Fundamentos de derecho.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado², de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado —o determinable—; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

-Régimen de responsabilidad por daño especial causados por Embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país:

En sentencia del 9 de octubre de 2013, el Consejo de Estado ha precisó lo siguiente:

"Así, en tratándose de daños causados por embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, la responsabilidad del Estado se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, en el caso concreto la aprobación y ratificación de la Convención de Viena sobre Relaciones

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, Exp. 27.720. M.P. Enrique Gil Botero.

² Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Diplomáticas (aprobada mediante Ley 6° de 1972), que estipula la inmunidad de jurisdicción para aquellos cuerpos diplomáticos que pueden causar daños a las personas residentes en el territorio Colombiano, lo cual quebrantaba la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados. (...) Así las cosas, la Sala pone de presente que en el sub judice se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por la parte actora, esto es, la vulneración de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, como consecuencia de la aplicación de la Convención Sobre Relaciones Diplomáticas ratificada por Colombia mediante la Ley 6° de 1972, lo cual le impidió acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a demandar a su empleador -Embajada de la República de Estados Unidos de América en Colombia-, puesto que -según se indicó-, para la fecha de interposición de la demanda la tesis imperante de la Corte Suprema de Justicia no admitía la posibilidad de demandar a dichos Cuerpos Diplomáticos.³

Así mismo, referente al daño por no tener acceso a la justicia, en el caso que nos ocupa, el Consejo de Estado también se ha pronunciado de la siguiente forma:

(...)

15.4. Como se observa, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unívoca en precisar que el tipo de daño que se discute en el sub lite, relacionado con la imposibilidad de perseguir el resarcimiento de daños causados por agentes o cuerpos diplomáticos que hacen presencia en el territorio colombiano, es atribuible al Ministerio de Relaciones Exteriores a título de daño especial.

15.5. Dicho criterio no cambia de cara al caso concreto por el hecho de que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamientos más recientes, haya admitido la posibilidad de dirigir demandas de carácter laboral en contra de los agentes o cuerpos diplomáticos, pues lo cierto es que cuando se dieron los hechos del presente litigio, y cuando la señora Luisa Amparo Castillo Díaz pretendió acceder a la jurisdicción, la jurisprudencia vigente era que dicho acceso no era factible tal como se manifestó en el auto del 1° de agosto de 2002 por medio del cual se rechazó de plano la demanda laboral presentada por la hoy accionante en reparación.⁴

De igual manera, ha precisado que, la responsabilidad patrimonial del Estado por daño especial causados por Embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, debe examinarse bajo el título de imputación del daño especial y pérdida de oportunidad.

"(...) El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto; de allí que resulte atinado aseverar que 'cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño.

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera -Subsección "A"-, sentencia del 9 de octubre de 2013, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación n.º 25000-23-26-000-2001-02817-01 (30286), actor: Jorge Eliécer Santana Linares, demandado: Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores y otros.

⁴ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección B. Sentencia Del 09 De agosto De 2016, C.P. Danilo Rojas Betancourt, Radicación Número: 25000-23-26-000-2002-01720-01(31952), Actor: Luisa Amparo Castillo Díaz Demandado: Nación - Ministerio del Interior y Otros

oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos -la pérdida de la ventaja esperada- sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala -la pérdida de chance-.

(...)

En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino".

Adicionalmente, en la mencionada providencia se señalaron los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisó con el propósito de que pueda considerarse configurada la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto:

"(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo -pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual-, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de 'una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondiente

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el 'chance' aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio -material o inmaterial- del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la 'pérdida de oportunidad' del 'lucro cesante' como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable -dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no-, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta -se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenía"-;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que 'no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la

situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida”⁵

En tal sentido, a la luz de la jurisprudencia del alto Tribunal Contencioso Administrativo, es claro que para que proceda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a título de daño especial – pérdida de oportunidad, se deben cumplir unos requisitos a saber: a) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, b) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y, c) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, las entidades demandadas deben responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por la vulneración del derecho al acceso a la Administración de Justicia ante la imposibilidad de reclamar al directo responsable los perjuicios ocasionados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros en el territorio colombiano, daño derivado del presunto quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”⁶*.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falta del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”⁷ (Negrilla fuera del texto)*

Para acreditar la causación del daño especial, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Acta de diligencia Administrativa Laboral contra la Embajada Británica según queja radicado No. 73773 del 22 de mayo de 2012, por el despido injusto del señor José Alexander Pedraza Galindo, a la cual nos asistió la Embajada, por lo tanto se declaró fallida la conciliación.⁸
- Acta de notificación de la sentencia de tutela, 2011-695 del Juzgado 17 Laboral del

⁵ Ibidem

⁶ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁷ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

⁸ Fol. 19 y 20 C principal

Circuito de Bogotá, en la cual se decidió negar los derechos invocados.⁹

- Copia de la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, en la que se confirmó el fallo de primera instancia que negó las pretensiones del señor José Alexander Pedraza Galindo.¹⁰
- Copia providencia del 16 de octubre de 2013, radicación 60321, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la cual se extrae:

"RESUELVE:

*PRIMERO: RECHAZAR IN LÍMINE, por carecer de jurisdicción sobre la EMBAJADA BRITÁNICA, la demanda presentada en su contra por JOSE ALEXANDER PEDRAZ GALINDO."*¹¹

- Salvamento de Voto del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, argumentado que la providencia anterior se desconoce los derechos de los trabajadores de Misiones Diplomáticas.¹²

De los citados documentos, se tiene probado que el señor José Alexander Pedraza Galindo, acudió a la administración de justicia con el fin de demandar los efectos de la desvinculación con la Embajada Británica, a lo que, mediante providencia del 16 de octubre de 2013, radicado No. 600321 Acta 33, Magistrado Ponente Dr. Rigoberto Echeverry Bueno, la Corte Suprema de Justicia rechazó in limine por inmunidad diplomática.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a las entidades demandadas y en consecuencia si estas se encuentran en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados al demandante.

No obstante, lo anterior, el Despacho encuentra que en el caso objeto de estudio, la parte demandante pretende endilgar responsabilidad a las entidades demandadas atendiendo que no pudo acceder a la justicia laboral por la inmunidad diplomática, por lo que tuvo que soportar unas cargas públicas adicionales que le trajeron perjuicios y, que este no tenía por qué soportarlas.

Del material probatorio aportado, el Despacho encuentra que a efectos de acreditar el vínculo laboral del señor José Alexander Pedraza Galindo con la Embajada Británica, obra carta de nombramiento del demandante de fecha de 15 de enero de 2001, como conductor Escolta de la Embajada Británica en Bogotá, en el grado de LE VA, a partir de enero 15 de 2001, hasta enero de 2004. Obra también, carta de renovación de contrato y otrosí a la carta de nombramiento suscrita entre la embajada Británica y el señor José Alexander, donde se aclara que el contrato entre las dos partes es a término indefinido a partir de la fecha de iniciación¹³.

Se allegó copias de las consignaciones de salud y cesantías del señor Alexander Pedraza, realizadas por la Embajada Británica.¹⁴

De la documental aportada se puede advertir que, el señor José Alexander Pedraza Galindo, ingresó a trabajar a la Embajada Británica, desde el año 2001 hasta el 30 de junio 2011, en el cargo de conductor – escolta.

⁹ Fls. 21-22 C principal

¹⁰ Fls. 23-29 C principal

¹¹ Fls 32-47 C principal

¹² Fls 48-53 C principal

¹³ Fls. 72- 82 C principal

¹⁴ Fls 216 -325 C principal

Como se explicó anteriormente en el presente caso, se discute la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia ante la imposibilidad de reclamar del directo responsable los perjuicios irrogados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros en el territorio colombiano.

En consecuencia, lo que se pretende es la obtención de la reparación de un daño derivado del quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas, derivado de un hecho del legislador.¹⁵

De lo probado en el expediente, se tiene que el señor José Alexander Pedraza Galindo trabajó en la Embajada Británica desde el 15 de enero de 2001 hasta el 03 de junio de 2011, y según documental aportada, fue despedido sin justa causa y se le pagó una indemnización de \$39.013.851, por lo que, es menester traer a colación el sustento jurídico del despido sin justa causa, para probar que efectivamente el demandante perdió una oportunidad, que le traería algún provecho y que se encontraba en una situación que lo llevaría a un resultado positivo o por el contrario no ocurrió el daño especial.

Por lo cual, para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer si una oportunidad pérdida es resarcible, o no, y en qué monto se debe retrotraer el hecho que generó el malestar al demandante y lo hizo acudir a la Justicia Laboral, referente al tema el Consejo de Estado – Sección Tercera M.P. Mauricio Fajardo, radicación 05001-23-26-000-1995-00082-01(1859 se ha pronunciado en los siguientes términos:

“... el juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima.

Sólo entonces surgirá la cuantificación definitiva del chance perdido. Cuando se determine si era probable que se concretara y, por lo tanto, fuese indemnizable; en su caso en qué medida o proporción lo era o si en definitiva no lo era verdaderamente, en cuyo caso no sería, entonces, resarcible”.

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida”¹⁶.

Conforme a lo anterior, referente a la situación particular del demandante al momento de los hechos cuando fue despedido e indemnizado sin justa causa, en principio se puede inferir que, el derecho laboral faculta tanto al empleador como al trabajador a finalizar el contrato laboral, siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en la Ley, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, indica el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo señala:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, Exp. 27.720. M.P. Enrique Gil Botero.

¹⁶ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, La pérdida de chance, cit., pp. 276-277

“ARTICULO 64. TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO SIN JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:> En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente.

En caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el primero deberá al segundo una indemnización en los términos que a continuación se señalan:

En los contratos a término fijo, el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato; o el del lapso determinado por la duración de la obra o la labor contratada, caso en el cual la indemnización no será inferior a quince (15) días.

En los contratos a término indefinido la indemnización se pagará así:

a) Para trabajadores que devenguen un salario inferior a diez (10) salarios mínimos mensuales legales:

1. Treinta (30) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo se le pagarán veinte (20) días adicionales de salario sobre los treinta (30) básicos del numeral 1, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción;

b) Para trabajadores que devenguen un salario igual o superior a diez (10), salarios mínimos legales mensuales.

1. Veinte (20) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicio no mayor de un (1) año.

2. Si el trabajador tuviere más de un (1) año de servicio continuo, se le pagarán quince (15) días adicionales de salario sobre los veinte (20) días básicos del numeral 1 anterior, por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Los trabajadores que al momento de entrar en vigencia la presente ley, tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador, se les aplicará la tabla de indemnización establecida en los literales b), c) y d) del artículo 60. de la Ley 50 de 1990, exceptuando el parágrafo transitorio, el cual se aplica únicamente para los trabajadores que tenían diez (10) o más años el primero de enero de 1991.”

De conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, se reconoce los efectos jurídicos de los despidos que realiza el empleador, cuando no se configura una de las justas causas previstas en la ley laboral, estableciendo la indemnización que deberá pagar, en aquellos casos en que decida dar por terminado el contrato de trabajo injustificadamente, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.

De esta manera, se advierte que la ley laboral otorga una cierta discrecionalidad al empleador para efectos de dar por terminado un contrato de trabajo, siempre y cuando éste asuma las consecuencias negativas que la privación del empleo conllevaría en la situación del trabajador, razón por la cual le asiste la obligación de realizar un pago como mecanismo de indemnización.

Ahora bien, la Corte Constitucional también se ha pronunciado sobre las diferentes clases de despido en la actividad laboral, así:

a. Despido justificado: Cuando en el trámite de despido se ha probado la configuración de alguna de las justas causas contenidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador se exonera del pago de una indemnización al trabajador.

Sin embargo, la Corte aclara que en todo caso, en el trámite de este tipo de despido deberá salvaguardarse el derecho fundamental al debido proceso del trabajador, y particularmente, sus derechos a la defensa y a la contradicción.

En caso de que exista una controversia con respecto a la existencia o no de la justa causa alegada, y a las acreencias relacionadas con el contrato de trabajo, quien está facultado

para analizarla será el juez laboral.

b. Despido injustificado con pago de indemnización - de carácter legal: Cuando el empleador hace uso de la facultad discrecional consagrada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, y por razones económicas o de conveniencia, decide dar por terminado el vínculo laboral sin que se configure una de las justas causas contenidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.

En este caso, el empleador ha cumplido la obligación de realizar el pago de la indemnización respectiva, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que su actuación se aviene a la Constitución y la ley.

Ahora bien, si existen controversias de carácter económico derivadas del pago de la indemnización, por ejemplo, cuando el trabajador considera que el monto de la indemnización fue incorrectamente calculada, o que debe realizarse el pago de otro tipo de acreencias laborales, deberá acudir al juez ordinario laboral para efectos de reclamarlas.

c. Despido injustificado sin pago de indemnización - ilegal: Cuando el empleador decide dar por terminado el vínculo laboral sin que medie una de las justas causas consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, y omite el pago de la indemnización por despido injustificado contemplada en el Código Sustantivo del Trabajo.

En este caso, el trabajador podrá reclamar el pago de la indemnización que por ley le corresponde ante los jueces laborales, al haber incumplido el empleador su obligación legal.

d. Despido injustificado con pago de indemnización - inaceptable constitucionalmente: Cuando el empleador decide dar por terminado el vínculo laboral sin que medie una justa causa, pagando la indemnización consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo. Sin embargo, a pesar de que no sea evidente prima facie, se advierte la configuración de un motivo inconstitucional para el despido, que resulta en la vulneración de los derechos fundamentales irrenunciables del trabajador.

Este es el caso de los despidos que se realizan con ocasión de actos de discriminación por razón de criterios sospechosos, tales como la raza, filiación política, religión, género, maternidad, ejercicio del derecho a la libre asociación, etc.

En este caso, el juez constitucional está facultado para remediar el acto discriminatorio, aun cuando se haya pagado una indemnización, toda vez que la finalidad de la tutela es dar protección a los derechos fundamentales del trabajador, y no a los derechos económicos derivados del acto de despido.¹⁷

En principio de la resolución de este caso, en lo que tiene que ver con la probanza del daño, se tiene que, la Embajada Británica hizo uso de su facultad de despedir sin justa causa al demandante quien ocupaba el cargo de conductor- escolta en dicha embajada, previo al pago de la indemnización a la que este tenía derecho, aquí deberá establecerse, de conformidad con las reglas pertinentes del derecho probatorio, si se hizo de manera legal de conformidad con las normas colombianas, o por el contrario el demandante perdió una oportunidad al haberse rechazado su demanda laboral por la inmunidad diplomática, por considerarse que no era procedente su despido.

Atendiendo lo anterior, el señor José Alexander recibió la siguiente liquidación por el despido sin causa justa:

"Tiempo laborado: Desde 15 enero 2001 hasta 30 junio 2011
PERIODO DE PAGO: junio 2011
Salario Base \$3.194. 407.00
Horas Extra 626. 827.00

¹⁷Corte Constitucional Sentencia T-462/15 Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Transporte 200. 000.00
 Total \$4.021.234, 00 Mensual

Indemnización por despido: 2019.22 días	\$29.384. 497.00
Salario 1-30 Junio 11	\$ 3.194. 407.00
Horas Extras 1-30 Jun 11	\$ 626. 827.00
Transporte 1-30 Jun 11	\$ 200. 000.00
Cesantías 01/01-30/06/11	\$ 2.010. 617.00
Intereses de Cesantías (2011) % p/a	\$ 120. 637.00
Prima de Servicios: 01/01/30/06/11	\$ 2.010. 617.00
Vacaciones por tomar; 17 días a \$106,480p/d	\$ 1.810. 160.00
Sub-Total	\$39.357. 762.00
Descuento EPS/AFP 1-30 Jun11	(343.911.00)
Neto a pagar	\$39.013.851.00 ¹⁸

El Despacho realiza el ejercicio de la liquidación a la que tendría derecho el demandante, como ya se dijo anteriormente no porque nos encontremos revisando la situación laboral, sino que es indispensable para poder calcular la indemnización del daño si hubiere lugar a ellos, de la cual resultó:

Total, de días trabajados: 3766

Salario	\$ 3.194.407
Horas extras	\$ 626.827
Transporte \$ 200.000	
Vacaciones pendientes: 17	\$ 2.010.617
Cesantías	\$ 2.010.617
Intereses a las cesantías	\$ 120.638
Prima de servicios \$ 2.010.617	
Indemnización por despido	<u>\$ 29.183.127</u>
Total:	\$ 39.357.762

Atendiendo lo anterior se encuentra que la liquidación por despido injusto del señor José Alexander Pedraza Galindo realizada por la Embajada Británica coincide con la del Despacho, no obstante este no es el punto de discusión del demandante, sino que aduce que su despido no fue un despido sin justa causa, sino que la Embajada Británica quiso disfrazar la causa real del despido que a su sentir era la enfermedad por diferentes lesiones que dice haber padecido mientras se encontraba laborando que, incluso a hoy le aquejan según interrogatorio rendido, por lo que se trae a colación las incapacidades otorgadas por la EPS Sanitas¹⁹, son las siguientes:

- Incapacidad del 25 al 28 de febrero, por 15 días (sic), realmente son 3 días.
- Incapacidad del 01 al 11 de marzo de 2011, por 15 días (sic), realmente son 11 días.
- Incapacidad del 12 al 31 de marzo de 2011, por 20 días
- Incapacidad del 06 al 25 de julio de 2011, por 20 días.

Así mismo, se allegó copia de la historia clínica con fecha de 11 de marzo de 2011 del demandante, de la que se destaca lo siguiente:

"Motivo de consulta:

POR LA COLUMNA

Enfermedad actual:

Se HA PRESENTADO DOLOR EN LA REGIÓN DE LA CINTURA PELVICA DE EPREDOMINIO DERECHO SE RETA REALIZANDO FISIOTERAPIA PERO EN LA

¹⁸ Fol. 88 C principal

¹⁹ Fls 82-85 Principal

ÚLTIMA SECCIÓN SE PRESENTO ENTO (sic) DE DOLOR SE LE TOMA RNM D LA COLUMAN CON PRESENCIA
A DE HERNIA L5 SI CONTACTAA LA RAZIZ DE SI

AL EXAMEN BUE (sic)
SE ENCUENTRA ADECUADA SENSIBILIDAD EN MIEMBROS INFERIORES SE ENCUENTRA DOLOR ENLA(sic) REGIÓN PARA ESPINAL DERECHO(sic)

DX
RADICULOPTAIA SI
SE LE INDICA VALORACIÓN POR COLUMNA S EEL INDICA VALORACIÓN POR FISIATRIA PRORROGA DE INCAPACIDAD(sic) POR 20 DIS (...)
CONTINUAR TTO CON ORTOPEdia Y SOLICITAR CITA CON MEDICINA LABORAL EN SU EPS.²⁰

Diversas fórmulas contraindicando medicinas como acetaminofén, formulando terapias físicas lumbares.²¹

Más adelante se encuentra epicrisis homeópata de la Universidad Nacional de Colombia del señor José Alexander Pedraza Galindo, de fecha 7 de enero de 2013 en la que se indica que el actor ha presentado trastornos depresivos por la pérdida de su empleo, nótese que es después de año y medio de dejar el empleo.²²

Ahora bien, con lo anteriormente mencionado, se estudiará los requisitos para saber si el señor José Alexander Pedraza Galindo, efectivamente tenía el derecho a la estabilidad reforzada, entendiendo está como lo ha reiterado la Corte Constitucional: *(i) el derecho a conservar el empleo; (ii) a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad; (iii) a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre que no se configure una causal objetiva que conlleve la desvinculación del mismo y; (iv) a que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador, que se aduce para dar por terminado el contrato laboral, so pena que, de no establecerse, el despido sea declarado ineficaz*"²³ con el fin de saber si hay lugar a reparar por el daño especial, en ocasión a que el demandante presuntamente perdió la oportunidad de demandar a la Embajada Británica por su despido sin justa causa, y que el actor considera se encontraba en una situación de estabilidad reforzada por su enfermedad.

De la historia clínica se tiene en su descripción dolor lumbar irradiado a pierna izquierda y parestesias de un dedo de ese mismo lado, se recomendó continuar con tratamiento y solicitar cita con medicina laboral en su EPS. No existe prueba de que se haya solicitado alguna cita a la ARL, pese a que se recomendó, aunado, no se probó que las partes involucradas hayan tenido acceso a la historia clínica en la cual se le hizo esta recomendación, de manera que el empleador no tendría por qué saber de la enfermedad que aquejaba al actor sino es este quien se lo manifieste.

Ahora bien, en relación con los requisitos para que exista una estabilidad laboral reforzada y si la enfermedad fue la causante para el despido sin justa causa del demandante., la Corte Constitucional en diferente jurisprudencia ha desarrollado parámetros para que se dé la estabilidad laboral reforzada, sobre el particular ha mencionado“(...) la desvinculación de las mujeres embarazadas, los trabajadores aforados, las personas en situación de discapacidad y, las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad como producto de un deterioro en su salud, no puede presentarse sin la previa autorización de la autoridad competente”²⁴

²⁰ fFls 98-121 C. principal

²¹ Fls 92 a 97 C. principal

²² Fol. 125 C principal

²³ Corte Constitucional sentencia T-320-16 Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos

²⁴ Corte Constitucional sentencia T-486 de 2014

Para analizar la forma de despido al demandante se tiene que se arrió al proceso carta por la cual se terminó el contrato del señor Alexander Pedraza, en la que se plasmó lo siguiente:

"Por medio de la presente me permito informarle que la embajada británica ha resuelto dar por terminado su contrato de trabajo, celebrado el 15 de enero de 2001, a partir del día 3 de junio de 2011. La respectiva liquidación de salarios, prestaciones sociales e indemnización ya está a su disposición en la Oficina de Contabilidad. (...)

*Adicionalmente, en cumplimiento con el parágrafo 1 del artículo 29 de la ley 789 de 2002, se le informa que las cotizaciones en seguridad Social y parafiscales durante la vigencia de su contrato se encuentran al día. La copia de los mismos se encuentra a su disposición en la Oficina de Contabilidad. Si se le informa también puede comunicarse con la Oficina d Recursos Humanos la próxima semana para coordinar la cita de su examen médico de egreso.
(...)"²⁵*

Así mismo se allegó contestación por parte de la Embajada Británica Bogotá de fecha 25 de agosto de 2011, donde se le indicó al señor Alexander que de acuerdo a su solicitud el 24 de agosto de la misma anualidad, la cita médica de egreso de la embajada sería el 26 de agosto a 01:20 p.m., y dejó constancia que cuando se le entregó la liquidación, **la asistente de recursos humanos le ofreció coordinar el examen médico de egreso**, y el señor Alexander manifestó no estar interesado a programar dicha consulta.²⁶

Se observa, Nota 103, suscrita por la Embajada Británica, relatando los hechos respecto al señor José Alexander Pedraza, en la que se hace referencia a lo siguiente:

(...)

- El 9 de septiembre de 2010, el Supervisor del señor Pedraza, Sr Sandro Quiñones, le solicitó que se dirigiera al aeropuerto a recoger a un funcionario de la Embajada, y a llevarlo a su casa. El señor Pedraza se negó inicialmente, y señaló que para ello debería asignarse a alguien más. Finalmente, de mala manera, el trabajador cumplió con lo ordenado.
- Con fundamento en lo anterior, el Supervisor del señor Pedraza, Sr Sandro Quiñones, presentó la respectiva denuncia, ante lo cual se realizó un procedimiento disciplinario en el que se escuchó a todas las partes involucradas.
- Finalizado el trámite, el 05 de octubre de 2010 se le notificó al señor Pedraza que se habían comprobado las faltas investigadas, y que por tanto se le emitía un llamado de atención con vigencia de 4 meses, solicitando no reincidir en los hechos.
- Pese a lo anterior, y por la sensibilidad del tema se advirtió en todo caso a los señores José Alexander Pedraza y Sandro Quiñonez, que en cuanto fuera posible se realizaría una prueba de polígrafo para ratificar la veracidad de los hechos.
- Fue únicamente hasta mayo de 2011, cuando se realizó la mencionada prueba, la cual indicó que el señor Sandro Quiñones decía la verdad en sus manifestaciones, contrario a lo que resultó la prueba al señor Pedraza. Es importante manifestar que esta prueba se realizó bajo la entera autorización y consentimiento de los involucrados.
- Teniendo en cuenta los resultados desfavorables, claro resultó que se había afectado solamente la confianza que existía con el señor Pedraza. Esto por supuesto, llevó a cuestionarse su continuidad en el cargo, teniendo en cuenta que en sus manos estaba la seguridad de los altos funcionarios de la Embajada, lo que podía incluir hasta el porte de armas, motivo por el cual debía existir necesariamente confianza absoluta y total.
- Finalmente, ante los resultados de la prueba y la definitiva afectación a la confianza para el ejercicio de su cargo, no hubo más alternativa que proceder a la desvinculación. Para el efecto, consciente de que la prueba del polígrafo se había realizado mucho tiempo después, y de que la prueba en si sola es aceptada en casos excepcionales, la Embajada tomó la decisión de despedirlo sin justa causa el 3 de junio de 2011, con el pago de la correspondiente indemnización legal.

²⁵ Fol. 87 C Principal

²⁶ Fol 89 Principal

- Como se desprende de lo anterior, el estado de salud del señor Pedraza nada tuvo que ver con la decisión de su desvinculación, ni llegó a ser un asunto que se discutiera o tuviera incidencia.

- (...)

- No existe ningún documento en el que el demandante haya informado de un presunto estado precario de salud, y eventual discapacidad de trabajar. En este sentido se confirma que tuvo varias incapacidades, pero todas fueron temporales, y para los últimos meses de laborales (abril, mayo y junio de 2011, no presentó ninguna incapacidad, no tenía recomendaciones o restricciones médicas vigentes, no se encontraba en trámite de invalidez y, por último, desempeñaba sus funciones normalmente sin ningún tipo de impedimento o problema de salud. Por lo anterior el señor Pedraza no se encontraba en una situación de protección forzada.²⁷

Así mismo, en audiencia de pruebas del día 19 de septiembre de 2019, se tomó el interrogatorio del señor José Alexander Pedraza Galindo, solicitado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en el que manifestó:

"(...) Preguntado: Le ha sido calificada una discapacidad. Contesto: Si señor. Preguntado: qué tipo de situación de discapacidad le ha sido calificada. Hasta el momento no tengo discapacidades, perdón pensé que era incapacidades. Preguntado: De la fecha de terminación de contrato con la Embajada Británica en Colombia, esto es del 3 de junio de 2011 hasta la fecha, qué trabajos u oficios ha desarrollado. Contesto: He trabajado como escolta. Preguntado: Todo este tiempo. Contesto: Si señor. Preguntado: A parte de la reclamación o audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo con la Embajada Británica en Colombia usted realizó alguna reclamación de carácter laboral a través del Ministerio de Relaciones Exteriores en contra de la Embajada en Colombia. Contesto: No señor. Preguntado: (...) me indica cómo está conformado su núcleo familiar. Contesto: mi esposa y mis tres hijos. Juez: Indiquenos cómo fue su vínculo con la embajada Británica, qué actuaciones desempeñaba y hasta cuándo trabajo con ellos. Contesto: Yo laboraba para el Departamento Administrativo de Seguridad, como detective allí los conocí a ellos, me ofrecieron ir a laborar con ellos, en el año 2001, y fui a trabajar como oficial de protección, para ellos como diplomáticos, su esposa y sus hijos hasta el 2011. En el año 2011, tuve las dos hernias discales que se me presentaron, estaba en entrenamiento, se habían presentado instructores que venían directamente de Inglaterra, teníamos una semana de entrenamiento, se me presentó el problema de las hernias, tuve que tomar analgésicos mientras terminaba el curso, posteriormente como a los ocho días que termino los remedios para el dolor, tuve una crisis durísima, no me podía levantar, caminar, fui al médico y me empezaron a dar las incapacidades, tuve 2 incapacidades después mientras estuve laborando con ellos, y terapias, tuve un instructor obviamente Británico, pertenecía a las fuerzas especiales, una persona que le gusta mucho el entrenamiento a él no le gustó esto porque obviamente yo no podía hacer ciertas cosas de ejercicio que me eran imposible y mostró su disgusto, posterior a esto se presentó un polígrafo el cual ellos ya desde el punto de vista quisieron disfrazarlo por una situación que se había presentado en el 2010, un mal entendido que no llegó a mayores, nunca se presentó disciplinario ni nada de esto, entonces quisieron disfrazarlo diciendo que querían saber qué había pasado, entonces y ocho meses después, dijeron que había perdido el polígrafo y con esto, tomaron la determinación el 3 de junio de despedirme sin justa causa, obviamente esto fue disfrazado, porque obviamente yo ya no les era útil, por las hernias y los entrenamientos que teníamos que eran cada seis meses, el personal británico que venía al país, y mensualmente con el instructor que tenía como Jefe inmediato, obviamente no se iba a dar los resultados que querían, entonces de ahí es que se termina el contrato con ellos. Preguntado: Dichas hernias fueron operadas. Contesto: No, inicialmente fueron tratadas, digamos que las traté como hasta mayo tuve leve mejoría, pero después de que a mí me echan, en el mes de junio recaigo vuelvo otra vez a mi EPS, pero ya me dirigen

²⁷ Fls. 366-368 C. principal

hacia el cirujano, el me manifiesta que me iba dar otras terapias, que si esto no funcionaba me hacían unas infiltraciones, y si no procederíamos a la cirugía, porque no habría nada más que hacer, fui a las terapias, realmente las infiltraciones me han manifestado que son muy dolorosas y esto y pensar en una cirugía pues tampoco, tengo mi familia y tengo por quien responder y no me puedo arriesgar a quedar de pronto invalido o quedar mal como ha sucedido en muchos casos, por esta razón acudí a una persona homeopática que practica la quiropraxia y empecé tratamiento con esa persona, realmente me funcionó y es la única forma que he podido tratarme hasta la fecha, entonces obviamente no llegué a la cirugía, pude conseguir trabajo hasta diciembre con una empresa de Vigilancia, hay estuve por un tiempo, he estado de empresa por empresa. Preguntado: Usted nos indicó que fue sometido a una prueba de polígrafo con el fin de establecer, aspectos que usted considera que fue como una pantalla, puede usted indicarnos en que hechos se basaba sobre lo cual se basó la prueba del polígrafo. Contesto: Se presentó una situación de un malentendido en el 2010, por un mal entendido de la fecha, para el evento de un servicio, el coordinador en ese entonces me envió a un servicio pero con el vehículo del Jefe de toda la Sección, que llegaba precisamente esa noche, el me pidió eso, obviamente cumplí con el servicio, y estando yo en el servicio, obviamente yo tenía el carro del Jefe que llegaba al aeropuerto, el me llama y me dice que vaya a recogerlo, yo cumplí la orden y quise hacerle como la observación porque era tipo 5 y 30 o 6 de la tarde, esta ciudad es un caos, yo me encontraba en el norte y tenía que desplazarme hasta el aeropuerto y le quise hacer la observación que era bastante complicado y que viendo ese servicio ya estaba previsto no debió haberme mandado o no haber enviado el vehículo, entonces a él le disgustó que le hubiera hecho esa observación, en ese entonces yo era de las personas más antiguas y gozaba de la confianza de los jefes, entonces él no le gusto esa parte el hizo una mala interpretación de todo y quiso formar el caos por esa situación, más sin embargo yo fui y recogí mi jefe a pesar de que me tocó hacer de todo, pasar vías, todas las infracciones habidas y por haber para recogerlo a él, a raíz de esto él informa a mi jefe inmediato, y con base en eso se hizo una reunión de 5 días con el jefe que había llegado para aclarar la situación, se hizo una reunión se habló, y todo quedó hay no pasó nada. Pero cuando llega el día del polígrafo después de mi enfermedad, en enero de 2011, viene el polígrafo como en mayo ahí me retoman esa situación. Pues para mí fue extraño, que al pasar ocho meses, si ellos le hubieran dado la importancia, lo hubieran hecho no mayor a diciembre y si hubiera sucedido, pase el polígrafo me dieron respuesta que no había pasado y hay hasta luego."

Aunado a anterior se tiene que, el argumento de la Embajada Británica según el que basa el despido sin justa causa se debió a que el 9 de septiembre de 2010, el Supervisor del señor Pedraza, Sr Sandro Quiñones, le solicitó que se dirigiera al aeropuerto a recoger a un funcionario de la Embajada, y a llevarlo a su casa, el señor Pedraza se negó inicialmente, y señaló que para ello debería asignarse a alguien más, sin embargo finalmente, en una actitud poco comprometida, el trabajador cumplió con lo ordenado, pero la embajada no pasó por alto este incidente e inició una investigación disciplinaria, con un llamado de atención y seguimiento, para la Embajada este hecho fue relevante teniendo en cuenta el cargo de confianza que ostentaba el demandante, por lo cual posteriormente decidió realizar una prueba de polígrafo, dando como resultado que el señor José Alexander había mentido y era por esto que la embajada había dado por terminado del contrato, sin que constituya una justa causa legal y por ello reconoció la indemnización por despido injusto.

Dentro del interrogatorio de parte, el demandante confirmó este argumento del polígrafo, sin embargo afirmó que estaba realizando entrenamiento por parte del Estado Británico y que él por estar enfermo no podía hacer los ejercicios de manera óptima, y esto fue lo que a su parecer llevó a la Embajada a prescindir de sus servicios.

Al respecto, llama la atención del Despacho que este argumento no fue expuesto en la demanda, como tampoco existe prueba que el señor demandante hubiera informado de su

situación de salud a la embajada, al contrario se puede constatar que la Embajada no fue informada por la presuntas discapacidad que afrontaba el señor José Alexander, y que cuando le entrego la carta de despido le advirtió de la necesidad de realizar el examen de salud de egreso a lo cual el demandante contestó que no le interesaba.

El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, a la luz de la Constitución, la Ley y la del empleador, es la de respetar el procedimiento preestablecido para dar por terminado el vínculo laboral de un trabajador que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta. De esta manera, ha sostenido la Corte que si el empleador no procede conforme lo establecido recae sobre él una presunción de despido sin justa causa y por ende discriminatorio.

Entonces la garantía de la estabilidad laboral reforzada exige que el empleador hubiere conocido de las afecciones de salud del trabajador retirado, pues se trata de un presupuesto necesario para la protección de la estabilidad laboral reforzada, que ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos “(...) la garantía del derecho a la estabilidad laboral de un trabajador que presenta alguna limitación física, sensorial o psíquica implica la constatación de los siguientes presupuestos: (i) que el trabajador presente una limitación física, sensorial o psíquica (ii) que el empleador tenga conocimiento de aquella situación (iii) que el despido se produzca sin autorización del Ministerio del Trabajo”²⁸

Con base en lo enunciado, no existe prueba alguna que destaque que el motivo que tenía el empleador para resolver desvincular al demandante fue su estado de salud o que actuó contrario a la norma legal por encontrarse el trabajador amparado en una licencia de incapacidad, ya que su última incapacidad fue para el 30 de marzo de 2011 y fue pasado más de dos meses que ocurrió su despido, de manera que no se observa la debilidad manifiesta que impidiera que, la Embajada no pudiera despedirlo como lo hizo, adicionalmente la investigación por su presunta actitud al recibir una orden del superior inicio en septiembre de 2010, a lo cual es totalmente creíble que, el resultado de esta investigación hubiera sido el despido sin justa causa, ya que tampoco esta causa se encuadra en una causa legal para el despido y por tanto, optó la embajada por indemnizar al señor José Alexander Pedraza.

Como se dijo anteriormente, las incapacidades a las que tuvo derecho el demandante antes de su retiro, mientras se encontraba laborando en la Embajada Británica de las que reposan dentro del expediente fueron, en febrero por 3 días y en marzo 31 días para un total de 34 días de incapacidad, de suerte que no existe soporte probatorio de que efectivamente se presentara una disminución de su capacidad laboral en desarrollo del contrato de trabajo o por accidente de trabajo o por enfermedad profesional, dado que no existe ninguna prueba de medicina laboral por parte de la EPS, ni tampoco prueba que las incapacidades superaron los 180 días seguidos para que hubiera sido reportado a la ARL, en consecuencia la embajada no tenía el por qué saber la situación del demandante ni menos pedir autorización al Ministerio de Trabajo para terminar su contrato, y por esto se reitera, optó por despedirlo

Vale la pena reiterar que aunque no se trata de un caso laboral en estricto sentido, si es relevante estos hechos para esclarecer si hubo un daño especial causado al demandante, es así que en lo relatado anteriormente no se probó la relación de causalidad entre la enfermedad que afectó en su momento del despido al demandante y su despido, adicionalmente no hubo manera de que la Embajada Británica pudiera saber establecer que el demandante se encontraba en alguna debilidad manifiesta, de lo que tampoco obra prueba, pues este pudo seguir laborando normalmente.

Aunado lo anterior, y con el fin de definir si efectivamente hubo una pérdida de

²⁸ Corte Constitucional T-029/16 Magistrado Ponente .P. Alberto Rojas Ríos)

oportunidad al haber sido despedido sin justa causa con indemnización y no haber podido acudir a la justicia, para el Despacho como se argumentó anteriormente, se tiene que el retiro fue constitucional y legal, pero como no es el tema de discusión, sin embargo se debía estudiar para saber que probabilidad tenía el señor José Alexander, de que sus pretensiones hubieran sido prosperas en la jurisdicción Laboral, esto para cuantificar el daño especial del que dice haber sido afectado y haber perdido una oportunidad, a lo que se concluye que el señor demandante no tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada .

De manera que, en el estudio del daño especial presuntamente causado al demandante después del despido sin justa causa, se observa que, cuando fue retirado de la Embajada Británica no se probó que se encontraba en una condición de indefensión que permita concluir que el señor José Pedraza, tenía una edad avanzada que le pudiera impedir conseguir otro trabajo u alguna circunstancia de que al no percibir su ingreso no le permitiera subsistir él y su familia, o que le impidiera seguir cotizando al régimen de seguridad, pues por el contrario, el mismo demandante afirmó que pudo seguir con su vida laboral.

En efecto, dentro del plenario se encuentra probado que el demandante estuvo presuntamente desempleado por el término de 6 meses posteriormente a su despido, sin embargo, desde diciembre de 2011 y lo confirmó el mismo demandante en el interrogatorio de parte, hasta la fecha del interrogatorio esto es 19 de septiembre de 2019 ha estado empleado en diferentes empresas, cotizando a su seguridad social como consta en el oficio No 2019130000729331 del 13 de junio de 2019, que indica que revisada la base datos Única de Afiliados BDUA/ se encontró la siguiente información para el demandante:

ESTADO	ENTIDAD	RESUMEN	FECHA AFILIACIÓN EFECTIVA	FECHA DE FINALIZACIÓN DE AFILIACIÓN	TIPO AFILIADO
ACTIVO	E.P.S.	CONTRIBUTIVO	01/10/2010	31/12/2999	COTIZANTE

Así mismo, para identificar los datos correspondientes empresa, teléfono, dirección y base de aportes se consultó la Base de Datos de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes – PILA- y se encontró la siguiente información de empleador para el número de identificación del empleador para el número de identificación solicitado.

EMPRESA	NIT	DIRECCIÓN- CIUDAD	TELÉFONO	ÚLTIMO PERÍODO
ISVI LTDA	8604101191	CARRERA 21 No. 62-38 BOGOTÁ, D.C	3145877	01/05/2019

Por otra parte verificada la información de histórico de Base de Datos de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes –PILA para el señor José Alexander Galindo Pedraza con C.C. 79490512, se encontró la siguiente información:

C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01-03-2007	EMBAJADA DE GRAN BRETAÑA	800090980	CR 9 75-49 P-9
(...)					
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/07/2011	EMBAJADA DE GRAN BRETAÑA	800090980	CR 9 75-49 P-9
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01-01-2012	VIGILANCIA Y SEGURIDAD LIMITADA VISELTDA	860507033	CALLE 6 No. 4-42
(...)					
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01-05-2013	VIGILANCIA Y SEGURIDAD LTDA VISE	860507033	CALLE 6 No. 4-42
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01-06-2013	GUARDIANRS CIA LIDER EN SEGURIDAD	860520097	CALLE 5 No. 46-25
(...)					
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA	01/11/2015	GUARDIANRS CIA LIDER EN	860520097	CALLE 5 No. 46-25

29	GALINDO		SEGURIDAD		
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/11/2015	CENTINELA DE SEGURIDAD LTDA	8200001484	CARRERA 47 No. 91-03
(...)					
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/04/2016	CENTINELA DE SEGURIDAD LTDA	8200001484	CARRERA 47 No. 91-03
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/04/2016	GUARDIANRS CIA LIDER EN SEGURIDAD	860520097	CALLE 5 No. 46- 25
(...)					
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/04/2019	GUARDIANRS CIA LIDER EN SEGURIDAD	860520097	CALLE 5 No. 46- 25
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/04/2019	ISVI LTDA	800090980 (sic)	CARRERA 21 No. 62-38
C.C. 79490512	JOSE ALEXANDER PEDRAZA GALINDO	01/05/2019	ISVI LTDA	800090980 (sic)	CARRERA 21 No. 62-38

Del cuadro anterior se puede deducir que, el señor José Alexander Pedraza Galindo, después de terminado su contrato con la embajada Britania, se presume que estuvo sin empleo del 01 de julio de 2011 hasta el 01 de enero de 2012, para un total de seis meses, se observa que durante el resto del tiempo después de enero de 2012 no tuvo intervalos de desempleo siempre estuvo afiliado por intermedio de empresas de vigilancia hasta el 1 de mayo de 2019.

Adicionalmente se debe recordar que la Embajada Británica pagó la indemnización correspondiente, lo que conlleva a inferir que el demandante vivió y subsistió con su familia, durante los seis meses que estuvo cesante, de manera que no es de recibo de este Despacho las certificaciones de Colegios de sus hijos por mora en el pago de los años 2012 y 2013 como prueba de los daños ocasionados, ya que para esta época el demandante contaba con trabajo.

En este orden de ideas, con lo anteriormente expuesto, concluye el Juzgado que en el presente caso el daño cuya indemnización persigue el señor José Alexander Pedraza Galindo, no puede ser imputable a la Nación- Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores y Congreso de la República, a título de daño especial, porque no se rompió la igualdad de las cargas públicas, o la equidad que debe reinar ante los administrados y el Estado, pues como se explicó a lo largo del proceso, a pesar de que la demanda laboral se le rechazó in limine por la inmunidad diplomática, esto no quiere decir que el demandante de hecho hubiera perdido una oportunidad de haber sido reparado.

Se reitera que los tres componentes que ha destacado el Consejo de Estado, para los casos similares al de estudio son: a) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, b) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento y, c) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado.

Corolario lo anterior, respecto de los componentes que llevaría a decretar el daño especial por posible vulneración al acceso a la justicia, se tiene que no se probó la certeza que tenía el demandante de que laboralmente se hubiera accedido a sus pretensiones, al contrario, existía una alta probabilidad de que se le hubieran negado sus pretensiones en la jurisdicción ordinaria laboral, en consecuencia, no iba a obtener ningún provecho, y quedó demostrado en el plenario que tampoco se le causó un detrimento a su patrimonio, pues el demandante no se hallaba en una situación potencialmente apta para pretender el resultado esperado, esto es, que se le indemnice porque supuestamente se le despidió sin justa causa,

²⁹ Fls 363-365 y 417-419 C. principal

cuando al sentir de él se encontraba en una condición de estabilidad laboral reforzada.

6. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto Nación-Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores y Congreso de la República debe responder patrimonialmente por la indemnización que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del rechazo In Limine de la demanda laboral por inmunidad diplomática, no se encontró el desequilibrio entre las cargas que se deben soportar y el daño especial ocasionado, en consecuencia debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra demostrado el daño especial atribuible a las entidades demandadas.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

err



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-0022000
Demandante :	Alberto Niño Forero
Demandado :	Fiduciaria la Previsora y Médico Asociados S.A.

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 99**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, el señor Alberto Niño Forero presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Fiduprevisora S.A. y Médicos Asociados S.A. a efectos de que, se les declare responsable por los perjuicios causados por negar el reembolso de los gastos derivados de la atención de urgencias en la Clínica Country, los cuales fueron sufragados por el demandante.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 22 - 23 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte demandante señaló que, el señor Alberto Niño Forero fue atendido por la IPS Médicos Asociados S.A.

Indicó que, para el año 2011, el demandante se encontraba padeciendo constantes hemorragias nasales que eran atendidas por los galenos adscritos a la sociedad Médicos Asociados S.A., de igual manera señaló que, debido a su estado de salud, acudió en diferentes oportunidades a dicha institución, que había sido dispuesta por la Fiduciaria la Previsora S.A.

Manifestó que para el día 1 de noviembre del año 2011, el estado de salud del demandante

se empeoró razón por la que, fue remitido a la Clínica Country, institución en la que se le brindó la atención médica adecuada y se estabilizó su estado de salud.

Señaló que, debido a que el medico particular que atendió al demandante y la Clínica Country no integraban el grupo de clínicas y hospitales de Médicos Asociados S.A., motivo por el que el demandante, tuvo que pagar de su propio peculio los gastos médicos correspondientes para el correcto tratamiento de su enfermedad, valor que ascendió a la suma de \$6.320.180.

Refirió que, el día 9 de diciembre del año 2011, radicó ante FERSALUD – MÉDICOS ASOCIADOS la solicitud de reembolso de los gastos médicos en que tuvo que incurrir para proteger su salud, solicitud que fue respondida de manera negativa, aduciendo que la llamada a responder era la Fiduprevsora S.A.

Finalmente aludió que conforme a la respuesta emitida por Médicos Asociados S.A. la Fiduciaria la Previsora era la entidad responsable de reembolsar los costos y gastos en los que incurrió el demandante, atendiendo que esta entidad era la que administra el sistema de salud de los pensionados del magisterio.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. Sociedad de Médicos Asociados S.A. IPS

La entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

El apoderado de la entidad señaló que, Médicos Asociados no infringió la legislación que regula lo relativo a la prestación de servicios de salud, en tanto que, de manera voluntaria el demandante acudió a una red externa o ajena a la de los médicos de dicha institución, por lo que, no era dable la afirmación aludida por la parte actora ateniendo a que no se prestó una atención oportuna.

Señaló que, la entidad no estaba obligada a realizar reembolso de las sumas de dinero exigida por el demandante, en tanto que, dicha suma constituía una obligación que el demandante asumió voluntariamente ante la Clínica el Country.

1.3.2 Fiduprevsora S.A.

La entidad demandada no presentó escrito de contestación de la demanda.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada ante la jurisdicción ordinaria el 24 de septiembre de 2013 (fl. 85), correspondiéndole el conocimiento al Juzgado 48 Civil Municipal, Despacho que mediante providencia del 4 de agosto de 2014 declaró la falta de competencia, remitiendo el proceso a los Juzgados Administrativos, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 17 Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá y éste a su vez, remitió por

competencia.

Una vez efectuado el reparto por parte de la Oficina de Apoyo, el Juzgado 3 Administrativo del Circuito de Bogotá, por medio de auto del 19 de febrero de 2015 declaró la falta de competencia (fl. 199 a 204).

Una vez sometido a reparto dicho proceso, correspondió a este Despacho su conocimiento¹, mediante auto proferido el 7 de septiembre de 2015, se inadmitió la demanda y una vez subsanados los yerros advertidos a través de auto del 22 de enero de 2016, se admitió la demanda (f. 219 c. principal).

El día 26 de septiembre de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl.312 a 319 c. principal).

Posteriormente, el día 28 de febrero de 2019 se realizó audiencia de práctica de pruebas en la que se dio por terminada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito (fl. 342 - 343).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 8 de marzo de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

Señaló que, se encontraba acreditado que, la Fiduprevisora S.A. era la responsable de prestar los servicios de salud al señor Alberto Niño Forero, por ser pensionado del magisterio y por lo tanto, dichos servicios se debían prestarse por medio de la IPS Médicos Asociados S.A.

Indicó que, los hechos ocurridos el 11 de noviembre de 2011, provinieron de una urgencia vital que fue tratada por una red hospitalaria ajena a dicha institución, razón por la que, las entidades se encontraban obligadas solidariamente a reembolsar los gastos por la falla en el servicio de prestación de salud, situación que conllevó a que el demandante sufragara los gastos.

Manifestó que, el demandante no acudió a otras instituciones médicas por simple capricho, en tanto que, conforme a la historia clínica era claro que, este había sufrido un deterioro en su salud requiriendo de atención médica de manera urgente, circunstancia por la que, acudió a un médico particular y este a su vez lo remitió a la clínica.

Finalmente precisó que, las entidades demandadas eran responsables solidariamente de reembolsar los gastos que su paciente tuvo que sufragar por un servicio de salud que dichas entidades no le prestaron.

1.5.2. Médicos Asociados S.A. IPS

A través de escrito del 8 de marzo de 2019, el apoderado de la entidad demandada presentó

¹ 3 de marzo de 2015 fl. 206

alegatos de conclusión.

Indicó que, la entidad prestó el servicio de salud y de igual manera atendió de manera oportuna el requerimiento elevado por el demandante en relación al reembolso de la suma que asumió en la clínica el Country, es decir que, sus peticiones fueron contestadas.

Refirió que, Médicos Asociados cumplió con las obligaciones contractuales con la Fiduprevisora S.A.

Manifestó que la entidad no infringió la legislación que regulaba lo relativo a la prestación de servicios de salud, ni el pago de servicios, por lo que, precisó que no existía prueba que acreditara que la entidad no había prestado la atención requerida por el demandante, circunstancia que conllevaba a que se negaran las pretensiones de la demanda.

1.5.3. La Fiduprevisora S.A. y la Agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, por la negativa del reembolso de los gastos derivados de la atención de urgencias en la clínica el Country, los cuales fueron sufragados por el demandante.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Fiduprevisora S.A. y Médicos Asociados S.A. deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante, al negar el reembolso de los gastos derivados de la atención de urgencias en la clínica el Country, los cuales fueron sufragados por el demandante.

4. Régimen jurídico aplicable

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado², de conformidad a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un

² Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, **jurídicamente imputable a la administración**; y *iii)* una **relación o nexo de causalidad entre** estos elementos, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de las autoridades públicas de que se trate.

4.1 De la falla del servicio

En lo que respecta al título de imputación aludido por la parte actora –*falla del servicio*– el H. Consejo de Estado³ ha precisado:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²⁶. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

5. Caso en concreto

En el caso que nos ocupa la parte actora señaló que, las entidades demandadas deben responder patrimonialmente y en consecuencia reconocer el reembolso del dinero que sufragó, debido a la urgencia que se le presentó por la patología que padecía, atención médica prestada en la Clínica el Country.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

Del estudio que se hace de las pruebas se evidencia que, obra historia clínica emitida por la Clínica del Country, en la que da cuenta de la atención prestada al señor Alberto Niño Forero, quién ingreso para el día 11 de noviembre de 2011 al área de urgencias de dicha institución hospitalaria. De dicho documento se destaca:

ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE CON CUADRO CLÍNICO DE INICIO HOY A LAS 14 HRS, CONSISTENTE EN EPISTAXIS ABUNDANTE CON COÁGULOS POR FOSA NASAL BILATERAL, POR LO QUE ACUDIÓ A OTORRINOLARINGOLOGÍA, QUIEN REALIZO TAPONAMIENTO ANTERIOR Y REMITE A ESTA INSTITUCIÓN PARA HOSPITALIZACIÓN, NIEGA DOLOR EN EL PECHO, DIFICULTAD RESPIRATORIA, FIEBRE U OTRA SINTOMATOLOGÍA.⁴

(...)

Diagnósticos

Epistaxis (r040) (R040)

De igual manera, se observa que con ocasión a la atención brindada por la citada institución el 16 de noviembre de 2011 se generó la factura de venta No. SCUM – 165569⁵.

Así mismo, se encuentra que mediante escritos del 30 de diciembre de 2011⁶ y del 23 de enero de 2012⁷, la entidad Médicos Asociados S.A. se pronunció respecto de la solicitud elevada por el demandante, correspondiente al reconocimiento de los gastos incurridos de manera particular derivados de la atención de urgencias en la Clínica Country durante el proceso de hospitalización del 11 hasta el 16 de noviembre de 2011, de la lectura de dichos oficios se advierte que se indicó:

En los términos de referencia del contrato suscrito entre Fiduprevisora y Médicos Asociados S.A. para la atención del magisterio de Bogotá, se reconocen costos de atención médica, hospitalaria o quirúrgica fuera de la red, previa notificación, que en su caso NO fue notificada a nuestra institución.

(...)

De otra parte, en relación con el reconocimiento de pago de reembolso requerido por

⁴ Folio 38

⁵ Folios 53 a 61

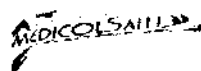
⁶ Folio 140

⁷ Folio 143

el paciente, obedece a una determinación autónoma del paciente, más no refleja una barrera de acceso en la prestación de un servicio médico que haya favorecido el deterioro clínico del paciente. De esta forma, no se considera procedente el reconocimiento de pago de reembolso solicitado.

Teniendo en cuenta lo anterior, lamentamos informarle que su solicitud de reembolso NO es procedente, sin embargo se reitera el interés que tiene MEDICOS ASOCIADOS S.A., en el cuidado de la salud del paciente ALBERTO NIÑO FORERO y se invita a seguir utilizando nuestros servicios.

Por otra parte, obra certificado emitido por Medicol Salud, en el que consta la afiliación del señor Alberto Niño Forero⁸.



CERTIFICACION

Hacemos constar que el(a) señor(a) ALBERTO NIÑO FORERO identificado(a) con CC 9141197, se encuentra afiliado(a) como COTIZANTE PENSIONADO(A) en el servicio médico que presta UT MEDICOL SALUD 2012 (BOGOTÁ -) Régimen de excepción. El estado actual del COTIZANTE PENSIONADO(A) es VIGENTE.

NOTA:

- Reporte de afiliación REDSALUD del 22 de Febrero de 1999 al 14 de Julio de 2005.
- Reporte de afiliación MEDICOS ASOCIADOS (45 DIAS) - Contrato provisional del 15 de Julio de 2005 al 31 de Agosto de 2005.
- Reporte de afiliación de FERSALUD - MEDICOS ASOCIADOS S.A. del 01 de Septiembre de 2005 al 14 de Diciembre de 2008.
- Reporte de afiliación de MEDICOS ASOCIADOS S.A del 15 de Diciembre de 2008 al 30 de Abril de 2012.
- Reporte de afiliación por UT MEDICOL SALUD 2012 - BOGOTÁ del 01 de Mayo de 2012 a la fecha.

NOTA: Cabe aclarar que U.T. Medicol Salud es la U.S del Magisterio y quien hace las veces de EPS es Fiduprevisora.

De igual manera se advierte que, a folio 340 obra solicitud de reembolso radicado el 9 de diciembre de 2011 ante Médicos Asociados.

De las pruebas anteriormente relacionadas, se encuentra acreditado que el señor Alberto Niño Forero fue atendido en la Clínica el Country del 11 de noviembre al 16 de noviembre de 2011, institución médica en la que, se le brindó atención médica en calidad de particular, es decir, sin hacer uso del sistema de seguridad social al que se encontraba afiliado el demandante.

Ahora bien, a efectos de resolver el caso objeto de estudio, es importante precisar que La Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta de la Nación, con el fin de administrar los recursos de seguridad social de los docentes afiliados, que incluye la prestación de los servicios de salud y el pago de sus prestaciones económicas. También establece que el Fondo debe ser administrado por una entidad fiduciaria

A partir de lo anterior, tenemos que, la Fiduprevisora S.A. se encarga de administrar los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud del régimen de excepción que se origina en la Ley 91 de 1989, que creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, con el fin de asegurar la protección sobre las necesidades de salud de los docentes.

En relación con los reembolsos, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994 establece lo siguiente:

ARTICULO 14. RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario, deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios. La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.

Por otra parte, es importante indicar que, en calidad de encargada de administrar los recursos destinados a la prestación de los servicios de salud, Fiduprevisora S.A. ha expedido una serie de documentos en los que se plasman diferentes aspectos atinentes a la prestación del servicio de salud, tales como, afiliaciones, incapacidades, reembolsos, entre otros.

Del estudio que, se hace de dicha guía se encuentra que, en lo que respecta al reembolso se advirtió⁹:

"Reembolso"

Se define como la devolución al afiliado o beneficiario de una suma de dinero por gastos médicos incurridos como causa o consecuencia de las siguientes situaciones:

Urgencias vitales

Cuando el usuario haga uso de una red de servicios distinta a la que el prestador de salud haya establecido para el manejo de estos casos, por razones claramente documentadas y justificadas por la entidad tratante o en caso de una urgencia vital, le serán reembolsados los costos de dichas atenciones, siempre y cuando estén dentro de las coberturas previstas. Se debe cumplir con lo definido en el Decreto 4747 de 2007, en relación con el sistema de autorizaciones, referencia y contra referencia y disponibilidad 24 horas de Call Center entre otras cosas. Los costos de la atención de la urgencia justificada alternativamente, puede ser recobrada por la IPS al Prestador de salud de la Región del Usuario, máximo a tarifas SOAT.

(...)

Para efectos del reembolso, el usuario o familiares deberán informar por cualquier medio conducente al prestador de salud, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la ocurrencia de los hechos, la urgencia presentada. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario. Se exceptúan de

⁹ <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2019/09/Guia-del-Usuario.pdf>

esta obligación los pacientes que por su alteración patológica no se encuentren en condiciones de informar lo sucedido, así como aquellos que por su estado clínico o por su estado de soledad y en general, por todo impedimento demostrable que haya acaecido y que constituya fuerza mayor o el caso fortuito, que le haya impedido dar aviso dentro de los plazos indicados.

Casos de deficiencias o no prestación oportuna de servicios

En los casos comprobados por la Auditoría Médica o la Gerencia de Servicios en Salud de FIDUPREVISORA S.A, de deficiencias en las atenciones o la no prestación oportuna de los servicios que haya conllevado a que el usuario utilice una red alterna a la ofertada, el pago del reembolso se hará de acuerdo con el monto que el usuario haya incurrido. El usuario deberá informar en forma directa o a través de terceras personas, dentro de los ocho (8) días calendarios siguientes a la atención. Así mismo, deberá radicar la solicitud de reembolso dentro de los quince (15) días siguientes al egreso hospitalario a la atención originada en la no prestación oportuna del servicio requerido.

(...)

Requisitos para la solicitud de reembolso

- Carta de solicitud
- Original de la factura
- Copia de la historia clínica del caso
- Demás soportes que considere pertinentes

Para efectos de pago, el prestador de salud se obliga a cancelar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la factura, los valores correspondientes a la atención. Queda entendido, y así lo autoriza el Prestador de salud con la suscripción del contrato, que FIDUPREVISORA S.A. descontará la suma facturada cuando se supere el plazo establecido”.

En este orden de ideas, es claro que la devolución de dinero al afiliado o beneficiario por gastos médicos, en los que haya incurrido cualquiera de estos con ocasión a la atención recibida por una red de servicios distinta a la que el prestador de salud haya establecido, se origina como consecuencia de la concurrencia de situaciones, entre las que se destaca la ocurrencia de una *urgencia vital*, o en casos de *deficiencias o no prestación oportuna de servicios*.

En lo que atañe a la primera situación, es importante indicar que se entiende por *urgencia vital*: “es una condición clínica que implica riesgo de muerte o secuela funcional grave para el paciente en caso de no recibir atención médica inmediata¹⁰.”

Del estudio que se hace de la historia clínica se advierte que, debido a su estado de salud, el señor Alberto Niño Forero fue atendido por urgencias en la Clínica del Country, lugar en el que se determinó el plan de tratamiento de la siguiente manera¹¹:

-Concepto y plan de tratamiento:

Paciente con epistaxis de difícil manejo con shock hipovolémico resuelto

Ingreso a piso en adecuadas condiciones generales

Hemodinamicamente estable sin signos vitales de hipoperfusión ni bajo gasto

¹⁰ <https://www.puntoseguro.com/blog/que-es-la-urgencia-vital/>

¹¹ Folio 14

No dificultad respiratoria

Epistaxis anterior controlada, leve escurrimiento posterior

Resto Normal

Reconciliación medicamentos propranolol por temblor suspendido hasta normalización y control definitivo de sangrado O HIT,

Destino: Hospitalización Tratamiento Adulto

Por lo anterior, tenemos que con ocasión a la patología sufrida por el demandante –epistaxis– requirió de procedimiento quirúrgico en la que se *practicó control de epistaxis con cauterización de mucosa nasal sangrante y taponamiento anterior*¹²

Precisado lo anterior, es importante traer a colación lo dispuesto en el Decreto No. 4747 de 2007, *Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones*, precepto normativo que en su artículo 12 dispone:

Artículo 12. Informe de la atención inicial de urgencias. Todo prestador de servicios de salud deberá informar obligatoriamente a la entidad responsable del pago, el ingreso de los pacientes al servicio de urgencias dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes al inicio de la atención. El informe de atención inicial de urgencias se realizará mediante el diligenciamiento y envío del formato correspondiente, el cual será definido por el Ministerio de la Protección Social.

En tal sentido, es claro que en aquellos casos en los que se presente una atención por urgencias la institución prestadora de salud se encuentra en la obligación de informar tal circunstancia a la entidad responsable del pago.

Es decir que, se han establecido una serie de parámetros que pretenden regular las diferentes situaciones que acontecen cuando se presta la atención médica por porta de las entidades prestadoras de dicho servicio.

Descendiendo al caso objeto de estudio, tenemos que el señor Alberto Niño Forero debido a la patología que padeció, fue atendido por urgencias en la Clínica del Country, acudiendo a dicha institución médica en calidad de particular.

Así mismo, de las pruebas aportadas se observa que obra *pagare No. 94950 para paciente particular* por la suma de \$5.000.000, suscrito por el señor Alberio Niño Forero y Claudia Niño, cuyo beneficiario era la Administradora Country S.A.¹³.

En consecuencia, a juicio del Despacho la parte actora asumió de manera voluntaria la obligación generada con ocasión a la prestación del servicio de salud prestado por la referida entidad, por cuanto desde que ingresó a la institución hospitalaria por el área de urgencias lo hizo por contrato particular, es decir que no hizo uso del sistema general de salud al que se encontraba afiliado.

Al respecto, la parte actora tampoco probó que, debido a la urgencia presentada, no pudo

¹² Folio 17

¹³ Folio 62

acudir ni hacer uso de las instituciones con la que contaba contrato la empresa prestadora de salud a la que se encontraba afiliado, dada su lejanía o la premura que ameritaba la intervención.

Así las cosas, es dable indicar que inicialmente la parte actora había podido solicitar la atención de urgencias y atendiendo que la institución no tenía contrato con la entidad prestadora de salud a la que se encontraba afiliado el señor Alberto Niño Forero, una vez establecida su condición clínica podía solicitar su remisión a una red de servicio con cobertura por parte de la EPS del demandante.

De igual manera se advierte que, de haberse prestado la atención médica atendiendo el régimen aplicable al demandante, la institución hospitalaria se encontraba en la obligación de señalar el régimen que cubría al paciente, así como informar a la entidad prestadora de salud a la que se encontraba afiliado el demandante el ingreso del paciente, tal y como se advierte de la norma transcrita con anterioridad, a efectos de que se efectuará el respectivo pago.

Por otra parte, tenemos que del documento citado en párrafos anteriores se entiende que, para efectos del reembolso, el usuario o sus familiares de deben informar por cualquier medio al prestador de salud, dentro de los 8 días calendarios siguientes a la ocurrencia de los hechos, circunstancia que, no se encuentra acreditada en el presente asunto.

No obstante, si bien obra solicitud de reembolso radicado ante Médicos Asociados el 9 de diciembre de 2011, la misma debía radicarse dentro de los 15 días siguientes¹⁴ al egreso hospitalario¹⁵, es decir que la misma se presentó de manera extemporánea.

Por otra parte, en lo que atañe a la concurrencia de la segunda situación - *deficiencias o no prestación oportuna de servicios*- el Despacho no encuentra acreditada la deficiencia o falta de prestación oportuna del servicio médico de las entidades de la red hospitalaria que prestan atención médica a los docentes afiliados, que haya conllevado a que el señor Alberto Niño Forero utilizara una red alterna. Lo anterior por cuanto que, del estudio que se hace de las pruebas no reposa informe presentado por el demandante en el que haya puesto en conocimiento la falta de atención o prestación oportuna del servicio requerido.

Precisado lo anterior, se el Despacho advierte que no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual falla en el servicio, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar: ***“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”***¹⁶ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: ***“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”***.

¹⁴ <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2019/09/Guia-del-Usuario.pdf>

¹⁵ Fecha de egreso hospitalario 16 de noviembre de 2011

¹⁶ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

En conciencia, es claro que en el presente asunto no se encuentra acreditada la presunta falla en el servicio aludida por la parte actora, por cuanto como se indicó en líneas anteriores, el demandante de manera voluntaria acudió a la Clínica el Country asumiendo por su cuenta los costos derivados de la atención suministrada, situación que se pudo corroborar con la suscripción del pagare No. 94950, por lo que, el actor a su arbitrio no utilizó los servicios médicos bajo el sistema al que se encontraba afiliado.

De igual manera, en caso de efectuarse la respectiva solicitud de reembolso ante la entidad prestadora de salud, la misma se tenía que presentar dentro de los términos dispuestos por la entidad, circunstancia que no ocurrió en el presente caso. Por lo tanto, conforme a los argumentos expuestos en precedencia se negarán las pretensiones encaminadas al reconocimiento de perjuicios.

6. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra acreditado la falla en el servicio aludida por la parte actora.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero coma cinco por ciento (0,5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
JUEZ

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0023100
Demandante	:	Gustavo Salazar Cifuentes
Demandado	:	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 100**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, el señor Gustavo Salazar Cifuentes presentó demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados con ocasión a la omisión en la autorización de traslados médicos, circunstancia que presuntamente causó una pérdida de capacidad laboral.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales y morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 452 a 454 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora señaló que, el señor Gustavo Salazar Cifuentes ingresó en el año 2010, al establecimiento carcelario la Modelo, en buenas condiciones de salud.

Indicó que, el señor Gustavo Salazar Cifuentes padeció diferentes afecciones durante la permanencia en dicha institución, las que fueron causadas por la falla en el servicio en la prestación médica y la falta de traslados a las respectivas instituciones médicas.

A juicio de la parte actora, dichas circunstancias causaron que la salud del demandante desmejorara y causó una pérdida de disminución de capacidad laboral del 65.07%.

Señaló que la pérdida de capacidad del demandante se generó por las diferentes afecciones padecidas por este cuando se encontraba privado de la libertad, las que fueron tratadas por el dispensario de la institución, suministrando un servicio básico y por orden de tutela fue trasladado al Hospital de Kennedy.

Indicó que, atendiendo el estado de salud del señor Gustavo Salazar requirió de la atención médica de diferentes instituciones, por lo que la entidad era responsable por los perjuicios causados durante la permanencia en la institución penitenciaria.

1.3.- Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 5 de mayo de 2016, la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda.

Adujó que, la parte actora no logró demostrar las presuntas omisiones o falla en el servicio en las que incurrió la entidad, por el contrario, se advertía de los diferentes traslados que tuvo el señor Gustavo Salazar Cifuentes a los centros de atención médica, por lo que siempre se garantizó el servicio médico al demandante de manera oportuna.

Señaló que, una vez revisado el escrito de la demanda, no se podía establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitieran establecer en qué momento se presentó la presunta falla en el servicio en la que incurrió el INPEC, en tanto que, en cumplimiento de sus funciones adelantó las actuaciones pertinentes con el objeto de propender por la atención médica al señor Gustavo Salazar Cifuentes.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 4 de marzo de 2015 (f.444 c. principal), mediante auto del 11 de septiembre de 2015, se inadmitió la demanda y una vez superados los yerros advertidos, a través de auto del 22 de enero de 2016, se admitió la demanda (f. 495 c. principal).

El 25 de septiembre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 542 a 544)

Finalmente, el 14 de febrero de 2019, se adelantó continuación de audiencia pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 27 de febrero de 2019, la apoderada de la parte actora presentó alegatos de conclusión.

Refirió que, el demandante sufrió un deterioro en su estado de salud, debido a que no fue trasladado por el INPEC a una valoración que estableciera su diagnóstico, circunstancia que conllevó a que se agravará su salud.

Indicó que, los funcionarios de la entidad demandada no trasladaban y no permitían que el personal médico realizara los tratamientos médicos, situación que produjo una disminución de la capacidad laboral del 65.07% emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Manifestó que, si bien la privación de la libertad de una persona conlleva a una subordinación del recluso frente al Estado, se expuso al interno en una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, y tal relación implicaba también que, derechos fundamentales como la vida e integridad personal no podían ser limitados o suspendidos, por el contrario, los mismos debían ser respetados y garantizados plenamente por las autoridades.

1.5.2. La entidad demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de la presunta omisión en la autorización de traslado del señor Gustavo Salazar a las consultas médicas cuando se encontraba privado de la libertad.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante, por la presunta omisión en la autorización en el traslado del señor Gustavo Salazar a las consultas médicas a Caprecom y si dicha omisión agravó su estado de salud.

4. Régimen jurídico aplicable

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de conformidad a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, **jurídicamente imputable a la administración**; y *iii)* **una relación o nexo de causalidad entre** estos elementos, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de las autoridades públicas de que se trate.

4.1 De la falla del servicio

En lo que, respecta al título de imputación aludido por la parte actora –*falla del servicio*– el H. Consejo de Estado² ha precisado:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"26. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía".

En el caso objeto de estudio, se cuestionan la falta de actuación por parte del Establecimiento Carcelario en ordenar la autorización de traslado, a efectos de que al demandante le fuera prestada atención médica de manera oportuna y eficiente, el análisis del Despacho será bajo el título de imputación de falla en el servicio, atendiendo el criterio jurisprudencial fijado por el Consejo de Estado respecto al tema, a saber:

"Para determinar la imputabilidad al Estado de los perjuicios que se lleguen a causar a quienes se encuentran privados de la libertad por orden de autoridad competente, la jurisprudencia de la Sección ha sostenido que el título de imputación aplicable es de naturaleza objetiva. Sin embargo, hay que advertir que en casos como el presente en donde lo que se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario, la Sección ha sostenido que el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla del servicio, toda vez que tal servicio debe prestarse en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación".³

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de febrero de 2012, Exp. 22943, C.P. Hernán Andrade Rincón.

5. Caso en concreto

El daño antijurídico y su origen.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴ ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *"impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos"*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *"(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"*⁵. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Para el caso que nos ocupa la parte actora señaló que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por la pérdida de la capacidad laboral que padece el señor Gustavo Salazar, como consecuencia de las patologías sufridas mientras se encontraba privado de la libertad, las que presuntamente se agravaron por la omisión de la entidad demandada.

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que determinó una pérdida de capacidad laboral del 65.07%.⁶
- Historia clínica del señor Gustavo Salazar, que da cuenta de las atenciones médicas brindadas por diferentes instituciones hospitalarias. Del análisis que se hace de la misma se encuentra que el demandante padecía de *enfermedad crónica renal*, situación por la que fue valorado por especialidades como las de urología y nefrología.

Por otra parte, se observa que el día 14 de febrero de 2019, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas, en la que se adelantó contradicción del referido dictamen, de la declaración rendida por la doctora Clara Marcela Villabona, se extrae lo siguiente:

PREGUNTADO: PODRÍA INDICARNOS LAS RAZONES Y CONCLUSIONES DEL DICTAMEN EN EL CUAL USTED PARTICIPÓ, ASÍ MISMO, SEÑALARNOS QUÉ INFORMACIÓN TUVO A SU ALCANCE PARA EFECTOS DE REALIZAR LAS CORRESPONDIENTES CONCLUSIONES. INTERROGADO: EL CASO FUE REMITIDO Y VALORADO POR NOSOTROS EN EL 2014, YO LO VALORÉ EL 24 DE FEBRERO DE 2014, PARA ESE MOMENTO CONTÁBAMOS CON HISTORIA CLÍNICA DEL 2011 HASTA EL 2013, APROXIMADAMENTE ADEMÁS DE LA HISTORIA CLÍNICA PUES SE LE REALIZÓ VALORACIÓN EN ESA FECHA QUE INFORMÓ, DE MI PARTE Y POR LA PSICÓLOGA GLORIA STELLA ESTRADA, NUESTRA VALORACIÓN Y LA HISTORIA CLÍNICA ENCONTRAMOS PARA ESE MOMENTO UN PACIENTE DE 40 AÑOS QUIÉN TIENE UN ANTECEDENTE DE NEFROLITIASIS, CÁLCULOS EN EL RIÑÓN DE FORMA CRÓNICA QUE MÁS O MENOS COMENZARON EN EL 2008, PARA LO CUAL RECIBIÓ MANEJO MÉDICO E INTERVENCIONES, EN JULIO DE 2011, PRESENTÓ UNA PIELONEFRITIS, O SEA UNA INFECCIÓN RENAL IMPORTANTE AGUDA, UNA NEFROLITIASIS IZQUIERDA, HIDRONEFROSIS BILATERAL SECUNDARIO, LO CUAL AGUDIZÓ LA INSUFICIENCIA RENAL QUE TENÍA EL SEÑOR, POR NEFROLOGÍA ENTONCES EL 27 DE JULIO DEL 2011, INDICA MANEJO CON HEMODIÁLISIS, CURSO DURANTE SU PROCESO TAMBIÉN CON INFECCIONES

⁴ *Ibidem*.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶ Folio 34 a 40

URINARIAS A REPETICIÓN, FUE HOSPITALIZADO NUEVAMENTE DURANTE EL 2011 POR ESAS INFECCIONES URINARIAS, SE LOGRAN CONTROLAR CON ANTIBIÓTICO Y COMO COMPLICACIÓN CONCURSÓ CON UNA ASEPSIS ABDOMINAL QUE MEJORÓ LENTAMENTE HACÍA LA MEJORÍA, POSTERIORMENTE PRESENTA EN JULIO DE 2013, UNA ENCEFALOPATÍA DE ORIGEN HIPERTENSIVO, ÉL TAMBIÉN TENÍA ANTECEDENTES, PARA EL 2011 REGISTRABA UNA HIPERTENSIÓN ARTERIAL Y URÉMICA, O SEA POR LA FALLA RENAL Y RECIBIÓ MANEJO MÉDICO, NO SE LOGRARON ADECUADOS CONTROLES DE LA TENSIÓN ARTERIAL PERO SE LOGRA UNA RESOLUCIÓN ADECUADA DE LA ENCEFALOPATÍA, O SEA DEL COMPROMISO NEUROLÓGICO CENTRAL, CUANDO LO VALORAMOS NOSOTROS EN EL 2014 FEBRERO ENCONTRAMOS UN PACIENTE CON UNOS SIGNOS VITALES ESTABLES, INDEPENDIENTE PARA DEAMBULAR, PARA CAMINAR, LA PARTE CARDIOPULMONAR NORMAL, TENÍA UN SOPIO QUE YO ESCUCHABA EN TODOS LOS FOCOS, PERO NO HABÍAN SIGNOS CLAROS DE FALLA CARDÍACA, TIENE SU FISTULA ARTERIOVENOSA PARA LA HEMODIÁLISIS EN BUEN ESTADO Y NO HABÍAN SIGNOS DE FOCALIZACIÓN NEUROLÓGICA, LA PARTE MENTAL SE ENCONTRABA CONSERVADA, PROCEDIMOS A CALIFICAR LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DE INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA ESTADIO 5 QUE ESTE YA ES EL ÚLTIMO DE ORIGEN OBSTRUCTIVO, SECUNDARIO A LA NEFROLITIASIS QUE PRESENTABA E HIPERTENSIÓN ARTERIAL DE ORIGEN ENFERMEDAD COMÚN SE ESTRUCTURÓ EL 27 DE JULIO DE 2011, LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL QUE ES CUANDO DETERMINA EL NEFRÓLOGO QUE REQUIERE DEL MANEJO DE HEMODIÁLISIS, LO CUAL CONDICIONA EL ESTADO DE INVALIDEZ DEL SEÑOR Y NOS DA UNA PÉRDIDA DE CAPACIDAD TOTAL DEL 65.07%. PREGUNTADO: PODRÍA USTED INDICARNOS QUÉ HISTORIA CLÍNICA LE FUE SUMINISTRADA PARA EFECTOS DE REALIZAR DICHO ESTUDIO, DE QUÉ ENTIDAD O INSTITUCIÓN HOSPITALARIA. INTERROGADO: LA HISTORIA QUE NOS APORTARON FUE DEL HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY, EL HOSPITAL SANTA CLARA, HAY UNAS DE CAPRECOM Y DEL HOSPITAL DE SAN JOSÉ. PREGUNTADO: DEL ESTUDIO DE DICHAS HISTORIAS CLÍNICAS PODRÍA USTED INDICARNOS CUÁNDO SE CONFIGURÓ O CUÁNDO SE CONFIRMÓ EL DIAGNÓSTICO DE INSUFICIENCIA RENAL. INTERROGADO: EL DIAGNÓSTICO DE INSUFICIENCIA RENAL CONFIRMADO ESTÁ DESDE JULIO DEL 2011, DE INSUFICIENCIA RENAL YA CON HEMODIÁLISIS, SE ANOTABA EL ANTECEDENTE DE LA NEFROLITIASIS DE APROXIMADAMENTE DESDE EL 2008, PERO PUES FINALMENTE ES COMO HACIENDO LA CONJETURA DE LO QUE SE REGISTRABA EN LA HISTORIA CLÍNICA, PERO REALMENTE FECHA DE LA INSUFICIENCIA RENAL CONFIRMADA 2011 JULIO. PREGUNTADO: AHORA BIEN, DOCTORA DADO QUE LA VALORACIÓN QUE SE LE HIZO AL SEÑOR GUSTAVO, COMPRENDE 2 ETAPAS, PODRÍA USTED INDICARNOS LA CUANTIFICACIÓN QUE SE REALIZÓ RESPECTO DE CADA UNO DE LOS COMPONENTES, SEÑALADOS EN EL NUMERAL 6 DEL DICTAMEN, ESTO ES, LOS COMPONENTES DE LA CONDUCTA, COMUNICACIÓN, CUIDADO PERSONAL, LOCOMOCIÓN, DISPOSICIÓN DE CUERPO. INTERROGADO: EN CUANTO A LA CONDUCTA, ENTONCES HABLAMOS A LA PARTE CÓMO SE RELACIONA CON SU ENTORNO Y CÓMO SE DESEMPEÑA, LE DIMOS PUNTAJE PARA DISCAPACIDAD EN LA SEGURIDAD PERSONAL 1 PUNTO POR LA DEBILIDAD, A LA DISCAPACIDAD ROL FAMILIAR, ROL OCUPACIONAL Y SOCIAL LE DIMOS UN POCO MÁS DE PUNTO 2 PORQUE TIENE MAYOR DIFICULTAD PARA HACERLO PARA PODER APOYAR EN ESTAS ACTIVIDADES FAMILIARES, PARA LAS TAREAS VISUALES, PARA TAREAS DE DETALLE Y VER PUES POR EL COMPROMISO GENERALIZADO QUE TENÍA POR SU ENCEFALOPATÍA, DISCAPACIDAD DE LA HIGIENE PERSONAL POR LAS DEBILIDADES, TAMBIÉN TENÍAMOS DISCAPACIDAD PARA SUBIR ESCALERAS, PARA SUBIR PARA CORRER, PARA LA DEAMBULACIÓN POR LOS PROBLEMAS QUE LE DIGO MUSCULARES O LA DEBILIDAD GENERAL QUE PUEDE PRODUCIR ESAS ENFERMEDADES DE BASE, (...) PREGUNTADO: DE LA ENTREVISTA Y VALORACIÓN QUE SE NOS INDICÓ QUE FUE OBJETO EL SEÑOR GUSTAVO, DE LA MISMA QUE SE PUDO EXTRAER EN CUANTO AL COMPONENTE LABORAL DEL SEÑOR GUSTAVO, QUE LES FUE COMENTADO POR EL EN CUANTO A SU DESARROLLO COMO ACTIVIDAD LABORAL, YA QUE USTED NOS ACABA DE INDICAR ALGO RELACIONADO A LA FALTA DE EMPLEO, A EFECTOS DE ESTABLECER QUÉ TIPO DE CONSECUENCIAS CONLLEVA LA HEMODIÁLISIS. INTERROGADO: ESTE SEÑOR NOS REFIERE EN SU MOMENTO QUE SU ESCOLARIDAD ERA 8 GRADO Y SU ACTIVIDAD ERA MECÁNICO INDEPENDIENTE, REALMENTE CON UN BUEN CONTROL DE SU HEMODIÁLISIS DE LA FISTULA ÉL PODRÍA HACER COSAS MUY LIVIANAS Y MODERADAS EN SU ACTIVIDAD DE MECÁNICO, PERO OBTIENE SI ES INDEPENDIENTE NO VA A PODER LABORAR TODOS LOS DÍAS, ÉL TIENE QUE ESTAR PARA LA HEMODIÁLISIS TODO EL DÍA REALIZÁNDOLE SU TRATAMIENTO, ENTONCES REALMENTE VA A PODER DESEMPEÑAR MUY REGULARMENTE SU TRABAJO COMO INDEPENDIENTE Y PUES SI TIENE QUE EVITAR SU EXPOSICIÓN A QUÍMICOS, SOBRE ESFUERZOS FÍSICOS NO VA A TOLERAR PORQUE SU CAPACIDAD MUSCULAR VA HACER FÁCILMENTE FATIGABLE Y ADEMÁS ÉL TENÍA ANTECEDENTES DE INFECCIONES URINARIAS A REPETICIÓN LO QUE LE HACE A UNO SUPONER, PRESUMIR QUE SU SISTEMA INMUNOLÓGICO TAMPOCO ES QUE HAYA SIDO MUY BUENO, ENTONCES LAS

CONDICIONES COMO EN UN ENTORNO DE MECÁNICOS LAS CONDICIONES NO SON MUY ADECUADAS, DEBE HABER UNA BUENA VENTILACIÓN SI ESTÁ EXPUESTO A HUMO, ACEITES DE PRONTO NO ES LO IDEAL. PREGUNTADO: DE ESTA ÚLTIMA INTERVENCIÓN DOCTORA Y CONFORME AL ESTUDIO QUE USTED HIZO DE LA HISTORIA CLÍNICA PODRÍA PRECISARNOS DESDE QUÉ MOMENTO SE PRESENTAN ESTE TIPO DE ANTECEDENTES DE INFECCIÓN DE VÍAS URINARIAS. INTERROGADO: EN LA HISTORIA SE DESCRIBÍA LA PRIMERA PIELONEFRITIS EN JULIO DE 2011, QUE ES CUANDO SE DETERMINA QUE ESTA INFECCIÓN EMPEORA O HACE PROGRESAR LA INSUFICIENCIA RENAL QUE EL SEÑOR PRESENTABA Y ES ENTONCES CUANDO SE DEFINE INICIAR LA HEMODIÁLISIS. PREGUNTADO: ANTERIOR A DICHA FECHA EXISTÍA ALGUNA ANOTACIÓN RELACIONADA CON ALGÚN TIPO DE PROBLEMAS RENALES. INTERROGADO: SI COMO YA LES HABÍA COMENTADO ANTERIORMENTE EL SEÑOR DESDE EL 2008 HABÍA UN ANTECEDENTE DE NEFROLITIASIS CRÓNICA, O SEA LOS CÁLCULOS RENALES QUE YA HABÍAN RECIBIDO TRATAMIENTO CON NEFROLITOTOMIA QUE ES ROMPERLOS A TRAVÉS DE PERCUTÁNEAMENTE Y COLOCACIÓN DE UN CATÉTER EN LA URETRA. PREGUNTADO: AHORA BIEN, DOCTORA CLARA EN LA VALORACIÓN TAMBIÉN SE HACE REFERENCIA A UNA HIPERTENSIÓN ARTERIAL, CONFORME A LA HISTORIA CLÍNICA DICHO ASPECTO DESDE CUANDO SE MANIFIESTA EN LA INTEGRIDAD DEL SEÑOR GUSTAVO. INTERROGADO: NOSOTROS SOLO CONTAMOS CON HISTORIAS DEL 2011, Y SE ANOTA COMO ANTECEDENTE LA HIPERTENSIÓN. PREGUNTADO: Y ES REFERENCIA A O SE HACE ALGÚN SEÑALAMIENTO CON QUE ANTERIORIDAD SE SUFRE DE DICHA HIPERTENSIÓN. INTERROGADO: NO SEÑOR NO SE NOTA. PREGUNTADO: ENTORNO A LA VALORACIÓN QUE SE REALIZA DE LA HIPERTENSIÓN ARTERIAL ESTA QUÉ CONSECUENCIAS TIENE O QUE IMPLICACIONES TIENE RESPECTO DE LA CALIFICACIÓN QUE TAMBIÉN SE REALIZA DE CADA UNO DE LOS COMPONENTES QUE SE RELACIONAN PARA LA TOMA DE LA DECISIÓN DEL PORCENTAJE. INTERROGADO: LA HIPERTENSIÓN SUS ÓRGANOS BLANCOS PRINCIPALES SON EL CEREBRO, EL CORAZÓN Y EL RIÑÓN, EN ESTA OPORTUNIDAD TENEMOS REGISTRADA EL ENCEFALOPATÍA PARA EL AÑO 2013, LA ENCEFALOPATÍA ES LA ALTERACIÓN CEREBRAL, EN JULIO DE 2013, QUE SE DETERMINÓ QUE ERA DE ORIGEN HIPERTENSIVO Y EN JULIO DE 2013, TAMBIÉN SE TOMA UN TAC ABDOMINAL Y TORÁCICO QUE EVIDENCIA UNA CARDIOMEGALIA GLOBAL, ESTA CARDIOMEGALIA GENERALMENTE CON EL ANTECEDENTE DE LA HIPERTENSIÓN PUES UNO LA PUEDE ASOCIAR A ESTE ANTECEDENTE, EN EL 2011 NO SE HACÍA UN REGISTRO, PODRÍA UNO PRESUMIR QUE DE PRONTO ESTA CARDIOMEGALIA TODAVÍA NO ESTABA EN EL 2011 PERO SI NO HAY UN BUEN CONTROL DE LA HIPERTENSIÓN PUES EL CORAZÓN VA HABERSE AFECTADO Y SE PUDO OBJETIVAR HASTA JULIO DE 2013. PREGUNTADO: EN ESTE CONTROL QUE USTED NOS HACE MENCIONA A LA HIPERTENSIÓN, SI SE TOMASE SÓLO COMO ENFERMEDAD BASE PARA REALIZAR LA VALORACIÓN LA HIPERTENSIÓN ARTERIAL DESCARTANDO LA INSUFICIENCIA RENAL QUÉ IMPLICACIÓN TENDRÍA ESO EN CADA UNA DE LAS VALORACIONES QUE SE REALIZA POR DISCAPACIDAD. INTERROGADO: NO REALMENTE LAS 2 PATOLOGÍAS TANTO LA INSUFICIENCIA COMO LA HIPERTENSIÓN Y SOBRE TODO EL COMPROMISO CARDIACO QUE EL SEÑOR TIENE AFECTA POR IGUAL AMBAS COSAS. PREGUNTADO: SERÍA A EQUIVALER A DECIR QUE EL COMPONENTE DE DISCAPACIDAD SERÍA VALORAR DE IGUAL POR CUALQUIERA DE LAS 2 BIEN SEA POR HIPERTENSIÓN O POR INSUFICIENCIA RENAL. INTERROGADO: SI, OBTIVAMENTE QUE NOSOTROS CALIFICAMOS INTEGRALMENTE, O SEA CUANDO HACEMOS ESTA CALIFICACIÓN TENEMOS EN CUENTA TODO, PERO EN DISCAPACIDADES Y MINUSVALÍAS UNO LO QUE VE ES COMO TAL EL INDIVIDUO QUE AFECTACIÓN SE LE PUEDE ESTAR GENERANDO, TENGO LA INSUFICIENCIA Y TENGO LA HIPERTENSIÓN PERO ESTO ME ESTÁ GENERANDO UNAS SECUELAS, SON ESTAS SECUELAS LAS QUE YO EVALUÓ PARA DETERMINAR LAS CAPACIDADES Y MINUSVALÍAS, ENTONCES AMBAS POR IGUAL ESTÁN AFECTANDO A LA PARTE DE DISCAPACIDAD Y MINUSVALÍA. PREGUNTADO: A EFECTOS DE ESTABLECER EN LA CORRESPONDIENTE VALORACIÓN QUE SE REALIZÓ AL SEÑOR GUSTAVO SALAZAR LA JUNTA REGIONAL EMITE ALGÚN TIPO DE OPINIÓN O DE CONCEPTO RESPECTO, ADICIONAL A LA SECUELA QUE ES DETERMINAR EL PORCENTAJE, USTED YA NOS DIJO QUE ACÁ SE TRATA DE UN PACIENTE QUE TIENE QUE ASISTIR 3 VECES POR MÍNIMO A REALIZAR SUS PROCEDIMIENTOS DE HEMODIÁLISIS, ADICIONAL A ESO USTEDES PUEDEN LLEGAR A ESTABLECER OTRO TIPO DE TRATAMIENTOS QUE REQUIERA EL PACIENTE PARA EFECTOS DE SOBRELLEVAR LA DISCAPACIDAD QUE SE LE IMPARTE. INTERROGADO: NO SEÑOR, NOSOTROS COMO JUNTA SÓLO ESTAMOS PARA ESTABLECER LAS SECUELAS Y LA CONSECUENTE PÉRDIDA CAPACIDAD LABORAL ESO YA LO DEBEN DE DETERMINAR SON LOS MÉDICOS TRATANTES. PREGUNTADO: Y FINALMENTE CUANDO SE PRESENTA ALGÚN TIPO DE ENFERMEDAD QUE PUEDA CONLLEVAR POSTERIORMENTE A GENERARSE UNA POSIBLE REHABILITACIÓN SE TIENE EN CUENTA DICHO PARÁMETRO PARA SUJETAR UNA NUEVA VALORACIÓN. INTERROGADO: CUANDO HAY PROCESO DE REHABILITACIÓN, SI CLARO LO IDEAL ES HACER TODOS ESOS PROCESOS DE CALIFICACIÓN DESPUÉS DE

HABER CUMPLIDO EL PROGRAMA DE REHABILITACIÓN SI DA LUGAR, LO IDEAL Y EL MANUAL DE CALIFICACIÓN LO INDICA QUE UNO DEBE CALIFICARLO CUANDO YA SE HAYA TERMINADO EL PROCESO, LO OTRO ES QUE TAMBIÉN POR EJEMPLO EL DECRETO EXIGE QUE DESPUÉS DE DIAGNOSTICADO UNA LESIÓN A LOS 540 DÍAS DE UNO ESTAR INDEPENDIENTE DE CÓMO VAYA EL PROCESO DEBE UNO DETERMINAR UNA PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL.

Atendiendo las circunstancias que dieron origen al proceso objeto de estudio y conforme a la imputación realizada a la entidad demandada. El Despacho encuentra necesario, realizar un análisis en lo que respecta a la caducidad del medio de control invocado por la parte demandante.

Es importante indicar que, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, se estableció por parte del legislador la figura de la caducidad, como una sanción en aquellos casos en los que determinado medio de control no se ejerza de manera oportuna. En tal sentido el interesado tiene el deber de acudir ante los estrados judiciales dentro del término fijado por la Ley.

El numeral 2 del literal “i” del Art. 164 del CPACA establece la oportunidad para presentar demanda del medio de control de reparación directa:

*“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:
(...)*

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: (...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) 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”.

Conforme a lo anterior, por regla general la parte demandante al acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en ejercicio del medio de control de reparación directa, cuenta con 2 años para interponer la demanda desde el día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño.

Se tiene entonces que, en el presente asunto la responsabilidad atribuida a la demandada, recae en la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Salazar Cifuentes, sufrida por el deterioro de su salud mientras se encontraba privado de libertad. Disminución que fue establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá el 3 de abril de 2014.

Del análisis que se hace del dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez⁷, se advierte lo siguiente:

“Paciente de 40 años de edad con antecedentes de nefrolitiasis crónica, en el 2008 aproximadamente, recibió manejo con nefrolitotomía percutánea derecha y colocación de doble J. En julio de 2011, presenta pielonefritis aguda, nefrolitiasis izquierda, hidronefrosis bilateral, secundario a la cual se agudiza la insuficiencia renal crónica. Nefrología el 27 de julio de 2011, indica manejo de hemodiálisis. Cursa con infecciones urinarias a repetición. Es hospitalizado nuevamente en octubre de 2011, por infección urinaria con germen multirresistente, recibió manejo antibiótico y el 16 de enero de 2012, se realiza nefrectomía izquierda. Como complicación cursa con sepsis abdominal, manejo presentar síndrome del estado de conciencia, secundario a encefalopatía de origen hipertensivo y urémica, recibe

⁷ Folio 37 a 40

manejo médico con difícil control de cifras tensionales, evoluciona con mejoría clínica y resolución de encefalopatía.

En la valoración realizada por la Junta Regional, se encuentra paciente que ingresa por sus propios medios, sin ayudas externas. TA 130/80, FC 88x, FR 20x. C/P: RsCsRs, ausculto soplo sistólico en todos los focos, con borramiento de S1, grado IV/VI. Catéter en subclavia derecha. Esfera mental preservada. No alteraciones músculoesqueléticas.

Se califica la pérdida de capacidad laboral de insuficiencia renal crónica estadio 5, de origen obstructivo e hipertensión arterial, origen enfermedad común, con fecha de estructuración el 27 de julio de 2011, fecha en la cual se inicia manejo con hemodiálisis".

De lo anterior, se extrae que la pérdida de la capacidad laboral del demandante, deviene de las distintas afecciones padecidas, por lo que fue atendido por las especialidades *nefrología y urología*, así mismo, se advierte que fue atendido por diferentes instituciones hospitalarias para los periodos comprendidos entre el año 2011 a 2013.

En lo que respecta a la figura de caducidad el Despacho encuentra el H. Consejo de Estado⁸ ha precisado:

En el caso concreto, desde el momento del incidente la parte actora tuvo conocimiento de la supuesta falla en que se incurrió y que le causó un daño; en ese sentido, la determinación de las secuelas solo evidencia la magnitud final del daño, sin que se pueda dejar en suspenso el conteo del término de la caducidad de manera indefinida hasta conocer el estado concluyente de sus lesiones⁹.

Sobre este punto, la Sección Tercera de esta Corporación, ha sostenido¹⁰:

"Sin perjuicio de lo anterior, bajo circunstancias especiales es posible que el cómputo del término en mención varíe. En efecto, teniendo en cuenta que la acción de reparación directa pretende el resarcimiento o indemnización de un daño, en los eventos en que dicho daño no se genera o no se hace visible de manera concomitante con el hecho, la actuación u la omisión que lo produjo, el lapso para presentar la demanda no se puede contabilizar a partir del señalado acontecimiento dañino, en tanto que para ese momento, a la víctima no se le habría generado o no tendría conocimiento el menoscabo cuya resarcimiento le interesaría demandar.

"Debido a lo anterior, esta Corporación ha sostenido que en dichos casos, la contabilización del tiempo para la configuración del fenómeno procesal de la caducidad inicia para quien se encuentra llamado a acudir a la jurisdicción, desde el momento en el que ha debido tener consciencia del daño o, en otras palabras, a partir del instante en que éste se le hubiera hecho advertible¹¹, lo cual se debe precisar que es una circunstancia subjetiva que en ocasiones no es posible verificar, de manera que en cada caso se debe dilucidar la fecha en que es evidente que el afectado tuvo que haberse percatado del mismo, puesto que en forma diáfana existan

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 6 de febrero de 2020, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00450-01(54329)

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 29 de enero de 2014, expediente 34283, C.P.: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 13 de diciembre de 2017, expediente 43385, C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹¹ [15] "Como el derecho a reclamar la reparación del daño sólo surge a partir del momento en que este se produce, resulta razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho dañino, solamente deba contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, "pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria." (nota n.º 5, de la sentencia en cita: "En este sentido se pronunció la Sala en providencia del 7 de septiembre de 2000, exp. 13126"). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de febrero de 2010, exp. 54001-23-31-000-1992-07531-01(17631), C.P. (e) Mauricio Fajardo Gómez. Por su parte, revisar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, exp. 13001-23-31-000-1994-09850-01(17815), C.P. Mauricio Fajardo Gómez".

razones que justifiquen su conocimiento posterior o tardío¹².

"De otro lado, se ha determinado que cuando el daño es continuado o de tracto sucesivo, el conteo del término de caducidad de la acción de reparación directa comienza una vez éste ha cesado, a menos de que el afectado lo hubiera conocido tiempo después, evento en el cual aplica la regla mencionada sobre el conocimiento posterior del daño¹³.

"En este punto, cabe agregar que se debe diferenciar el daño continuado o de tracto sucesivo, del hecho dañoso y de los daños de naturaleza inmediata que se agrava o cuyos efectos o perjuicios se prolongan en el tiempo, comoquiera que en estos casos, el menoscabo se concreta ipso facto en un momento determinado, y es a partir del hecho dañoso que lo causa o desde que se conoció el daño -se reitera, en los eventos de que el afectado no lo hubiera podido advertir al momento en que se produjo el hecho dañoso-, que el término de caducidad debe empezar a computarse¹⁴.

"De esta manera, conviene resaltar que no deben confundirse los daños continuados con los hechos dañosos que se extienden temporalmente, de modo que la excepción a la regla de la caducidad prevista para aquéllos no le resulta aplicable a éstos (...)".

Igualmente, la Sentencia de Unificación 659 de 2015 proferida por la Honorable Corte Constitucional concluyó que, la regla del término de 2 años para analizar la caducidad para el medio de control de reparación directa no es absoluta, puesto que admite excepciones basadas en el reconocimiento de situaciones particulares del caso, como son:

"i) Ante la duda sobre el inicio del término de caducidad, la corporación judicial está obligado a interpretar las ambigüedades y vacíos de la ley en concordancia con los principios superiores del ordenamiento, entre ellos, los de garantía del acceso a la justicia y reparación integral de la víctima.

ii) El momento en que las víctimas adquieren información relevante sobre la posible participación de agentes del Estado en la causación de los hechos dañosos.

iii) La oportunidad en que se conozca el daño, porque hay eventos en los cuales el perjuicio se manifiesta en un momento posterior.

iv) La fecha en el cual se configura o consolida el daño, porque en algunos casos la ocurrencia del hecho, la omisión u operación administrativa no coinciden con la consolidación del daño o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo.

v) Frente a conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos."

¹² [16] "Frente a estos supuestos la Sala aclara, como lo ha hecho en otras oportunidades, que el término de caducidad opera por ministerio de la ley, y no puede depender de la voluntad de los interesados para ejercer las acciones sometidas a dicho término (nota n.º 9 del auto en cita: "Ver, entre otras, la sentencia del 24 de abril de 2008. C. P. Myriam Guerrero de Escobar. Radicación No. 16.699. Actor: Gilberto Torres Bahamón"), razón por la cual, en los casos en que el conocimiento del hecho dañoso por parte del interesado es posterior a su acaecimiento, debe revisarse en cada situación que el interesado tenga motivos razonablemente fundados para no haber conocido el hecho en un momento anterior pues, si no existen tales motivos, no hay lugar a aplicación de los criterios que ha establecido la sala para el cómputo del término de caducidad en casos especiales". Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, auto del 9 de febrero de 2011, exp. 54001-23-31-000-2008-0301-01 (38271), C.P. Danilo Rojas Betancourth".

¹³ [17] "Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de julio de 2007, exp. 25000-23-26-000-2004-01514-01(31135), C.P. Enrique Gil Botero. Igualmente, revisar: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 10 de diciembre de 2009, exp. 50001-23-31-000-2008-00045-01(35528), C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Ver igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera-Sala Plena, auto del 9 de febrero de 2011, exp. 54001-23-31-000-2008-0301-01 (38271), C.P. Danilo Rojas Betancourth; sentencia del 28 de febrero de 2011, exp. 73001-23-31-000-1999-00098-01(18287), C.P. Danilo Rojas Betancourth".

¹⁴ [18] "En lo que tiene que ver con los daños de tracto sucesivo, de naturaleza inmediata y su diferenciación con la continuidad de sus efectos, perjuicios y agravación del daño, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2007, exp. 25000-23-27-000-2001-00029-01(AG), C.P. Enrique Gil Botero".

No obstante lo anterior, en el caso bajo estudio no se configura ninguna de las excepciones antes citadas para decir que la víctima directa debe recibir un trato diferente en la aplicación de lo prescrito en el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA, pues si bien la demanda pretende el reconocimiento de perjuicios con ocasión a la disminución laboral sufrida por el señor Gustavo Salazar Cifuentes, también lo es que, que la valoración realizada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, determinó el alcance de las patologías sufridas por el demandante, en esa medida y en los términos de la jurisprudencia trascrita, el hecho dañoso lo constituyen las afecciones sufridas mientras se encontraba privado de la libertad, de las cuales tuvo conocimiento una vez acaecidas cada una de ellas.

En ese orden de ideas, para este Despacho, lo que originó el daño fueron las afecciones padecidas durante el tiempo en el que estuvo privado de la libertad, que no eran imposible de conocer para el señor Gustavo Salazar Cifuentes, pues tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, debe diferenciarse *"la certeza del daño y la magnitud del mismo ya que la legitimación para accionar surge de la primera, siendo posible en el curso del proceso establezca la segunda"*¹⁵, en consecuencia, se debe tener que el término de caducidad empezó a correr a partir de la causación de cada una de las lesiones padecidas por el actor.

Por consiguiente y, una vez revisada tanto la historia clínica se advierte que para el año 2011, al señor Gustavo Salazar Cifuentes le fue diagnosticado enfermedad renal crónica requiriendo de la práctica de hemodiálisis.

67

TC 343021-0
CC 1653162-2

H EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
HOSPITAL OCCIDENTE DE KENNEDY
III NIVEL

NOTA: GUSTAVO SALAZAR
NOMBRE: 2011-02-15-16
Nº: 1653162-2 D=20

RI. DIAGNÓSTICO
ENFERMEDAD RENAL
CRÓNICA ESTADIO 5

REQUIERE HEMODIÁLISIS
VECES POR SEMANA
3 A 4

Dr. Mauricio Illata Martínez
Médico, nefrología
R.M. 74373024

Por su parte, en la valoración efectuada por la Junta Regional de Invalidez, se observa que, entre otras cosas, se indicó:

"HISTORIA CLÍNICA"

19/07/2011: Ecografía renal y de vías urinarias. Concepto: Cambios de nefropatía crónica. Hidronefrosis bilateral grado II, nefrolitiasis izquierda.

27/09/2011: Urología: el día de hoy valorado nuevamente por nefrología quienes deciden inicio de terapia de reemplazo renal, están a espera de autorización de EPS para implante de carácter e inicio de hemodiálisis. Plan: continuar manejo por nefrología. Por urología se cierra interconsulta y se complementaran estudios y manejo por consulta externa".

Ahora bien, se advierte que, en la contradicción del dictamen, en cuanto al conocimiento de las patologías sufridas por parte del señor Gustavo Salazar Cifuentes, se indicó:

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de agosto de 2011, Ponente Hernán Andrade Rincón.

Preguntado: Del estudio de dichas historias clínicas podría usted indicarnos cuando se configuró o cuando se confirmó el diagnóstico de insuficiencia renal. Interrogado: El diagnóstico de insuficiencia renal confirmado esta desde julio del 2011, de insuficiencia renal ya con hemodiálisis, se anotaba el antecedente de la nefrolitiasis de aproximadamente desde el 2008, pero pues finalmente es como haciendo la conjetura de lo que se registraba en la historia clínica, pero realmente fecha de la insuficiencia renal confirmada 2011 julio.

Conforme a lo anterior, se tiene que la valoración más reciente del señor Gustavo Salazar Cifuentes ocurrió en el mes de julio del año 2011, fecha en la cual la parte actora ya conocía las afecciones padecidas especialmente la concerniente a *enfermedad renal crónica* requiriendo de hemodiálisis, por lo tanto, la parte actora conocía plenamente la gravedad y la naturaleza de las patologías que sufría, tal y como se advierte de las pruebas anteriormente referidas.

En esa medida, resulta contrario a lo afirmado por el demandante, en el sentido que sólo hasta la fecha de notificación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se tuvo conocimiento del daño alegado, pues reitera el Despacho que, en esa oportunidad solo se efectuó la valoración del alcance de la patología sufrida mientras se encontraba recluido en el establecimiento penitenciario, porcentaje que se puso en conocimiento al momento de notificarse de dicha valoración.

Sin embargo, el Despacho precisa que, la parte actora con anterioridad a la Junta Regional de Invalidez, ya tenía conocimiento de dichas patologías por cuanto, previamente se le indicó las afecciones que padecía tal y como se advierte de la historia clínica aportada.

En consecuencia, atendiendo que el hecho dañoso lo constituye la afección anteriormente indicada se tendrá a efectos de contabilizar el término de caducidad del presente medio de control, la fecha del último diagnóstico realizado al señor Gustavo Salazar Cifuentes.

Corolario a lo anterior, se tiene que tomada la fecha del diagnóstico más actual de las lesiones del señor Gustavo Salazar Cifuentes, en el presente asunto el término de caducidad para interponer la demanda de reparación directa empezó a correr desde el mes de julio de 2011 fecha en que se dio inicio a las hemodiálisis, venciendo el término de dos años de que trata la norma, el mes de **julio de 2013**.

Si bien la solicitud de conciliación prejudicial suspende el término de caducidad desde su presentación hasta que se libre la certificación respectiva o transcurra el término máximo de 3 meses desde su radicación, en el presente asunto no se logró suspender dicho término, habida cuenta que la solicitud se radicó ante la Procuraduría General de la Nación tan solo hasta el **29 de abril de 2014**, como consta a folio 24 c. principal, es decir, cuando ya el término de caducidad del medio de control se encontraba vencido.

En consecuencia, al haberse radicado la demanda ante los Juzgados Administrativos el 4 de marzo de 2015 (f. 444 c. principal), se advierte que ha operado el fenómeno de la caducidad del medio de control.

Ahora bien, es importante precisar que si bien en el auto admisorio de 22 de enero de 2016 (fl. 495-496), se indicó que el demandante tuvo conocimiento de las afecciones sufridas durante su reclusión en la cárcel la Modelo a partir de la realización del dictamen No. 16831652 por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el día 3 de abril de 2014. No obstante, en esta oportunidad el Despacho entiende que en el asunto bajo estudio la parte actora conoció de las afecciones padecidas con anterioridad tal y como se plasmó en líneas anteriores.

Por lo expuesto, se concluye que en el caso bajo análisis no se acudió oportunamente para demandar por el medio de control de reparación directa, y en consecuencia se declarará de

oficio la caducidad del medio de control, y se negará la totalidad de las pretensiones.

Recuerda el Despacho que la oportunidad para acudir ante la administración es un requisito esencial inherente a la demanda, y que por medio de su verificación se protege la seguridad jurídica, así, el Juez de conocimiento tiene el deber de declararla de oficio, como las partes igualmente tienen ese deber de ponerla de presente o de acudir durante el tiempo prescrito por ley ante las autoridades, en ese sentido en Consejo de Estado se pronunció:

"Esta Corporación ha establecido que el derecho al acceso a la administración de justicia, conlleva el deber de un accionar oportuno, razón por la cual, la ley señala términos de caducidad para racionalizar el ejercicio del derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser ventiladas en vía judicial. A este respecto precisa la Sala que la caducidad produce la extinción del derecho a la acción por el transcurso del tiempo; de tal manera que, la demanda debe ser presentada, por razones de seguridad jurídica y de interés general, dentro del término fijado en la ley. Dicho lapso fenece inexorablemente por la inactividad de quien estando legitimado en la causa, no acciona en tiempo. Así, la caducidad representa un límite para el ejercicio del derecho de acción del ciudadano.

(...)

*La ocurrencia de la caducidad, de no observarse al momento de la admisión de la demanda, debe ser declarada en la sentencia y conllevará a la declaratoria de falta de uno de los requisitos de procedibilidad de la acción."*¹⁶

Aun en gracia discusión de considerarse que en el presente asunto no operó la caducidad, el Despacho advierte que del estudio que se hace de las pruebas no se advierte que la entidad demandada haya incurrido en la falla del servicio aludida por la parte actora.

Sobre el particular, es importante resaltar que, en la contradicción del dictamen, en relación a la atención brindada al demandante, la profesional de la medicina indicó¹⁷:

Preguntado: (...) en la historia clínica que usted observa se evidencia una serie de controles médicos, esos controles médicos están acordes con la infección o con la enfermedad que estaba padeciendo el interno, a que voy, el INPEC en este caso cumple funciones de trasladar al médico a los internos previa autorización de la EPS o en este caso Caprecom, mi pregunta es en la historia clínica se evidencia una serie de tratamientos, esos tratamientos si son acordes con la enfermedad que él estaba padeciendo: Interrogado: Si, él para sus infecciones recibió sus antibióticos, estuvo en unidad de cuidados intensivos y estuvo con sus hemodiálisis, o sea para la enfermedad de base se encuentra que recibió los medicamentos necesarios

En consecuencia, es claro que con anterioridad al ingreso del demandante al establecimiento penitenciario este padecía de afecciones que, fueron tratadas por la entidad prestadora de salud del INPEC, de igual manera no se puede desconocer que el señor Gustavo Salazar Cifuentes padece de una enfermedad base – enfermedad renal crónica- patología que causa que se originen otras afecciones.

Así las cosas, no se advierte que debido a una falla por parte de la entidad demandada se haya desmejorado el estado de salud del demandante cuando se encontraba privado de la libertad tal y como lo alude la parte actora. Por el contrario, lo que se advierte es que se prestaron los servicios médicos requeridos por el demandante conforme a las patologías padecidas.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO _ - SECCIÓN SEGUNDA; C.P: GERARDO ARENAS MONSALVE; Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016); Rad. No.: 11001-03-25-000-2012-00386-00(1493-12)

¹⁷ Pregunta realizada por el apoderado de la entidad demandada minuto: 25:05

6. Solución al problema jurídico.

Acorde con los argumentos expuestos en precedencia y de conformidad con las pruebas allegadas al plenario, se tiene que el problema jurídico planteado referente a dilucidar si el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC** debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene con ocasión de las afecciones padecidas por el señor Gustavo Salazar cuando se encontraba recluso en el establecimiento penitenciario la Modelo, debe resolverse de manera negativa, en la medida en que el medio de control incoado ante la jurisdicción contencioso administrativa se efectuó extemporáneamente, por lo que hay lugar a declarar de oficio la caducidad de la acción..

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que la parte actora hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentaron alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1 %) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

8. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR DE OFICIO la caducidad del medio de control de reparación directa invocada por el señor Edwin Alexander Rodríguez Céspedes y Otros, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones demanda negadas en el fallo.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

SEXTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00361-00
Demandante :	ERAZMO GUZMAN GUTIERREZ Y OTROS
Demandado :	NACIÓN – RAMA JUDICIAL FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 93**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ, FABIAN ERASMO GUZMAN SABOGAL, LUIS ALFONSO GUZMAN SABOGAL Y JORGE ENRIQUE GUZMAN SABOGAL** presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Rama Judicial - Fiscalía General de la Nación a efectos de que, se les declare responsables por los daños y perjuicios causados a raíz de la detención y privación de la libertad que sufrió **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, ocurrida desde el 27 de junio de 2011 hasta el 3 de octubre de 2013.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 5 a 6 y ss c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

En el escrito de demanda se adujo que, **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** fue capturado el 27 de junio de 2011, por solicitud realizada por la Fiscalía de la URI de Tunjuelito de Bogotá y ordenada por el Juzgado 16 Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, bajo el radicado 1100160001520110313300 y trasladado a la cárcel modelo de Bogotá.

Señaló que, el 29 de diciembre de 2012, el Juzgado 62 Penal Municipal de Control de Garantías llevó a cabo audiencia pública, quien a solicitud de la defensa sustituyó la medida preventiva de detención intramuros en el centro carcelario por la detención domiciliaria. El 23 de agosto de 2013 se dictó fallo absolutorio y se ordenó la libertad.

Manifestó que, el señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** y su núcleo familiar sufrieron perjuicios con ocasión a la privación injusta de la que había sido víctima, en tanto que, se vio afectado su buen nombre debido a un actuar caprichoso por parte del ente investigativo, quien de manera innecesaria, desmedida y sin el suficiente material probatorio solicitó la medida.

2.3. Contestación de la demanda.

2.3.1 Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito radicado el 30 de enero de 2017, la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones (Fol. 50 c-1).

Indicó que, en el caso bajo estudio no obraban pruebas que demostraran la arbitrariedad de la medida de aseguramiento y mucho menos el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Por lo tanto, no se configuraban los supuestos esenciales que permitieran estructurar ninguna clase de responsabilidad respecto de la Fiscalía General de la Nación.

Así mismo señaló que, dentro de la investigación adelantada en contra de **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, la entidad obró de conformidad con las funciones y competencias establecidas por el ordenamiento jurídico y pruebas obrantes en la investigación.

Propuso como excepción la denominada: *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, indicando que, bajo la Ley 906 de 2004, no mediaba intervención alguna de la Fiscalía, en el desarrollo de las actuaciones que produjeron el daño antijurídico reclamado, por cuanto dichas actuaciones recaían exclusivamente en el Juez de Garantías, correspondiéndole analizar la solicitud, las pruebas presentadas por la Fiscalía y decretar las que estimara procedentes, y de encontrarse que todo se ajustaba a derecho, decidir y decretar la medida de aseguramiento a imponer (f. 56 c. principal).

2.3.1 Rama Judicial

Mediante escrito presentado el 1 de febrero de 2017, la **Rama Judicial** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señaló que, la investigación penal se tramitó bajo la Ley 906 de 2004, según la que, el Juez con funciones de control de garantías debía velar para que en el proceso se garantizaran y protegieran los derechos constitucionales de los imputados.

Añadió que, las pruebas allegadas inicialmente por el ente instructor, llevaron a una convicción al Juez con Funciones de Control de Garantías para que infiriera que, el

demandante había participado en el delito imputado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento.

Por lo anterior aseguró que, el hecho dañoso alegado era imputable a la actuación descrita y por ende, rompía el nexo de causalidad frente a la responsabilidad atribuida a la entidad, al considerar que, la privación de la libertad se produjo por la actuación del ente investigador y la conducta desplegada por el demandante.

En esa medida concluyó que, el Juez de Garantías actuó conforme a derecho y al procedimiento que la ley facultaba para adelantar un proceso penal, demostrándose que no existía responsabilidad de la entidad, toda vez que, la medida de aseguramiento impuesta al demandante obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación y al denuncia realizada por la señora Luz Dary Rendón, el testimonio de la señora Dora Díaz y el informe sexológico y valoración practicada a la menor por parte de los médicos de la Sijin – Mebog.

Alegó el **HECHO DE UN TERCERO**, pues fue por la denuncia presentada por la señora Luz Dary Rendón, madre de la menor y presunta víctima de los actos sexuales abusivos, mediante la cual se colocó en movimiento el órgano judicial.

Alegó el eximente de responsabilidad de **FUERZA MAYOR**, con el argumento que se debió aplicar a lo dispuesto en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 que excluía de beneficios y subrogados penales a las personas imputadas de los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, disposiciones que el juez no podía desconocer.

Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 9 de marzo de 2015 (f. 15 c. principal), seguidamente, mediante auto de 4 de diciembre de 2015 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 7 de abril de 2016, se admitió la demanda (f. 36 a 37 c. principal).

El día 20 de noviembre de 2018 se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (f. 207 y ss. c. principal).

El 5 de febrero de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 233 y ss. c. principal).

2.4. Alegatos de conclusión.

2.5.1 Parte demandante

En escrito radicado el 20 de febrero de 2019, el apoderado de la parte demandante refirió que, las excepciones no podían prosperar por las siguientes razones:

- a) En cuanto al **eximente de responsabilidad hecho de un tercero** adujo que, era el juez quien estaba obligado a verificar que la privación cumpliera con los fines del Estado y la falla en el servicio se presentó cuando el juez decidió imponer la medida de privación de la libertad, pues existían medidas no privativas de la libertad.
- b) Frente a la **fuerza mayor** afirmó que, todos los ciudadanos se regían bajo el principio de presunción de inocencia, por lo tanto, el hecho de no conceder beneficios a delitos sexuales, se refería únicamente a la sentencia condenatoria.

Adicionalmente indicó que, las demandadas no realizaron el suficiente esfuerzo para determinar que la denunciante actuaba con objetividad y verdad, y por el contrario, lo que realizaron fue reforzar la versión del denunciante, privando de esta manera a la víctima directa, causándole un perjuicio patrimonial y moral. (fol. 144 c-1).

2.5.2 Nación – Rama Judicial

A través de escrito del 18 de febrero de 2019, el apoderado de la Rama Judicial solicitó que se negaran las pretensiones, por cuanto la privación no fue injusta, pues el órgano judicial actuó por la denuncia presentada por la señora Dora Inés Díaz González, quien fue testigo presencial de los hechos denunciados y por la entrevista psicológica que llevó a cabo por miembros de la SIJIN a la menor, los cuales vistos en contexto, apuntaban a la participación del señor Erasmo (f. 133 a 143 c-1).

2.5.3 Fiscalía General de la Nación

A través de escrito del 18 de febrero de 2019, el apoderado de la Fiscalía General de la Nación señaló que, al señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** se privó de la libertad porque: (i) en los eventos que se ven involucrados los derechos de un menor, la labor del Estado era adelantar las labores investigativas y cobra mayor importancia, como quiera que los infantes eran sujetos de especial protección constitucional y condición legal por su vulnerabilidad (fol. 12 c-1).

CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación – Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la privación injusta de la libertad de **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, por cuenta de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, consistente en detención preventiva en centro de reclusión y domiciliario.

Así mismo, la configuración de un eventual eximente de responsabilidad, en particular, la culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero y fuerza mayor.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2 Falta de legitimación por pasiva

La parte demandada **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** adujo la falta de legitimación por pasiva indicando que, bajo la Ley 906 de 2004, no mediaba intervención alguna de la Fiscalía en el desarrollo de las actuaciones que produjeron el daño antijurídico reclamado, por cuanto dichas actuaciones recaían exclusivamente en el Juez de Garantías, correspondiéndole analizar la solicitud, las pruebas presentadas por la Fiscalía y decretar las que estimara procedentes, y de encontrarse que todo se ajustaba a derecho, decidir y decretar la medida de aseguramiento a imponer (f. 56 y ss c. principal). el Despacho considera que no le asiste razón al demandado por las razones que se pasan a explicar:

1. Sea lo primero en indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Colombiana, la existencia de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas, se limita a la ocurrencia de un daño, que sea antijurídico y que sea imputable a un órgano del Estado, requisitos que cumple la Fiscalía General de la Nación para que le sea imputada responsabilidad, toda vez que **cumple con una función legal dentro del proceso penal, donde puede incurrir en fallas que traspasen el ámbito legal de su actuar, que conlleven a la producción de un daño antijurídico.**
2. Ahora, si bien la Fiscalía General de la Nación no limita la libertad o adopta la decisión con respecto de la medida de aseguramiento de detención preventiva de la libertad, tiene a cargo una competencia legal que lo obliga a hacer una investigación, el recaudo de las pruebas y presentar la solicitud de medida de aseguramiento, que puede llevar al convencimiento al juez para adoptar la medida de aseguramiento.
3. En otras palabras, por más de que la Fiscalía General de la Nación no ostenta la facultad de decidir sobre la imposición de medidas de aseguramiento sobre un procesado, **tiene la calidad de ente investigador y acusador, caso en el cual, las actuaciones impartidas por la entidad puede llevar a una decisión del juez, relacionada con la privación de la libertad;** e inclusive, inducir al juez, al aportar material probatorio deficiente, ocultar hechos, hipótesis en las cuales puede configurarse la responsabilidad de la entidad, porque en el ejercicio de sus funciones actúa de forma desmedida.
4. De esa manera, es claro que los todos los servidores públicos u entidad del Estado pueden llegar a ser responsables por infringir y omitir la Constitución y la Ley o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, estas últimas definidas en norma, de manera que **toda función pública en caso de producir un daño antijurídico, genera responsabilidad.**

De esa manera, al existir hechos imputados a la Fiscalía General de la Nación, como causa de la investigación realizada por la entidad dentro del proceso penal adelantado en contra del señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, se entrará a estudiar su responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación.

3.2 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado —o determinable—; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 Del daño antijurídico

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En el presente evento, la parte actora hizo consistir el mismo en la privación de la libertad de la que fue objeto el señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que, estuvo privado de la libertad

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² *Ibidem*.

desde 27 de junio de 2011³ hasta el 29 de diciembre de 2011 en centro carcelario la modelo⁴. Desde el 30 de diciembre de 2011 hasta el 3 de octubre de 2013, en detención domiciliaria (fol. 111 c-3).

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

3.2.2 De la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales

La responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales está regulado por el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que preceptúa:

*“Artículo 65.- De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.
En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”*

De acuerdo con lo dispuesto por la norma en cita, el Estado está obligado a indemnizar patrimonialmente los daños antijurídicos que se le atribuyan por tres títulos de imputación, a saber, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad.

3.2.2.1 De la Privación Injusta de la Libertad.

En relación con la privación injusta de la libertad, la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”, prescribe en su artículo 68:

“Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

3.2.2.2 Régimen de responsabilidad aplicable en casos de privación injusta de la libertad.

En casos como el que aquí se estudia, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió o *iii)* la conducta es atípica.

De igual forma, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, había ampliado la posibilidad de que se pudiera declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causaba al individuo un daño antijurídico

³ F.7 c-3

⁴ F 111 c-3

aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal *in dubio pro reo*, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si el imputado no resultaba condenado, se abriría paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encontrara en el deber jurídico de soportarlos.

3.2.2.3 El juicio autónomo sobre el dolo civil o culpa grave de la víctima.

El Estado es garante de derechos y deberes, y en tal sentido, de responsabilidades y de exigencias. Por ello, *“en el marco de la responsabilidad civil extracontractual las causales de exoneración se encuentran a cargo del Estado o pueden ser declaradas de oficio”*⁵. Esto implica que a la par con la obligación de reparar una privación injusta, se debe verificar que el pretensor haya respetado los estándares generales de conducta, que se imponen por igual a todas las personas, conforme a principios y presupuestos ineludibles para la convivencia dentro del orden constitucionalmente establecido. De esta manera, se impone una limitante a la posibilidad de que alguien saque provecho de su propia culpa y se haga indemnizar a expensas de sus actos.

Desde luego, así como no se discute que en respaldo de la presunción de inocencia, la absolución en un juicio penal es indicativa de un deber jurídico de reparar; tampoco hay resistencia en admitir que la comprobación de un actuar civilmente doloso, en los términos del art. 63 del C.C.⁶, traslada la imputación hacia el propio sujeto y exime a las autoridades que determinaron la medida privativa: esto, por cuanto, el actuar de la víctima no mengua la antijuridicidad del daño, pero sí supone un juicio de atribución diferente.

De esta manera, el estudio de la culpa y el dolo civil en asuntos de responsabilidad administrativa es independiente de las valoraciones y conclusiones a que se haya llegado en materia penal, ya que *“los efectos de la sentencia penal (...). no se transmiten respecto del estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, al margen de que ambas se hayan originado en los mismos hechos”*⁷. En esa medida, la imbatibilidad de la presunción de inocencia no constituye un emplazamiento indemnizatorio automático, ya que el juez contencioso debe asegurarse que el daño se haya materializado con total ajenidad de una conducta gravemente culposa del reclamante. El dolo civil, en cuanto categoría exonerativa, reviste el siguiente alcance:

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁶ ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata. es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. (...) El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

⁷ Exp. 42.376, op.cit.

Al respecto, la doctrina expresa que existen dos nociones concordantes sobre el dolo civil. Una establece elementos esenciales: i) que sea un acto intencional; ii) que sea reprobable, esto es, contrario al orden social, a la moral o a las buenas costumbres; iii) que sea determinante; iv) que sea realizado por uno de los contratantes y v) que sea probado por quien lo alega. La otra expresa que cualquier acto inmoral que cause daño a otro, constituye, por eso solo, aún en ausencia de norma que lo prohíba, un delito civil. Así las cosas, el dolo civil es un acto que, sin estar necesariamente opuesto a una norma expresa, si va en contra del interés general, la moral, los intereses prevalentes de sujetos de especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad⁸.

En definitiva, la responsabilidad del Estado por privación injusta no se puede afirmar ni infirmar, hasta tanto no se lleve a cabo el análisis de que trata el artículo 70 de la Ley 270 de 1996, en los términos anteriormente expuestos.

4. Caso concreto

Corresponde al Despacho establecer si en el presente evento, la Nación - Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación son administrativamente responsables por la privación de la libertad que afrontó el demandante **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** a consecuencia de la actuación penal adelantada en su contra por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, que culminó con sentencia absolutoria.

En relación con el **daño** se encuentra acreditado que, el 28 de junio de 2011, el Juzgado 16 Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá legalizó el procedimiento de la captura e impuso medida de aseguramiento en contra de **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Se probó que, el 23 de agosto de 2013 se dio lectura de fallo absolutorio y se ordenó la libertad y mediante providencia del 3 de octubre de 2013 se dictó la respectiva sentencia de fallo absolutorio a favor de **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**.

De conformidad con los hechos probados, el Despacho tiene por demostrado el daño invocado por los demandantes. Es decir, está debidamente acreditado que el señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** le fue proferida una orden de captura por los delitos de actos sexuales abusivos con menor de 14 años; hechos por lo que estuvo privado de la libertad en el centro carcelario la Modelo de Bogotá desde **27 de junio de 2011⁹ hasta el 29 de diciembre de 2011** y en detención domiciliaria desde el **30 de diciembre de 2011 hasta el 3 de octubre de 2013** como consta en la audiencia de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, acta de audiencia preliminar y solicitud de sustitución medidas de aseguramiento (fol. 111 c-23).

⁸ Exp. 42.376, op.cit.

⁹ F.7 c-3

En tratándose del **nexo causal** el Despacho advierte que, se refiere a la vinculación del daño con la actuación de la entidad demandada, observándose entonces que, la actuación penal se adelantó con la investigación penal adelantada contra de **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, que inició por la denuncia presentada por la señora Luz Dary Rendón quien adujo que, el 11 de abril su hija P.B. que contaba para el momento de los hechos con la edad de 11 años, fue objeto de actos sexuales por parte del señor Erasmo Guzmán Gutiérrez, persona que según lo informado, llevó a la menor a su cuarto so pretexto de darle dinero y allí la arrojó a la cama, se bajó la ropa interior e hizo lo propio con la menor e intentó realizar actos sexuales, pero una residente de la misma casa, esto es, la señora Dora Díaz González se dio cuenta de la situación, hizo ruido, lo que ocasionó que, el señor Erasmo se levantara y la menor pudiera huir y salir de la habitación.

Por estos hechos, la Fiscalía General de la Nación solicitó se librara orden de captura y el Juzgado 16 Penal Municipal con Función de Control de Garantías expidió orden de captura en contra de la víctima directa por los hechos investigados.

Una vez adelantado el trámite procesal correspondiente, con la anuencia de la madre, se procedió a escuchar el relato de la menor (fl. 166 c-1), si bien no obra en el plenario el medio magnético -CD que contiene la grabación en cámaras de Gesell, lo cierto es que, el psicólogo Melquis Daniel García González concluyó lo siguientes con relación a los hechos:

"(...) la menor relata lo que pasó con la persona que conoce como Erasmo Guzmán. Esta persona la llevó de la mano hasta su habitación se sacó el pene le bajó los pantalones a ella e intentó meterle el pene en su vagina, ella opuso resistencia y evitó que el señor lograra su cometido apretando las piernas y empujándolo, esta persona vive en la misma casa donde ella reside, ambos viven en calidad de arriendo (...)

Es importante tener en cuenta que de estos hechos una señora de nombre Dora se percató de los sucedido lo cual puede darle respaldo a lo relatado por ella, por otra parte en el relato de la menor dice que el señor le dio 1000 pesos, comenta que estos hechos nunca se habían presentado ni con el señor Erasmo ni con otra persona. (...)"

Por parte de este profesional en psicología, se descartó una confabulación en contra de la persona que la menor conoce como Erasmo Guzmán.

Además este profesional no observó que la menor estuviera siendo manipulada o sugestionada por un adulto.

Con relación al contenido:

El relato ofrecido por la menor tiene coherencia interna, es decir la narrativa muestra una sucesión de hechos concatenados que pueden llegar al resultado de los hechos investigados, tiene coherencia externa, o sea, es concordante con la realidad en que se mueve la menor (...)

Este profesional concluye que existe probabilidad que los hechos ocurrieron como los narra el menor

Esto sin olvidar que los conceptos que emite un perito se clasifican en técnicas de orientación de probabilidad y de certeza. En este caso se maneja la probabilidad por conceptos basado en información cualitativa.

OBSERVACION CONDUCTUAL

ANALISIS

... si es evidente e importante que la menor reciba ayuda psicológica dado las circunstancias en las que resultó víctima.

La menor fue remitida a Medicina Legal, donde se le practicó el examen médico-legal, en el cual se dejó consignado:

"(...) presenta genitales femeninos normoconfigurados sin lesiones... himen anular íntegro no elástico lo cual indica que no ha sido desflorado. Tono anal Normal, forma anal normal no hay signos de embarazo. (...)" (fol. 174 c-3).

Del informe técnico médico legal sexólogo con radicación interna 2011 C-01010106383 de los relatos de los hechos de la menor se tiene lo siguiente (fol. 175 c-3):

"(...) Ayer como a las 4 y 20 de la tarde, mi mamá salió un momentito adelantado los cuadernos porque viernes no fui a estudiar; el señor de la casa me llamó y me dijo que me iba a dar 1000 peso y yo le dije que me los diera y él comenzó llamarme y yo le decía que no porque a mi mamá no le gusta que yo entre a su cuarto y siguió llamándome y entré y me hice a los pies de la cama y le dije que me diera los 1000 y de pronto me cogió de la mano y me jaló y comenzó a bajarme los pantalones y yo lo empujaba y de pronto él me bajó los pantalones y se bajó los de él y mostró el ese (pene) y me lo quería meter en la vagina pero yo no me deje porque me daba miedo. Entonces él me cogió de la mano y me tiró en la cama y me volvió a bajar los pantalones y trató otra vez de meterme el pene y yo lo empujé y me subí los pantalones y me fui a comprar un yogur con los 1000; él no me alcanzó a hacer nada (...)"

El Juzgado 38 Penal del Circuito de Conocimiento decidió absolver al señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** de los delitos que fue objeto de acusación, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"(...) CONSIDERACIONES

Así las cosas y adentrándose en el caso que nos ocupa la atención del despacho, se debe tener en cuenta que en este tipo de hechos punibles, que la doctrina ha denominado a puerta cerrada, porque generalmente tiene ocurrencia solo entre la víctima y el victimario, tiene capital importancia la versión de la primera, pues quien mejor que la afectada por el ilícito para exponer las circunstancias de modo tiempo y lugar en que fue asaltada en su sexualidad y por ello resulta creíble, excepto que emerjan circunstancias que debiliten la fuerza suatoria" sic" de su relato.
(...)

Y en este caso, no se pudo oír el testimonio de la posible afectada, tampoco de la denunciante ni de la testigo directa, de quien se dijo observó los hechos ilegales

Tal falencia probatoria no se puede suplir con los conceptos médicos o las declaraciones de los profesionales que los emitieron, pues si bien es cierto declaró el psicólogo de la SIGIN MEBOG que entrevistó a la menor V.R y relató los supuestos hechos ocurridos el 11 de abril de 2011 con el señor Erasmo Guzmán... solo narra lo dicho por la menor y con ello emite un concepto científico.

Por tanto, lo enunciado por la médica forense y el sicólogo de la SIJIN en sus respectivos dictámenes y lo declarado por éstos en el juicio, no tiene la capacidad probatoria para sustituir el testimonio directa de la víctima o del presencial del hecho delictuoso.

Es de anotar que la menor manifestó ante el psicólogo forense que una vecina de la misma casa de nombre Dora se dio cuenta de la situación y ésta no es otra que la señor Dora Díaz, persona que según la formulación de acusación observó desde las escaleras internas de la casa del señor Guzmán Gutiérrez, los presuntos actos...y que al notar tales hechos dio aviso a la policía.

Y al respecto, es cierto que en algunos casos, sobre todo cuando se presentan hechos atentatorios contra la sexualidad de los menores, conviene no exponerlos a estos juicios para evitar la revictimización y probatoriamente ello es posible cuando acuden otras personas que presenciaron el hecho delictuosos y la información que estos puedan ofrecer sea suficiente para llegar a la convicción de la real ocurrencia de la acción ilícita. Pero en este proceso, se reitera ni la supuesta víctima y tampoco la llamada testigo directa... acudieron a la audiencia.

(...)

Por lo anterior se absolverá al señor Erasmo Guzmán Gutiérrez (...)” subraya y negrilla fuera de texto.

En reciente jurisprudencia¹⁰, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha ratificado que en casos de privación de la libertad, el hecho de que la persona sea exonerada penalmente no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por su conducta, pues previamente se tiene que examinar que el individuo no haya participado con su actuar en la materialización del daño: de ser así la entidad demandada será liberada de responsabilidad.

En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que la administración será responsable por la privación injusta de la libertad, salvo que opere la culpa grave o dolo de la víctima. En esa medida, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estipula que se entenderá probada la culpa de la víctima cuando éste haya actuado “*con culpa grave o dolo*”.

En ese orden de ideas, la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, han contribuido con su actuación en la producción del daño, da lugar a la configuración de una causal de exoneración en virtud del hecho exclusivo y determinante de la víctima¹¹.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección “B”. Sentencia proferida el 1º de agosto de 2016, al interior del proceso 2008.00263 (42376) C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 2 de mayo de 2007; exp.15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 30 de marzo de 2011, exp. 19565, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, Subsección “C”, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 19889; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 29.541, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2009; C.P. Ramiro Saavedra Becerra; exp.17.188; Sección Tercera, Subsección “C”, sentencia de 11 de julio de 2013, exp. 27.463, C.P. Enrique Gil Botero.

En esa medida, se hace necesario analizar el material probatorio allegado al plenario, a efectos de determinar la incidencia que pudo tener el actuar del señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** en la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado 16 Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá y así determinar la antijuridicidad del daño alegado por la parte actora, en los términos de la jurisprudencia transcrita.

4.1 El dolo civil de la víctima.

Como se recuerda, el actor de esta demanda reclama se le reparen los daños causados en el marco de una investigación penal que se siguió en su contra por el delito de acto sexual abusivo con una menor de edad (12 años), denunciados por la madre de la niña y ratificados en el dicho propio de la menor. Se reitera por necesario que este análisis no tiene por objeto controvertir las decisiones adoptadas en lo penal, ni la presunción de inocencia allí cristalizada, pero sí el dolo civil que excluye la responsabilidad del Estado. De esta forma, las valoraciones del Despacho son por completo autónomas e independientes y se reservan a los fines y efectos de esta jurisdicción.

En el ámbito de la responsabilidad penal el principio de presunción de inocencia tiene un peso concreto fuerte, que prevalece cuando surge la duda razonable, de ahí, que la decisión absolutoria en tales casos se hace inminente y, por lo mismo, incontrovertible en otras instancias que no sean la penal, sin embargo en el marco de la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, en aquellos casos donde está de por medio un sujeto de especial protección, que en el presente asunto es la niña (menor de edad), en cualquier escenario judicial es superior a otro derecho que se le contra ponga, porque así está dispuesto desde el ordenamiento constitucional¹².

Las cargas argumentativas que suponen la inmediata ruptura del deber de indemnizar por la constatación del dolo civil de la víctima, vienen dadas por el interés superior y prevalente de los niños/as, y en virtud de éste, por la fuerza suasoria que merecen sus declaraciones.

Estas dos consideraciones se respaldan en las siguientes premisas:

- a) El principio del interés superior del niño y las presunciones de riesgo. La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, memorando la proclama de la Declaración Universal de Derechos Humanos las Naciones Unidas conforme a la cual “la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, le impuso al Estado, entre otras, la obligación de *“asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”*¹³. Esto, por cuanto a los menores su falta

¹² Art. 44 Constitucional.

¹³ Art. 3, n° 2.

de madurez física y mental los hace vulnerables, y por ende, los cuidados se esmeran y se extreman en su favor.

- b) Las obligaciones contenidas en el art. 3 de la Convención fueron desarrolladas por la interpretación consultiva OC-17/2002¹⁴, que dispuso: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".* Se subraya y negrilla
- c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dimensionado este deber como un fin legítimo e imperioso:

"(...) El objetivo general de proteger el principio del interés superior del niño es, en sí mismo, un fin legítimo y es, además, imperioso. En relación al interés superior del niño, la Corte reitera que este principio regulador de la normativa de los derechos de las niñas y los niños se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y las niñas, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección"¹⁵. (...)"

- d) El art. 44 de la Constitución al consagrar los derechos de los niños y niñas, dispuso categóricamente **que estos prevalecerían frente a cualquier otro derecho.**
- e) En señal de reforzamiento del deber de protección, se han venido adoptando medidas de aplicación especial en el contexto de las investigaciones penales, que implican, por ejemplo, **dar credibilidad a las declaraciones de los menores, pues no de otra manera se evitaría su revictimización. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:**

"(...) La doctrina actualizada contenida en los fallos de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, coincide con los resultados de investigaciones científicas según las cuales, la mayoría de los niños poseen la capacidad moral y cognitiva de dar su testimonio en los tribunales y su dicho deber ser analizado junto con los demás medios de convicción allegados a un proceso, particularmente en los casos de abusos sexuales, en los cuales, ante los intentos de disminuir la revictimización del niño, se acude a psicólogos especialistas que ayuden al menor a expresar lo sucedido.

(...)

Los fiscales emplean un argumento circular que no conduce al esclarecimiento de la verdad de lo sucedido, que es finalmente lo que se busca en el proceso investigativo. (...). No captaron las decisiones acusadas cuáles eran las necesidades de la víctima, no privilegiaron sus intereses y le dieron a las pruebas los alcances que su arbitrio les dictó; lo que realmente hicieron fue prescindir del testimonio de la víctima menor, que debía ser valorado independientemente de que se hubiera dado por interpuestas personas, como fueron los psicólogos en este caso. Ignorar el testimonio de la menor,

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de agosto de 2002, nota 58.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atala Riffe y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas).

es igualmente incurrir en una vía de hecho por contrariar el precedente constitucional según el cual en los casos de abusos de menores, el testimonio de la víctima puede bastar como prueba de cargo.¹⁶

Así las cosas, el juzgado encuentra exponérselo siguiente:

- a) Si bien es cierto, el Juzgado 38 Penal del Circuito de Conocimiento decidió absolver al señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, lo hizo por cuanto no, se pudo oír el testimonio de la afectada, tampoco de la denunciante ni de la testigo directa, de quien se dijo observó los hechos ilegales, a lo que debe indicarse que no hay prueba que el actor hubiera explicado en forma razonable, creíble y sostenida los motivos por los cuales se encontraba en dicha situación, actuación que contribuyó a la producción del daño, de ahí que no pueda beneficiarse de su falta de colaboración con la justicia, para ahora reclamar los perjuicios derivados de su detención.
- b) Para el Despacho es claro, conforme consta en la providencia absolutoria, que en relación con **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, no logró comprobarse la comisión el delito de acceso carnal violento en contra de la menor, pues el Juzgado 38 Penal de Circuito de Conocimiento efectuó un análisis de los elementos probatorios incorporados al proceso, particularmente lo enunciado por la médico forense y el sicólogo de la SIJIN en sus respectivos dictámenes y lo declarado por éstos en el juicio, y concluyó que estos **no tuvieron la capacidad probatoria para sustituir el testimonio directo de la víctima y de la testigo presencial del hecho delictuoso**, quienes por circunstancias desconocidas no asistieron al juicio oral, no existiendo pleno convencimiento de su responsabilidad.
- c) No obstante, no quedaron desestimados otro tipo de actos que la menor refirió de manera conteste en sus declaraciones. De hecho, conforme al testimonio de la niña, cuya versión fue reiterada en 2 ocasiones, esto es ante el psicólogo de la SIJIN MEBOG y del informe técnico médico legal sexólogo con radicación interna 2011 C-01010106383 donde se relató los hechos, se tiene que ella fue sometida actos en contra de su integridad, que constituyen un agravio contra un sujeto de especial protección.

Al efecto, vale poner de presente algunos apartes del dictamen que rindió el psicólogo Melquis Daniel García González donde concluyó lo siguientes con relación a los hechos:

"(...) la menor relata lo que paso con la persona que conoce como Erasmo Guzmán. Esta persona la llevo de la mano hasta su habitación se sacó el pene le bajo los pantalones a ella e intento meterle el pene en su vagina, ella opuso resistencia y evito que el señor lograra su cometido apretando las piernas y empujándolo, esta persona vive en la misma casa donde ella reside, ambos viven en calidad de arriendo (...)

Del informe técnico médico legal sexólogo con radicación interna 2011 C-01010106383 de los relatos de los hechos de la menor se tiene lo siguiente (fol. 175 c-3):

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-078 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

"(...) Ayer como a las 4 y 20 de la tarde, mi mama salió un momentico adelantado los cuadernos porque viernes no fui a estudiar; el señor de la casa me llamo y me dijo que me iba a dar 1000 peso y yo le dije que me los diera y el comenzó llamarme y yo le decía que no porque a mi mama no le gusta que yo entre a su cuarto y siguió llamándome y entré y me hice a los pies de la cama y le dije que me diera los 1000 y de pronto me cogió de la mano y me jaló y comenzó a bajarme los pantalones y yo lo empujaba y de pronto el me bajó los pantalones y se bajó los de él y mostro el ese (pene) y me lo quería meter en la vagina pero yo no me dejé porque me daba miedo. Entonces el me cogió de la mano y me tiró en la cama y me volvió a bajar los pantalones y trato otra vez de meterme el pene y yo lo empujé y me subí los pantalones y me fui a comprar un yogur con los 1000; él no me alcanzo a hacer nada (...)"

- d) Por otro lado, recuerda el juzgado que la vinculación del demandante, **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** al proceso penal radicado No. 100160001520110313300 obedeció a la denuncia realizada por la señora Luz Dary Rendón quien adujo que, el 11 de abril su hija P.B quien contaba para el momento de los hechos con la edad de 11 años, fue objeto de actos sexuales por parte del señor **ERASMO GUZMÁN GUTIÉRREZ**.
- e) Del escrito de acusación obrante en el folio 20 del cuaderno nro. 3, se tiene lo siguiente: "(...) la señora Dora Díaz Gonzales, quien según el 11 de abril de 2001 siendo las 13:35 informó al Cai de Santa librada sobre un abuso sexual ocurrido a la menor, quien desde le segundo piso había observado que el dueño de la casa, el señor Erasmo Guzmán estaba en una habitación del primer piso, sobre un cama, encima de una niña, la cual tenía la ropa interior abajo (...)" (f. 20 c-3).
- f) Conforme lo anterior, es claro que la detención preventiva de que fue objeto el señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ** fue ocasionada por una serie de testimonios inculpatórios, pues el señalamiento del denunciante, la menor y su señora madre colocaron en movimiento la función instructora de la Fiscalía General de la Nación y conllevó a que lo acusara como presunto responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años.
- g) Lo anterior indica al Despacho que, el comportamiento desplegado por el señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, quebrantó deberes morales y de protección que como persona mayor debía observar en todo momento, enervando con su propia conducta los efectos lesivos del daño que tuvo que padecer y por el cual perdió el derecho a reclamar indemnización, por cuanto el relato del denunciante y el dictamen que rindió el psicólogo Melquis Daniel García González e informe técnico médico legal sexólogo con radicación interna 2011 C-01010106383 apuntaban que presuntamente se cometieron actos en contra de la menor, elementos suficientes para que se desplegara actividad investigativa mínima.
- h) Así, tratándose del testimonio rendido por una menor de edad en el que afirmó que fue objeto de actos por parte del señor **ERASMO GUZMAN GUTIERREZ**, la Fiscalía General de la Nacional estaba en la obligación legal y constitucional de investigar la conducta, entonces, si bien el proceso contencioso no es la sede

correspondiente para evaluar la conducta del demandante ni las decisiones de la justicia penal, no se puede desconocer la obligación de la Fiscalía de lograr la protección del interés superior de la menor por los indicios que en contra del demandante existían, más aún si se tiene en cuenta que no hay prueba que el actor hubiera explicado en forma razonable, creíble y sostenida los motivos por los cuales se encontraba en dicha situación, actuación que contribuyó a la producción del daño, de ahí que no pueda beneficiarse de su falta de colaboración con la justicia, para ahora reclamar los perjuicios derivados de su detención., tal y como se dijo en párrafos anteriores.

La Corte Constitucional ha manifestado en cuanto al testimonio de la víctima menor de edad, lo siguiente:

"Al lado de la defectuosa valoración pericial, se advierte también en este caso, que el testimonio de la víctima no se tuvo en cuenta en la providencia atacada, pese a que a lo largo de todo el proceso, la menor insistió en que por el grado de embriaguez que tenía no se acuerda de lo sucedido y que jamás prestó su consentimiento para tener relación sexual con el implicado. Reitera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente.

La sentencia T-554 de 2003 señaló que en los procesos penales donde las víctimas sean menores de edad el decreto, la valoración de las pruebas periciales y la construcción de los indicios, deben estar siempre orientados por la salvaguarda del interés superior del niño, recogido en el artículo 20 del Código del Menor y en varios tratados y declaraciones internacionales. Este principio regulador de la normativa de los derechos del menor se funda en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La sentencia T-554 de 2003 expuso, igualmente, que cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, la prueba indiciaria adquiere gran relevancia. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere suma importancia la declaración de la víctima.

Comenta la sentencia citando la doctrina española, que en España "existe una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo conforme a la cual puede bastar el testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuya vulneración frecuentemente se alega por las defensas en este tipo de delitos". En tal sentido, ese Tribunal se pronunció en sentencia del 2 de enero de 1996 sosteniendo que "es doctrina de esta Sala que el testimonio de la víctima de un delito tiene aptitud y suficiencia para enervar el principio de presunción de inocencia".

Reitera entonces la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal

*tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente*¹⁷.

- i) Así, para el Despacho el deber consagrado en el numeral 6 del artículo 250 de la Constitución relacionado con la obligación de la Fiscalía General de la Nación de *"solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito"* guarda especial relevancia cuando los sujetos de la conducta son menores de edad, quienes dada la situación de indefensión, debilidad y vulnerabilidad cuentan con una protección reforzada tanto en el ámbito nacional e internacional, en el ámbito nacional desde la obligación del Estado de brindar una protección a aquellos grupos cuya debilidad sea manifiesta y en el ámbito internacional partiendo del precepto según el cual "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" establecido en el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Bajo este entendido, en garantía de los derechos de los menores, el proceder del investigado fue el que motivó o propició la investigación y el proceso penal que se adelantó en su contra, ya que si bien el Juzgador penal concluyó que las pruebas no permitían evidenciar que se haya configurado el delito, no puede desconocer el juzgado los extraños comportamientos relatados en los testimonios y el dictamen del psicólogo, por lo que resultaba legítimo que el Estado iniciara las investigaciones pertinentes y decretara las medidas necesarias para asegurar el esclarecimiento de los hechos máxime cuando se trataba de una menor de edad, que como ya se indicó, debía tener especial protección.

3.3 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente a la materia.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-458 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

12. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO. ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

A.M.R



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	11001-33-36-036-2015-00432-00
Demandante	:	LEROY RUBIO SALDAÑA
Demandado	:	NACION - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 107**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA y otros** presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación –Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial a efectos de que, se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la detención y privación de la libertad que sufrió **LEROY RUBIO SALDAÑA**, ocurrida desde el 27 de mayo de 2013 y el 20 de octubre de 2014.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 2 - 4 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** fue vinculado al proceso penal bajo el número 2013- 80174 por el delito de receptación

Indicó que, el día 27 de mayo de 2013 fue capturado junto con otras 2 personas por el delito antes indicado. Precisó que, el día 26 de enero de 2017 el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Leticia absolvió a la víctima directa y, en consecuencia, se

dispuso cancelar las medidas adoptadas y archivar el proceso penal, decisión que cobró ejecutoria, en tanto que, ninguna de las partes recurrió la decisión.

Frente a la responsabilidad atribuida a las entidades demandadas estimó que, **LEROY RUBIO SALDAÑA** estuvo privado injustamente de su libertad, teniéndose que, el fallador de primera instancia fundamentó su decisión absolutoria en la aplicación del principio de *in dubio pro reo*, al no demostrarse la participación del demandante en el punible por lo que fue privado de la libertad, por lo que surgía la obligación de las entidades demandadas, de indemnizar a los demandantes por los perjuicios sufridos con ocasión a la privación alegada.

Manifestó que, los señores **LEROY RUBIO SALDAÑA** y su núcleo familiar sufrieron perjuicios con ocasión a la privación injusta de la que habían sido víctimas, en tanto que, vieron afectados su buen nombre debido a un actuar caprichoso por parte del ente investigativo, quien de manera innecesaria, desmedida y sin el suficiente material probatorio solicitó la medida.

2.3.Contestación de la demanda.

2.3.1 RAMA JUDICIAL

Mediante escrito radicado el 2 de octubre de 2018, la entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Señaló que, la investigación penal se tramitó bajo la Ley 906 de 2004, según la que, el Juez con funciones de control de garantías debía velar para que en el proceso se garantizaran y protegieran los derechos constitucionales de los imputados.

Añadió que, las pruebas allegadas inicialmente por el ente instructor, llevaron a una convicción al Juez con Funciones de Control de Garantías para que infiriera que, el demandante había participado en el delito imputado, lo que conllevó a la imposición de la medida de aseguramiento.

Por lo anterior aseguró que, el hecho dañoso alegado era imputable a la actuación descrita y por ende, rompía el nexo de causalidad frente a la responsabilidad atribuida a la entidad, al considerar que, la privación de la libertad se produjo por la actuación del ente investigador y la conducta desplegada por el demandante.

En esa medida concluyó que, el Juez de Garantías actuó conforme a derecho y al procedimiento que la ley facultaba para adelantar un proceso penal, demostrándose que no existía responsabilidad de la entidad, toda vez que, la medida de aseguramiento impuesta al demandante obedeció a principios de razonabilidad, proporcionalidad y ponderación.

Propuso como excepción la denominada: *Falta de legitimación en la causa por pasiva*, indicando que, bajo la Ley 906 de 2004, no mediaba intervención alguna de la Rama Judicial, en el desarrollo de las actuaciones que produjeron el daño antijurídico

reclamado, por cuanto dichas actuaciones recaían exclusivamente en la Fiscalía General, pues fue quien realizó la investigación y sustentó la medida de aseguramiento en contra de la víctima directa. (f. 70 c-principal).

Precisó que, en el presente asunto se encuentra acreditada la culpa exclusiva de la víctima, pues el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** se encontró en el lugar de los hechos y fue la causa para la imposición de la medida de aseguramiento.

2.3.2 Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito radicado el 16 de octubre de 2018, la entidad demandada presentó escrito de contestación de la demanda y por auto de 20 de febrero de 2019, el despacho lo rechazó por extemporánea. (f. 110 c-1)

Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 19 de diciembre de 2017 (fol. 46 c-1), seguidamente, mediante auto de 12 de abril de 2018 se inadmitió y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 8 de junio de 2018, se admitió la demanda (f. 60 c-1).

El día 23 de junio de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (f. 113 - 115 y ss c. principal).

El 6 de octubre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 138 y ss c. principal).

2.4. Alegatos de conclusión.

2.4.1 Parte demandante

En escrito radicado el 23 de octubre de 2019, el apoderado de la parte demandante refirió que, la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial con su actuar generaron la afectación al derecho a la libertad de **LEROY RUBIO SALDAÑA**, en tanto que, se le impuso una carga que no estaban en el deber jurídico de soportar.

Reiteró los argumentos de la demanda. Adicionalmente indicó que, con ocasión a la privación injusta de la que fue víctima el demandante, se generó perjuicios materiales e inmateriales, toda vez que, se habían alterado las condiciones de existencia del referido, atendiendo sus condiciones económicas y la de su núcleo familiar. (f. 137 y ss).

2.4.2 Rama Judicial

A través de escrito del 19 de octubre de 2019, el apoderado de la entidad reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y señaló que la privación de la libertad del señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** se basó en indicios grave, bajo los que

se basó el ente acusador y el fallo de carácter absolutorio fue en aplicación del indubio pro reo y por ello no implicaba inocencia del imputado (f 141 – 153 c-1).

III. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación – Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la privación injusta de la libertad de **LEROY RUBIO SALDAÑA**.

Así mismo, la configuración de un eventual eximente de responsabilidad, en particular, culpa exclusiva de la víctima.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2 Falta de Legitimación por Pasiva

La parte demandada **NACION – RAMA JUDICIAL** adujo la falta de legitimación por pasiva indicando que, no mediaba intervención alguna de la Rama Judicial, en el desarrollo de las actuaciones que produjeron el daño antijurídico reclamado, por cuanto dichas actuaciones recaían exclusivamente en la Fiscalía General y Policía Nacional, pues fueron quienes realizaron la investigación en conjunto y sustentaron la medida de aseguramiento en contra de la víctima directa. (f. 170 c-principal), el Despacho considera que no le asiste razón al demandado por las razones que se pasan a explicar:

1. Sea lo primero en indicar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Colombiana, la existencia de responsabilidad del Estado por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas, se limita a la ocurrencia de un daño, que sea antijurídico y que sea imputable a un órgano del Estado, requisitos que cumple la Rama Judicial para que le sea imputada responsabilidad, toda vez que **cumple con una función legal dentro del proceso penal, donde puede incurrir en fallas que traspasen el ámbito legal de su actuar, que conlleven a la producción de un daño antijurídico.**
2. Ahora, si bien la Fiscalía General de la Nación no limita la libertad o adopta la decisión con respecto de la medida de aseguramiento de detención preventiva de la libertad, tiene a cargo una competencia legal que lo obliga a hacer una investigación, el recaudo de las pruebas y presentar la solicitud de medida de aseguramiento, que puede llevar al convencimiento al juez para adoptar la medida de aseguramiento.
3. Así las cosas, bajo la Ley 600 y 906, son los funcionarios judiciales (jueces), quienes tienen bajo su instrucción el trámite de los procesos penales, de manera que en esta

última, son los que disponen sobre la imposición o no de una medida de aseguramiento, motivo por el que, participan en la actuación generadora del daño. Por su parte, la Fiscalía General de la Nación no ostenta la facultad de decidir sobre la imposición de medidas de aseguramiento sobre un procesado, **pero tiene la calidad de ente investigador y acusador, caso en el cual, las actuaciones impartidas por la entidad puede llevar a una decisión del juez, relacionada con la privación de la libertad;** e inclusive, inducir al juez, al aportar material probatorio deficiente, ocultar hechos, hipótesis en las cuales puede configurarse la responsabilidad de la entidad, porque en el ejercicio de sus funciones actúa de forma desmedida.

4. De esa manera, es claro que los todos los servidores públicos u entidad del Estado pueden llegar a ser responsables por infringir y omitir la Constitución y la Ley o extralimitarse en el ejercicio de sus funciones, estas últimas definidas en norma, de manera que **toda función pública en caso de producir un daño antijurídico, genera responsabilidad.**

De esa manera, al existir hechos imputados a la Rama Judicial como causa de su detención realizada por la entidad dentro del proceso penal adelantado en contra del señor **LEROY RUBIO SALDAÑA**, se entrará a estudiar su responsabilidad.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 Del daño antijurídico

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En el presente evento, la parte actora hizo consistir el mismo en la privación de la libertad de la que fue objeto el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA**, es así como, de la documental allegada, se encuentra acreditado que su captura fue el 27 de mayo de 2013 hasta el 21 de octubre de 2014 (fol. 133 c – 1).

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

3.2.2 De la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales

La responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales está regulado por el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que preceptúa:

*“Artículo 65.- De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.
En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad.”*

De acuerdo con lo dispuesto por la norma en cita, el Estado está obligado a indemnizar patrimonialmente los daños antijurídicos que se le atribuyan por tres títulos de imputación, a saber, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad.

3.2.2.1 De la Privación Injusta de la Libertad.

En relación con la privación injusta de la libertad, la Ley 270 de 1996 “Estatutaria de la Administración de Justicia”, prescribe en su artículo 68:

“Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

² *Ibidem*.

3.2.2.2 Régimen de responsabilidad aplicable en casos de privación injusta de la libertad.

En casos como el que aquí se estudia, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió o *iii)* la conducta es atípica.

De igual forma, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, había ampliado la posibilidad de que se pudiera declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causaba al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal *in dubio pro reo*, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si el imputado no resultaba condenado, se abría paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encontrara en el deber jurídico de soportarlos.

4. Caso concreto

Corresponde al Despacho establecer si en el presente evento, la Nación - Fiscalía General de la Nación y Rama Judicial son administrativamente responsables por la privación de la libertad que afrontó el demandante **LEROY RUBIO SALDAÑA**, a consecuencia de la actuación penal adelantada en su contra por el delito de receptación, bajo el radicado nro. 2013- 80174, que culminó con la absolución del señor tantas veces citado.

En relación con el **daño** se encuentra acreditado que, el 27 de mayo de 2013 fue capturado el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** y en audiencia concentrada llevada ante el Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías, se legalizó el registro y allanamiento y la captura, cuya decisión fue impugnada por la defensa y revocada parcialmente en segunda instancia, en cuanto declaró la ilegalidad del allanamiento practicado a la vivienda, pero se mantuvo en lo demás.

Se probó que, el 26 de enero de 2017, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Leticia absolvió al señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** (fol. 28 cuaderno principal).

De conformidad con los hechos probados, **el Despacho tiene por demostrado el daño invocado por los demandantes**. En el presente caso, la Fiscalía ordenó la detención del señor **LEROY RUBIO SALDAÑA**, quien fue privado de su libertad por el delito de receptación; hechos por lo que estuvo privado de la libertad entre el 27 de mayo de

2013 hasta el 21 de octubre de 2014 como consta en el acta derechos de capturado, acta de control de legalidad de allanamiento obrante el folio 17 del cuaderno 1 y constancia de tiempo expida por el INPEC **es decir por un lapso de 14 meses y 24 días.**

En tratándose del **nexo causal** advierte el Despacho que se refiere a la vinculación del daño con la actuación de la entidad demandada, observándose entonces que, la actuación penal se adelantó con la investigación penal adelantada contra el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA**, que inició cuando uno de los patrulleros de la Policía de Vigilancia se encontraba en el sector del barrio San Martín de Leticia y escucharon a través de la central de comunicaciones de la Policía, que habían hurtado la motocicleta de placas QGBS80A perteneciente a la señora Dolores Orozco Alvis y a través del mismo medio de comunicación, se reportó haber recibido denuncia acerca de que en la parte posterior del colegio INEM José Eustacio Riviera, se encontraban unas personas consumiendo sustancias estupefacientes.

Con base lo anterior, los agentes de policía se dirigieron al lugar colegio INEM José Eustacio Riviera, donde observaron que en una casa de madera color verde, que tenía sus puertas abiertas, había dos sujetos en su interior desbaratando una motocicleta, de las mismas características a la reportada, en tanto otro sujeto que estaba parado en la puerta les hizo señas para advertirles sobre la presencia de los policías, momento en que uno de ellos salió corriendo hacia la parte posterior de la vivienda. Una vez allí, solicitaron a uno de los sujetos poder ingresar, quien accedió a ello, pudiendo verificar que la motocicleta era la que había sido robada. Por ese motivo fueron capturados 2 personas junto con el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA**, quien había huido, por lo que se le llamó por parte de la policía para que saliera de la vivienda en la que se había refugiado, atendiendo este la orden y siendo también aprehendido.

Se indica por parte del ente investigador que en la residencia fueron halladas otras partes de motos.

Por estos hechos, se rindió informe de registro de allanamiento – FPJ – 19 donde se extrae lo siguiente:

“(…)

*Recibe llamada a la línea de emergencia 112 por parte de la ciudadanía, donde informan que en la parte posterior del colegio.... Se encontraba una persona consumiendo sustancias estupefacientes, debido a que nos encontramos cerca al colegio INEM nos dirigimos hasta este lugar, al llegar caminando... observamos a dos personas de sexo masculino quienes posteriormente se identifican como **REUBIO SALDAÑA LEROY...** y al señor **SANTOS FILO MAURICIO EMILIO**, ellos se encontraban desguazando una motocicleta con las características reportadas... a si mismo se observó a un joven a quién posteriormente se identificó como **OSPINA EDUAR ANDRES...** por lo cual nos acercamos al inmueble y el joven que se encontraba en la puerta les hizo señas aligeradamente al ver que portábamos radio de comunicaciones, por tal motivo el señor **RUBIO SALDAÑA LEROY, quien vestía un buso color verde limón y bermuda** salió corriendo del inmueble por la puerta trasera de este e ingresó a una residencia que se ubica inmediatamente posterior del inmueble registrado, sin haber ingresado los suscritos funcionarios de policía judicial a la residencia.*

(...) a lo cual los señores SANTOS FILO MAURICIO EMILIO... Y OSPINA ACUÑA EDWAR... manifiestan que el amigo de ellos que salió corriendo a la casa posterior también estaba ahí ayudando a lo que se hizo el llamado este salió de manera voluntaria del inmueble leyendo y materializando los derechos del capturado a los tres ciudadanos. (...)"

Una vez adelantado el trámite procesal correspondiente, el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito Leticia - Amazonas precisó lo siguiente:

"(...) escuchadas las intervenciones de las partes en este proceso y una vez que han sido analizados los elementos materiales, evidencia física y los informes legalmente aducidos por la Fiscalía y la Defensa, debidamente incorporados para probar su teoría del caso se infiere que no se colman los presupuestos del art 381 del C de P. Penal; es decir, que en sentir de esta judicatura no existe el conocimiento más allá de toda duda, acerca de la responsabilidad penal de los acusados, fundado en las pruebas debatidas en el juicio, pues si bien existe prueba solida acerca de que en el inmueble perteneciente al señor ELISEO SILVA RUBIO fue hallada una motocicleta marca best... vehículo que hacía pocas unas horas antes había sido hurtada... no es menos cierto que los testigos de cargo no pudieron dar fe clara y precisa acerca de que los señores LEROY RUBIO SALDAÑA... estuviesen dedicados ese día al desguazamiento del aparato, como atribuirles con probabilidad de verdad su incursión en la conducta CONVERTIR ese bien para los fines previstos en el art 447 del C. Penal.

(...)

Contra los procesados no existe ningún señalamiento anterior que hiciera presumir que actuaban en coparticipación criminal, pudiendo ser causal del hecho de encontrarse juntos. Téngase en cuenta que la casa de LEROY RUBIO SALDAÑA se ubica detrás de la casa del señor ELISEO tío de este, quien afirma que su vivienda no tiene ninguna seguridad para mantener las puertas cerradas y que su sobrina podía permanecer en su residencia.

Las tomas fotográficas allegadas por la fiscalía muestran parcialidades del predio allanado y registrado y de las zonas circundantes, pero a través de ellas no se deduce con precisión la situación exacta que el ente acusador quiso demostrar, llegándose a probar incluso que para el hallazgo de la gran mayoría de las partes de los vehículos automotores fue necesario que los agentes de policía realizaran un podaje de la hierba la maleza que los cubría y muchas de ellas fueron halladas en cercanía de otra casa adyacente a la registrada, de la cual nada estableció la policía judicial, a pesar de que fue objeto de acordonamiento en su parte exterior para la fijación de algunas de la escenas del hecho punible.

Así entonces, si bien existe prueba indiciaria para predicar de alguna manera la eventual participación de los inculcados en la actividad delictiva desplegada, y que en su momento fueron suficientes como inferencia razonable para decretar una medida de aseguramiento, también es cierto que surgen serias dudas para soportar sobre esos indicios una sentencia condenatoria... de donde se puede inferir que la Fiscalía no pudo desvirtuar la presunción de inocencia de las personas aquí vinculadas y de ahí la necesidad de que se produzca su absolución de los cargos entre ellos endilgados.(...)"

En reciente jurisprudencia³, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha ratificado que en casos de privación de la libertad, el hecho de que la persona sea

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "B". Sentencia proferida el 1º de agosto de 2016, al interior del proceso 2008.00263 (42376) C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

exonerada penalmente no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por su conducta, pues previamente se tiene que examinar que el individuo no haya participado con su actuar en la materialización del daño: de ser así la entidad demandada será liberada de responsabilidad.

En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que, la administración será responsable por la privación injusta de la libertad, salvo que opere la culpa grave o dolo de la víctima. En esa medida, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estipula que se entenderá probada la culpa de la víctima cuando éste haya actuado "*con culpa grave o dolo*".

En ese orden de ideas, la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, han contribuido con su actuación en la producción del daño, da lugar a la configuración de una causal de exoneración en virtud del hecho exclusivo y determinante de la víctima⁴.

El Despacho observa que, aunque se encuentra demostrada la existencia de un daño, este no le es imputable al Estado, en tanto su configuración obedeció a la conducta del procesado, lo que rompe el nexo causal necesario para atribuirle a la administración el deber de reparar los perjuicios causados, por las siguientes razones:

1. El artículo 63 del Código Civil gradúa la culpa civil en culpa grave, negligencia grave o culpa lata, que en materia civil equivale al dolo; culpa leve, descuido leve o descuido ligero; culpa o descuido levísimo; y dolo. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

"(...)Las voces utilizadas por la ley (art. 63 C.C.) para definir el dolo concuerdan con la noción doctrinaria que lo sitúa y destaca en cualquier pretensión de alcanzar un resultado contrario al derecho, caracterizada por la conciencia de quebrantar una obligación o de vulnerar un interés jurídico ajeno; el dolo se constituye pues, por la intención maliciosa, al paso que la culpa, según el mismo precepto y la concepción universal acerca de ella, se configura sobre la falta de diligencia o de cuidado, la imprevisión, la negligencia, la imprudencia. [...] 6.1.2. De otra parte, solo en caso de atribuirse al deudor dolo, culpa grave o culpa lata (art. 63 C.C.) este será responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. De esta manera, la norma condiciona la reparación plena a los eventos de culpa grave o de malicia del deudor, la cual debe ser acreditada por el acreedor (...)"

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Civil, la culpa grave, negligencia grave o culpa lata, es aquella que se presenta cuando una persona no maneja los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios, y que son esencialmente previsibles.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 2 de mayo de 2007, exp.15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 30 de marzo de 2011, exp. 19565, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 19889; Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 29.541, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2009; C.P. Ramiro Saavedra Becerra; exp.17.188; Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 11 de julio de 2013, exp. 27.463, C.P. Enrique Gil Botero.

3. En el presente caso, el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** fue capturado en flagrancia durante la presunta ejecución del delito de receptación, por el señalamiento directo que realizó Santos Filo Mauricio Emilio y Ospina Acuña Edwar.
4. Así, el Despacho encuentra que la aprehensión en flagrancia obedeció a la situación fáctica en la que fue encontrado, lo que dio lugar a que fuera dirigido a las autoridades judiciales para la apertura de una investigación por receptación. Lo anterior indica que, dicha captura no fue arbitraria, por cuanto se adelantó con fundamento, tanto en la afirmación que realizaron los otros dos procesados sobre la participación de **LEROY RUBIO SALDAÑA**, como de su presencia en el lugar de los hechos.
5. Lo anterior debido a que, como se demostró en el proceso penal y no fue desvirtuado, al margen de la existencia o no de la participación en el ilícito materia de investigación, al notar la presencia de la fuerza pública, el accionante huyó inicialmente del lugar de los hechos y en la casa donde se encontraba fueron halladas varias motocicletas que habían sido hurtadas. El Juzgado Primero Promiscuo del Circuito Leticia – Amazonas indicó(...), si bien existe prueba indiciaria para predicar de alguna manera la eventual participación de los inculcados en la actividad delictiva desplegada, y que en su momento fueron suficientes como inferencia razonable para decretar una medida de aseguramiento, conforme lo anterior, es claro que existieron indicios que dieron lugar al inicio la investigación penal, sin que se notara el más mínimo reparo por la conducta del aquí víctima directa de explicar, en forma razonable, creíble y sostenida los motivos por los que se encontraba en dicha situación, actuación que contribuyó a la producción del daño, de ahí que no pueda beneficiarse de su falta de colaboración con la justicia, para ahora reclamar los perjuicios derivados de su detención, tal y como se dijo en párrafos anteriores.
6. Por tanto, el daño no es imputable a la Nación, pues si bien el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito Leticia – Amazonas lo absolvió por el delito de receptación, lo determinante y exclusivo para que ocurriera la aprehensión fue la conducta omisiva del actor de colaborar con la justicia, quien salió corriendo del lugar de los hechos y al momento de su aprehensión no dijo nada de los elementos aprehendidos en la casa que era de su tío, actuación que se torna irregular y constituyó un indicio en su contra, tal y como se indicó en la sentencia en que fue absuelto, inobservando el “*cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear*”, situación que configura una conducta punible y por ende, debía ser objeto de la investigación penal.

Al respecto las pruebas aportadas al proceso penal indicaron “(...) , por tal motivo el señor **RUBIO SALDAÑA LEROY**, quien vestía un buso color verde limón y bermuda salió corriendo del inmueble por la puerta trasera de este e ingreso a una residencia que se ubica inmediatamente posterior del inmueble registrado,

sin haber ingresado los suscritos funcionarios de policía judicial a la residencia, (...) a lo cual los señores SANTOS FILO MAURICIO EMILIO... Y OSPINA ACUÑA EDWAR... manifiestan que el amigo de ellos que salió corriendo a la casa posterior también estaba ahí ayudando a lo que se hizo el llamado este salió de manera voluntaria del inmueble leyendo y materializando los derechos del capturado a los tres ciudadanos. (...)”, por lo tanto, al margen de la comisión o no del ilícito, dicho aspecto que no fue desvirtuado por el aquí demandante dentro del proceso penal, genera que su conducta sea catalogada gravemente culposa y permite exonerar de responsabilidad a la administración de justicia

Bajo este entendido, el proceder del investigado fue el que motivó o propició la investigación y el proceso penal que se adelantó en su contra, ya que si bien el Juzgador penal concluyó que las pruebas no permitían evidenciar que se haya configurado el delito, no puede desconocer el juzgado el extraño comportamientos del demandante relatados en el informe de registro de allanamiento – FPJ – 19 y la propia sentencia absolutoria, en donde indicó que “había serios indicios”, por lo que resultaba legítimo que el Estado iniciara las investigaciones pertinentes y decretara las medidas necesarias para asegurar el esclarecimiento de los hechos.

Sobre esto último, el Juzgado encuentra que si bien la indagatoria es un instrumento de defensa, razón por la cual los investigados no están obligados a declarar en contra de sí mismos o sus parientes, o, incluso, tienen derecho a guardar silencio, también es verdad que es un deber constitucional de todas las personas la colaboración con las autoridades (numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política).

Luego entonces, la colaboración debe ser efectiva y permitir que las investigaciones se encausen correctamente cuando las versiones escritas y verbales, o por cualquier medio desatienden ese deber, como sucede en el presente asunto, no queda más que concluir que ese comportamiento conlleva una desatención grave que impide que el sujeto investigado y privado de su libertad sea destinatario de una indemnización.

Adicional a lo anterior, la parte actora no probó que el funcionario que rindió el informe de registro, fuera condenado por fraude procesal o falso testimonio al alterar la realidad sobre lo consignado en relación con el actuar que asumió el señor **LEROY RUBIO SALDAÑA** al momento de realizar la captura, circunstancia que connota que al margen de que no se acreditara la comisión de la conducta ilícita que se investigó, fuera el actuar de la víctima directa que conllevara a que en su contra de adelantara la correspondiente actuación penal.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que se configura la causal de exclusión de responsabilidad de culpa de la víctima. En ese sentido, el Despacho negará las pretensiones de la demandada.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5º, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo, correspondiendo el uno punto cinco por ciento (1.5%) a cada una de las entidades demandadas.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el 3% de las pretensiones negadas, correspondiendo el uno punto cinco por ciento (1.5%) a cada una de las entidades demandadas, las cuales deberá pagar la parte actora, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

A.M.R



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0057900
Demandante	:	Javier Ernesto Montoya Galvis
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 120**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores **Javier Ernesto Montoya Galvis** (víctima directa), Irma Galvis Hernández (mamá de la víctima), Rosa Albina Cáceres Galvis (hermana), Víctor Julio Cáceres Galvis (hermano) y Sandra Milena Correa Galvis (hermana) presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de las lesiones y pérdida de capacidad laboral sufrida por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis, mientras se desempeñaba como soldado profesional.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 36-37 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que, el señor **Javier Ernesto Montoya Galvis** se vinculó voluntariamente al Ejército Nacional, desempeñándose como soldado profesional adscrito al Batallón de Combate Terrestre No. 25 – Brigada Móvil No. 22 ubicado en Peñas Coloradas - Caquetá.

Manifestó que en el mes de julio de 2013 en desarrollo de la misión táctica “JAPÓN”, llevada a cabo en jurisdicción de la vereda la Siberia, municipio de Vista Hermosa (Meta), de manera accidental activó un artefacto explosivo improvisado, sufriendo

amputación bilateral en los dos miembros inferiores.

Señaló que, con ocasión a dichas circunstancias, tuvo que recibir atención médica por diferentes especialidades, como las de ortopedia, traumatología, fisioterapia, psiquiatría, cirugía plástica, entre otras.

La parte actora indicó que, las lesiones sufridas por el Javier Ernesto Montoya Galvis se causaron por una falla en el servicio imputable a la entidad demandada, por colocarlo en estado de indefensión.

Refirió que, el mando militar encargado de planear, dirigir y ejecutar la misión no tuvo en cuenta los protocolos militares y el uso de los medios técnicos disponibles con que contaba el Ejército Nacional, como lo era el equipo EXDE.

Señaló que, el señor Javier Ernesto Montoya Galvis se encontraba desarrollando una operación militar donde existía certeza de presencia de artefactos explosivos improvisados y el mando no tomó en cuenta las precauciones ni utilizó las herramientas técnicas con que contaba el Ejército, tal como era la presencia del grupo EXDE, circunstancia que desencadenó en los hechos objeto de controversia.

Aunado a lo anterior, indicó que el día anterior a la misión táctica “JAPÓN”, se detectó un artefacto explosivo improvisado, sin embargo, el mando no dio la orden de destruirlo inmediatamente, haciendo caso omiso a lo que ordenaba la doctrina militar.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, por falta de supuesto jurídico y probatorio.

El apoderado de la entidad demandada señaló que, no existía elemento alguno que diera lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada, toda vez que, existió una materialización de riesgo propio asumido de manera voluntaria, cuando se vinculó el soldado.

Finalmente indicó que, el accidente que sufrió el señor Javier Ernesto Montoya Galvis no era imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, toda vez que, no existían elementos de convicción que sugieran el incumplimiento de una obligación constitucional o legal como presupuesto subjetivo de este título de imputación.

Propuso como excepción el **hecho de un tercero**, puesto que, conforme a lo manifestado en la demanda, el daño sufrido por la parte actora fue producido por los grupos subversivos que delinquían en la zona, quienes en aras de atemorizar a la población civil, sembraban artefactos explosivos en la zona, circunstancia que se apartaba de la responsabilidad de la entidad, al no pertenecerle el artefacto explosivo con el que resultó lesionado el demandante, razón por la que, la entidad no debía

responder por los daños antijurídicos ocasionados por terceros, máxime cuando no existía relación alguna entre el actuar del tercero y el actuar de la Entidad.

Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 12 de agosto de 2015 (f. 53 c. principal), seguidamente mediante auto proferido el 11 de mayo de 2016 se admitió la demanda (f. 58).

El 20 de febrero de 2018 se realizó la audiencia inicial, en la que se decretaron las pruebas (fl. 98 a 102).

Posteriormente, el 4 de octubre de 2016, 7 de febrero de 2019, 13 de junio de 2019, y 3 de septiembre de 2019 se llevó a cabo audiencia de pruebas (fl. 123 a 126, fl. 143 a 144, fl. 164, fl. 176 a 177).

Finalmente, el 10 de octubre de 2019 se dio por terminada la etapa probatoria (f. 172 c. principal).

1.4. Alegatos de conclusión

1.4.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 25 de octubre de 2019, el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión.

Adujo que, las lesiones sufridas por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis fueron causadas por una falla en el servicio imputable al Ejército Nacional, por cuanto lo puso en estado de indefensión, al someterlo a un riesgo superior al que normalmente debía soportar, al no hacer uso del grupo EXDE en un punto crítico.

Así mismo adujo que, el día de los hechos no había acompañamiento, ni la herramienta técnica desarrollada por el grupo EXDE, con el fin de prevenir el accidente donde salió lesionado el demandante, añadiendo que, el comandante de operación tenía pleno conocimiento que en el sitio había explosivos toda vez que los había detectado el día anterior, no obstante, se decidió posponer la destrucción de dicho artefacto para el día siguiente.

Finalmente indicó que, se constituía una falla del servicio, puesto que no se usó el grupo especializado de conformidad con los protocolos aplicables que eran obligatorios en el operativo que resultó herido el señor Javier Ernesto Montoya Galvis. Por lo tanto, la demandada no dio cumplimiento a los mismos, siendo clara su responsabilidad y en consecuencia, la correspondiente indemnización por los perjuicios causados.

1.4.2. El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 25 de octubre de 2019, el apoderado de la parte demandada, presentó escrito de alegatos de conclusión.

Adujó que, respecto al riesgo excepcional al que fue supuestamente sometido el señor Javier Ernesto Montoya Galvis, no fue excesivo respecto al riesgo al que se sometieron sus compañeros, toda vez que a cualquiera de los miembros del pelotón le hubiera ocurrido el accidente al estar en cumplimiento de sus funciones, y máxime si el demandante se vinculó de manera voluntaria, por lo tanto, estaba advertido respecto de los riesgos de alta peligrosidad derivadas de las actividades operativas que se ejercían en las fuerzas militares.

Así mismo adujo que, no logró probarse la falla en el servicio por omisión en el cumplimiento por parte del grupo EXDE y que en lo concerniente al riesgo excepcional, no encontraba acreditado que el demandante haya sufrido una ruptura de las cargas públicas.

Finalmente indicó que, debía declararse probada la prosperidad de la excepción de daño no imputable al estado – riesgo propio del servicio, y en consecuencia las demás excepciones, denegando las suplicas de la demanda.

1.3. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis cuando desarrollaba actividades propias como soldado profesional.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso, la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante por las lesiones sufridas por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis, cuando cumplía con funciones propias de su cargo.

4. Fundamentos de derecho.

Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria del servicio militar

El Consejo de Estado ha precisado que, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados en la actividad militar, debe examinarse bajo regímenes distintos atendiendo a la categoría del servicio, esto es, si el mismo ha sido prestado de manera obligatoria o voluntaria. En lo atinente a la responsabilidad por actos del servicio de personas que ingresan voluntariamente a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, ha de analizarse con base en la falla en el servicio, o en su defecto bajo el riesgo excepcional.

En sentencia del 8 de febrero de 2012, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourth, actor Neftalí Vallejo Ortega, señaló:

“ Cuando se trata de daños padecidos en actos del servicio por personas que se han vinculado voluntariamente a las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional se ha de observar si éste se causó por la configuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, o si se debió a la concreción del riesgo propio de dicha actividad. Esta distinción es de suma relevancia, por cuanto, de resultar probado los primeros supuestos se derivaría la responsabilidad en la administración, mientras que en el último no. Esta Corporación ha determinado que la configuración de la falla en el servicio y el riesgo excepcional son los títulos de imputación que se analizan cuando una persona que voluntariamente se ha incorporado a la Policía Nacional o a las Fuerzas Armadas resulta afectada, de manera excepcional, con ocasión de actos del servicio. Y sólo pueden ser estos títulos de imputación, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando “a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad”, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad (riesgo excepcional) o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo lo es “el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones”, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).

Más adelante, en la misma decisión se expuso que el daño ocasionado como consecuencia del riesgo propio que asume la persona que voluntariamente ingresa a la Fuerza Armada, no genera responsabilidad del Estado.

“La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que constituye un riesgo propio de la actividad de los agentes de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional la afectación del derecho a la vida y a la integridad personal cuando desarrollan los objetivos constitucionales para los cuales fueron instituidos y que se manifiesta con actividades como combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, de operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad, de vigilancia o patrullaje, entre otras. La vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cubre la asunción de los riesgos derivados de esta actividad. Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa,

indemnización a forfait”.

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por las lesiones padecidas por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis, el cual mientras desempeñaba sus funciones como soldado profesional del Ejército Nacional y en desarrollo de una operación táctica, pisó un artefacto explosivo – mina antipersonal. De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”¹*.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”² (Negrilla fuera del texto)*

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

-. Copia del informativo administrativo por lesión No. 006, suscrito el 17 de agosto de 2013 por el Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 25 “Héroes de Paya”, en el que se plasmó lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS: De acuerdo al informe presentado por el Señor **CP GUZMAN CAMELO GUSTAVO** Comandante del Pelotón Atenas seis, el día 17 de julio de 2013, siendo aproximadamente las 06:20 horas, durante el desarrollo de la misión Táctica JAPON en coordenadas 02°51'44" 73°40'57" en la vereda la Siberia del municipio de Vista Hermosa- Meta, durante ubicación de dispositivo de seguridad

¹ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

² Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

*para a destrucción de un Artefacto Explosivo Improvisado, el Soldado Profesional **MONTOYA GALIS JAVIER ERNESTO CM 1023878732**, ubicando su posición de seguridad es herido por un Artefacto Explosivo Improvisado tipo Trampara a la altura de las extremidades inferiores, de inmediato es atendido por el enfermero de combate quien le prestó los primeros auxilios y posteriormente evacuado y llevado al Hospital Militar de Oriente en Villavicencio- Meta”.*

-. Acta de Junta Médico Laboral No. 89741 del 21 de septiembre de 2016, en la que se le clasificó la lesión como una invalidez, declarándolo NO APTO para actividad militar, y dictaminándole una pérdida de capacidad laboral del 100% (fl. 92 – 93).

De los citados documentos, se tiene probada la existencia del daño, por lo tanto se procederá a establecer si el mismo es atribuible a la Administración.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto, el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia, si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, el Despacho advierte que, de la lectura del Informe Administrativo por Lesión No. 006, se observa que, los hechos por los que se endilga responsabilidad a la entidad demandada acaecieron el día 17 de julio de 2013, en desarrollo de la operación República, misión táctica JAPON.

Así mismo, en el informe administrativo por lesión No. 006 del agosto de 2013, en lo atinente a la imputabilidad, el citado Comandante determinó:

*“**IMPUTACIÓN:** De acuerdo al artículo 24 del decreto 1795 del 14 de septiembre de 2000 literales A, B, C y D) la lesión del soldado profesional **MONTOYA GALVIS JAVIER ERNESTO CM 1023878732** ocurrió en el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en conflicto internacional.*

Literal C' En el servicio como consecuencia del Combate o en accidente relacionado en el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento del orden público o en conflicto internacional”.

Por otra parte, se advierte que el día 03 de septiembre de 2019 y 10 de octubre de 2019, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas, en la que se recaudó el testimonio de los señores Juan Carlos Romero y Héctor Ángel Medina Ardila.

De la versión rendida por el señor Héctor Ángel Medina Ardila, quien para el momento de los hechos ejercía la función de apuntador de mortero quien fue testigo presencial de las lesiones sufridas por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis, se destaca lo siguiente:

JUEZ INTERROGA:

Preguntado: ¿Indíquenos qué vínculo tiene con el señor Javier Ernesto Montoya

Galvis? Interrogado: Compañero de trabajo. Preguntado: ¿Hace cuánto que lo conoce? Interrogado: de 2013, que entré yo, llevaba mes y medio y ahí fue donde lo distinguí. Preguntado: ¿En dónde lo distinguió? Interrogado: En el trabajo, en el Batallón en Vista Hermosa Meta. Preguntado: ¿Cómo se llamaba dicho Batallón? Interrogado: Ese era Batallón Héroes de Paya. Preguntado: ¿Qué función desempeñaba el señor Ernesto? Interrogado: Él en ese entonces era enfermero de combate. Preguntado: ¿También soldado profesional? Interrogado: Sí señor. Preguntado: ¿Y usted qué función desempeñaba en esa época? Interrogado: Apuntador de mortero. Preguntado: Nos indica usted que llevaba mes y medio? ¿Usted ingresó en qué fecha al Ejército? Interrogado: A nosotros nos dieron el alta en mayo del 2013 y salimos al respectivo permiso y de una vez nos agregaron al Batallón como tal, y yo caí pues en el Pelotón Atenas. Preguntado: ¿Cómo estaba conformado dicho pelotón? Interrogado: Eran unos oficiales y los soldados. Preguntado: ¿Recuerda quién estaba a cargo? Interrogado: Sé que era un capitán, pero en sí no recuerdo el apellido de mi capitán. Preguntado: ¿Qué otra persona recuerda que se encontraban en el pelotón? Interrogado: Sería Anaya, los compañeros con los que me tocó trabajar que sería Colina, Páez, Ibáñez, Leal, mi Cabo Henao. Son los que más recuerdo. Preguntado: ¿Sabe usted qué le pasó al Señor Javier Ernesto? Interrogado: Pisó un artefacto explosivo, un AEI. Preguntado: ¿Recuerda usted qué operativo estaban realizando? Interrogado: Estábamos en una operación, no recuerdo qué operación, pero íbamos en una operación. Preguntado: ¿Qué finalidad tenía esa operación? ¿Era algún tipo de enfrentamiento o erradicación? Interrogado: No, en sí era como un registro y control de área. Preguntado: ¿Qué recuerda usted de esos hechos? Interrogado: Yo recuerdo que ese día pasamos por la vereda La Siberia, hicimos un alto y llamaron al EXDE y él pasó hacia parte de adelante y al rato ubicamos una BPM, cuando terminamos de ubicar la BPM vamos por agua, mi capitán iba adelante por un trillito que había, vamos por el agua y él se cruza con un nylon a la altura del pecho, cuando nos dimos cuenta cae una granada que estaba trampeada, entonces nos devolvimos y esperamos la orden del comandante a ver qué pasaba o qué decía para la desubicación y la destrucción. Nos devolvimos otra vez tomamos la seguridad del EXDE que es el que iba a destruir eso cuando escuchamos el "Boom" de la explosión como tal. Preguntado: ¿Usted nos indica que montaron la BPM y fueron por agua y encontraron una granada, se devolvieron? Interrogado: La demarcamos y cuando la demarcamos nos devolvimos y así como nos devolvimos, nos volvimos otra vez para hacer la destrucción de eso. Preguntado: ¿Y quién debía hacer la destrucción de eso? Interrogado: El grupo EXDE. Preguntado: ¿Y el grupo EXDE fue a desactivar esa granada? Interrogado: A detonarla. Preguntado: ¿Y la detonaron, esa granada? Interrogado: No alcanzaron porque al instante cuando estaban haciendo el proceso en sí fue cuando sonó el artefacto que pisó. Preguntado: ¿A cuánta distancia se encontraba el lugar donde estaba la granada al lugar donde resultó lesionado el señor Javier? Interrogado: Pongámosle 80 a 100 metros más o menos. Preguntado: ¿Cuánto tiempo tardaron en encontrar la granada y devolverse? Interrogado: No, cuando la encontramos hacemos una desubicación y cuando hacemos la desubicación entonces se conforman en sí la sección completa con 16 soldados. Preguntado: ¿Cuándo la encontraron? Interrogado: Sí, y entonces nos devolvimos y armamos otra BPM en la parte de atrás, cuando la armamos entonces nos devolvimos con la seguridad del EXDE para la detonación, volvimos otra vez y cuando nos devolvimos tomamos la seguridad como tal, puntos críticos, porque era una trocha: Una seguridad para allá y otra para allá y la seguridad de frente, las tres seguridades. Preguntado: A efectos de contextualizar mejor voy a suministrarle una hojita a efectos de que nos haga un pequeño gráfico respecto de cómo estaba ubicado el lugar donde hicieron la BPM, ¿cómo era el recorrido que hicieron para recoger el agua, dónde estaba la granada que encontraron, dónde se devolvieron, ¿cómo hicieron el esquema de seguridad y dónde fue la detonación? Interrogado: Norte – sur ¿Verdad? Camino o trocha que llamamos, la Vereda Siberia, nos movemos y aquí hacemos un alto, cuando aquí hacíamos el alto llama al EXDE, y pasan adelante, y cuando pasa adelante nos dicen: "Ubiquen una BPM" entonces nos ubicamos. Preguntado: ¿O sea que cuando usted nos dice que hacen el alto es para que haga el registro el EXDE? Interrogado: Exacto, cuando hacemos nosotros el

EXDE pasa, terminaron y entonces dijeron monte en la BPM, la BPM quedó así, tercera escuadra que somos nosotros, la base de fuego y la de asalto Preguntado: ¿Cuánta área ocupa esa BPM? Interrogado: Un poquito más grande que este salón. Entre más compacto estemos mucho mejor, nos ubicamos. Aquí abajito... Preguntado: ¿Para poder hacer esa ubicación de esa BPM hay registro? Interrogado: Sí, para eso pasó el grupo EXDE, cuando ya estábamos ahí y por aquí había un caminito, aquí estaba el cañito del agua entonces llega y dice mi capitán vamos por agua y nos fuimos, el agua de la comida lógico, cuando pasa, aquí se tropieza con eso y vemos y de una reacción y todos fuimos al piso, gracias a Dios no estalló y entonces hicimos la curvita aquí donde trajimos el agua y nos desubicamos después de eso, y otra vez para atrás; cuando nos fuimos para atrás ahí se formó el grupo EXDE otra vez con la seguridad, y otra vez para adelante a venir a destruir aquí. Cuando dice se toma la seguridad que estos son los puntos críticos tomamos la seguridad. Montoya está tomando la seguridad con los compañeros y cuando escuchamos fue el Boom. Preguntado: ¿Más o menos en ese grafico en dónde? Interrogado: Aquí en la curvita. Preguntado: ¿O sea ya había sido un sitio que anteriormente había sido registrado por el EXDE? Interrogado: No. Preguntado: Usted nos dice que para montar la BPM ya había registro y según el gráfico que nos está indicando que hubo la detonación ya había un barrido por el grupo EXDE? Interrogado: No, o sea, por eso es que le hago el recuadro porque para donde estábamos, o sea exactamente vea nosotros paramos aquí y el EXDE pasó adelante y nos ubicamos aquí, mejor dicho, donde nosotros estábamos ubicados nosotros dijimos ahí ya no hay nada. Pero él se ubicó un poco más arriba y ahí fue y como era borde de camino entonces para que no lo viera. Entonces se corrió un poquito para allá porque íbamos a hacer una destrucción para que no dejara pasar gente porque esto era camino, un trucha y por acá también había la trocha. Preguntado: ¿O sea por este camino es por dónde ya habían pasado anteriormente? Interrogado: Exacto, yo había pasado, subimos y luego bajamos otra vez y subimos otra vez. Preguntado: ¿Por el mismo camino? Interrogado: Por el mismo camino. Preguntado: ¿En qué momento recuerda usted, qué horas eran cuando encontraron la granada la del nylon? Interrogado: Eso fue en las horas de la mañana, la hora exacta no sé, pero si eran como 6:30 a 7:00. Preguntado: ¿En qué momento se devolvió al mismo sitio para desactivar esa granada? Interrogado: Al otro día. Preguntado: Usted nos indica que contaba con grupo EXDE, ¿cómo estaba conformado dicho grupo? Interrogado: Estaba mi Cabo, estaba Colina, Páez, Ibáñez y Román, o sea 5. Preguntado: ¿Qué función cumplía cada uno? Interrogado: El binomio el del perro, Colina e Ibáñez creo que eran los detectoristas y Páez era el pera y cuerda, Páez... sí, sí... creo que sí. Preguntado: ¿Nos indica usted que en la actualidad es miembro de la fuerza pública? Interrogado: Sí. Preguntado: ¿Puede usted decirnos en los operativos cómo es el funcionamiento del grupo EXDE, en qué momento ellos ejercen sus funciones? Interrogado: Cuando vamos a montar una BPM. Preguntado: Cuando van a montar una BPM. Interrogado: Exacto. Preguntado: ¿Y cómo funciona o en la práctica cómo es el procedimiento? Interrogado: A nosotros nos dan unas coordenadas, un punto. Entonces nos desplazamos y antes de llegar al punto digamos 100 metros 500 metros, hacemos un alto, se toma la seguridad para la parte de atrás como siempre porque viene el trillo y el EXDE pasa adelante a revisar. Preguntado: ¿Esa revisión está sujeta a qué? Me específico, se tiene que revisar una zona en específica, o se miran los posibles puntos en los que se pueda considerar que hay mina, o se tiene que hacer un barrido del 100% del terreno, ¿cómo funciona en la práctica? Interrogado: No sé decirle, porque como uno siempre monta la seguridad, a mí siempre me ha tocado la seguridad, porque el lema de ellos es, el EXDE cuando va a trabajar montan la seguridad y ellos hacen lo que les toca, entonces no sé si el total es el 100% Preguntado: ¿En su experiencia cuál es la efectividad del grupo EXDE al localizar minas? Interrogado: ¿O sea sí sirve? Un 90%, no es 100% porque muchas veces el perro falla o muchas veces la pera y cuerda fallan también, o muchas veces el detector se descalibra y falla, hay tantos factores, que la lluvia, que mucho sol, eso daña eso. Preguntado: ¿En tema de cumplimiento o en la realización de operativos cuando se va realizando el eje de avance para llegar a las coordenadas que usted nos dice el grupo EXDE revisa todo el recorrido o solamente antes de montar la BPM como nos indicó? Interrogado: Antes de ubicar la BPM. Preguntado: ¿Sabe por qué

motivo no se realiza la revisión sobre la totalidad del recorrido? Interrogado: No tengo ni idea por qué. Preguntado: Pero bajo su apreciación, ¿por qué considera que no se hace sobre el 100% en torno a todo el recorrido? Les puede generar algún tipo de retraso o es complejo la revisión y tardo tiempo, por qué no se hace sobre el 100%? Interrogado: De pronto muchas veces por las llegadas, porque siempre manejamos más que todo la noche, entonces el perro, por ejemplo 2 de la mañana no puede ver nada, o como va a hacer el pera y cuerda para tirar, entonces muchas veces donde hacen alto ahí nos quedamos, hasta que amanece.

PARTE ACTORA PREGUNTA:

Preguntado: Señor Medina, en el relato que usted nos hace que lo describe gráficamente, nos menciona una BPM, salen a tomar el agua, el capitán se tropieza con un nylon, cae una granada, la señalan y sale. ¿Al día siguiente vuelven a hacer la operación o van a destruirla, quisiera concentrarme en esa fase, en ese segundo día, usted menciona que hicieron otra BPM más atrás y el día de la destrucción salen a hacer el operativo, salen a hacer la destrucción, usted va en ese operativo, eso es correcto? Interrogado: Sí, sí es correcto. Preguntado: Nos puede describir si es tan amable, qué vio usted en relación ese día, no el día que llegan a la primera BPM sino a la segunda, ustedes salen, usted menciona y ahí dibujó un camino. Primera pregunta: ¿Qué les enseñan a los soldados en relación con los caminos, trochas o trillos en los cursos de entrenamiento y reentrenamiento? Interrogado: Cero trochas, cero caminos, cero de todo, mejor dicho. Preguntado: Si eso es así, señor Medina, ¿ustedes por qué tomaron ese camino? Interrogado: Nosotros recibimos órdenes, nos dicen por aquí, por aquí. Preguntado: ¿Quién les dio la orden de ir por ese camino ese día? Interrogado: Mi capitán. Preguntado: Usted mencionó que salieron de la BPM de la segunda BPM al día siguiente y toman ese camino y el grupo EXDE va hacia adelante, ¿cuál era la misión en ese momento del grupo EXDE señor Medina? Interrogado: Iba ya a demarcar y a hacerlo como tal, y las fotos y todo eso para destruir. Preguntado: ¿Entre esa BPM y el avance del grupo EXDE para llegar a hacer la detonación ese camino lo revisó el grupo EXDE señor Medina? Interrogado: No señor.

JUEZ PREGUNTA

Preguntado: Era el camino que anteriormente habían tomado. Interrogado: Sí señor. Preguntado: Se trata de un camino, del mismo camino ya anteriormente, antes de montar la BPM. Interrogado: Sí, ya lo habíamos tomado, o sea nosotros por donde pasamos, volvimos y nos devolvimos y subimos. Preguntado: ¿Y se había considerado algún tipo de peligro sobre ese camino si ya lo habían atravesado dos veces? Interrogado: No, la verdad no sé, no creo.

PARTE ACTORA PREGUNTA:

Preguntado: ¿Ese tránsito que menciona su señoría que lo transitaron dos veces ese camino fue el día del accidente o fue el día anterior? Interrogado: El día anterior. Preguntado: ¿Usted sabe señor Medina en cuánto tiempo una persona puede instalar un artefacto explosivo improvisado de acuerdo a su experiencia, por favor? Interrogado: En 5 minutos ya instalan una granada trampeada, en menos. Preguntado: ¿Ese segundo día nos puede manifestar si ese camino lo revisó el grupo EXDE antes de llegar al punto donde iban a destruir? Interrogado: No señor. Preguntado: ¿No qué señor Medina? Interrogado: No, lo revisó.

JUEZ PREGUNTA

Preguntado: Para finalizar, usted nos indica que se realizaron dos BPM, sí? ¿Estaban haciendo registro y control del área, después de ese sitio en que se hizo la BPM qué tenían o hacia dónde debían seguir? Interrogado: La dirección de nosotros era hacia el tigre, por esta parte de acá, porque la otra compañía por la parte oriental, entonces nosotros íbamos por esta parte. Preguntado: ¿Al momento de, usted nos indica que

iban a realizar la detonación, se montó el esquema de seguridad que es para proteger al grupo EXDE? Interrogado: Al grupo ENDE sí señor. Preguntado: ¿La mina o la granada, esa granada, estaba sujeta a un árbol o cómo es, porque usted no indica que es un nylon a la altura del pecho, qué tipo de granada se trataba? Interrogado: Eso es una IM 26. Preguntado: ¿Pero está debajo de la tierra o está en un árbol? Interrogado: Estaba sobre la altura de un árbol, este es un palo aquí y otro pulito aquí y el nylon aquí, a la altura del pecho, estaba aquí sujeta, que cuando pasara, jalaran el nylon y eso jalaba la espoleta y explotaba. Preguntado: ¿Sobre ese sector se encontraron más minas antipersonas en tierra? Interrogado: La que pisó Preguntado: ¿Pero se encontró alguna otra mina? Interrogado: No, porque fueron fue a destruir la que estaba ya demarcada en sí. Preguntado: ¿Pero después del incidente del señor Montoya se presentó alguna otra explosión? Interrogado: No señor, explotaron eso y se explotó la de él y no fue más. Preguntado: ¿Cuáles explotaron primero? Interrogado: Primero explotó la de él porque estábamos montando la seguridad como tal, porque ellos tienen que hacer un papeleo de lo que encontraron y destruyeron, y cuando estaban ya haciendo eso fue cuando sonó el artefacto. Preguntado: ¿Y dónde él se estaba haciendo que tenía que tomar el punto de seguridad era sobre el camino o paralelo? Interrogado: Paralelo al camino. De igual manera porque él tenía que cómo dejarse ver del campesino o de la persona que viniera para decirle, un momento estamos haciendo un proceso de una destrucción de un artefacto. De igual manera, por la parte de acá también había gente.

De la versión rendida por el señor Juan Carlos Romero, quien para el momento de los hechos también se encontraba en el operativo donde se presentaron las lesiones sufridas por el señor Javier Ernesto Montoya Galvis, se destaca lo siguiente:

JUEZ PREGUNTA:

(...) Preguntado: Desde hace cuánto se desempeña como soldado profesional. Interrogado: Hace 10 años. (...) Preguntado: Sirvanos indicarnos por favor señor Romero si usted conoció al señor Javier Ernesto Montoya, en caso afirmativo, ¿dónde lo conoció, hace cuánto lo conoció? Interrogado: Yo lo conocí en la Brigada Móvil 22 en el Batallón 25, yo ya era soldado profesional cuando él llegó de soldado profesional, ahí fue donde lo conocí. Preguntado: ¿Hace cuánto? Interrogado: Yo llevo 10 años de soldado profesional, hace 8 años. Preguntado: ¿En dónde se encontraba laborando usted? Interrogado: En Vista Hermosa Meta, en el Meta. Preguntado: ¿Número de Brigada? ¿O qué Batallón era? Interrogado: La Brigada era, Brigada móvil 22, Batallón 25, "Héroes de Paya". Preguntado: ¿Él llegó allá? Interrogado: Sí él llegó allá. Preguntado: ¿Hace 8 años? Interrogado: Hace 8 años. Preguntado: ¿Qué cargos ha desempeñado el señor Montoya? Interrogado: Soldado profesional. Preguntado: ¿Tiene usted algún vínculo de jerarquía en relación al señor Javier Montoya? Interrogado: No señor. Preguntado: ¿O tuvo algún vínculo de jerarquía? Interrogado: No señor, nunca. Preguntado: ¿Quién era el superior de ustedes? Interrogado: No, el apellido no me acuerdo de ese señor, era de un grado señor Capitán. Preguntado: ¿Usted perteneció al Batallón de Combate 25? Interrogado: Sí señor. Preguntado: ¿En qué fecha? Interrogado: Del 2010 al 2017. Preguntado: ¿Actualmente dónde nos dice que está? Interrogado: Estoy en Maicao la Guajira. Preguntado: ¿Cual Batallón? Interrogado: Gabo la Militar Guajira. Preguntado: ¿Qué conoció o qué sabe respecto del señor Javier Ernesto Montoya? Interrogado: ¿De lo sucedido? Preguntado: ¿Qué sucedió? Interrogado: Bueno, de lo sucedido hicimos un desplazamiento, eso fue en el 2013, hicimos un desplazamiento de acuerdo a la marcha que ordena el capitán, donde llegamos a cambuchar a pernoctar. Preguntado: ¿En dónde estaban, en qué lugar? Interrogado: En Vista Hermosa Meta, el lugar exacto no lo sabría decir. Llegamos a cambuchar tipo 7:00 de la mañana donde llegamos pernoctamos ahí, donde al salir a revisar para el agua nos encontramos un artefacto explosivo, que el señor capitán se lo encontró él iba caminando, cuando... Preguntado: ¿Trate de recordar cómo se llamaba el capitán? Interrogado: No, no me acuerdo del señor capitán, no me acuerdo, ni del apellido.

Preguntado: ¿y quiénes estaban? Interrogado: De compañeros me acuerdo Román, Colina, Medina, Montoya, del capitán no me acuerdo, del apellido no me acuerdo exactamente, de igual manera son tantos comandantes los que están pasando, exactamente no me acuerdo del apellido del señor capitán. Preguntado: ¿Recuerda qué operación estaba desarrollando? Interrogado: No señor, en ese tiempo estábamos haciendo control territorial, no había nada, no me acuerdo de operación, cuando fuimos a buscar el agua nos encontramos con el artefacto explosivo. Preguntado: ¿Quiénes fueron a buscar el agua? Interrogado: Puntero, el capitán, en este caso mi persona, fuimos a buscar el agua, en el trayecto de ir a buscar el agua ahí fue cuando el capitán se encontró con el artefacto explosivo, que era una granada trampeada, con un guindo nylon de pescar, al encontrándosela, se enredó con el guindo, se lo llevó con los pies, pero esa granada ya había sido colocada aproximadamente un mes, de acuerdo a las lluvias, ya se había oxidado la aguja que le habían colocado para la percusión para que activara. De acuerdo a eso marcamos la granada con unos bejucos donde no sé si el capitán reportó la granada, creo que la reportó porque cuando nos dio la orden dijo que toca caminar, hacer un movimiento de unos 800 metros porque nos dieron la orden de no detonar la granada, ahí fue cuando hicimos el movimiento, le dieron la orden al señor capitán que la detonaran al siguiente día. Preguntado: ¿Quién le dio la orden? Interrogado: Su mando, no sé mi Coronel con quien estaría, mi mayor no sé, de igual manera esos son sus reportes allá del comandante, la orden que le dieron me imagino que fue esa, porque a nosotros nos dijo nos toca hacer un movimiento de 800 metros una desubicación, no podemos quedarnos acá. Preguntado: Pero ¿cómo le consta a usted que le dieron la orden? Interrogado: Bueno, en lo que nos dio, en la información que nos dio él, dijo hay que movernos no podemos detonar la granada hoy, mañana nos dieron la orden, le dieron la orden que la podía detonar al siguiente día, no podía ser al instante o ese mismo día, nos desubicamos al siguiente día, al regresar ahí fue con pasó lo sucedido de Montoya. Preguntado: ¿Qué sucedió? Interrogado: Ahí fue cuando al regresar llegamos a detonar el artefacto explosivo, tomamos seguridad por una trocha, donde habíamos llegado a pernotar, había una trocha, al tomar la seguridad ahí fue cuando Javier Montoya perdió sus piernas. Preguntado: ¿Usted nos indica que se estaban movilizándolo a las 7:00 de la mañana fue? Interrogado: 7:00 a 8:00 de la mañana aproximadamente. Preguntado: ¿De ahí a dónde se dirigieron? Interrogado: Íbamos a detonar el artefacto explosivo. Preguntado: Antes de que lo encontraran. Interrogado: Llegamos al sitio lo encontramos, hicimos un desplazamiento de 800 metros. Preguntado: ¿Para qué? Interrogado: Para desubicarnos del lugar donde había sido encontrado el artefacto explosivo, de ahí al otro día. Preguntado: ¿A qué horas? Interrogado: A las 7 de la mañana nos devolvimos a detonar el artefacto. Preguntado: ¿Se devolvieron por el mismo sitio? Interrogado: No, ya hicimos otro movimiento, pero tomamos la trocha. Al llegar a donde teníamos que detonar el artefacto explosivo ahí tomamos seguridad, ahí Javier Montoya fue cuando como a un metro de la trocha fue cuando quedó con las piernas mochas. Preguntado: ¿Y en ese sitio se activó alguna otra mina? Interrogado: No señor, solamente una. Preguntado: ¿Y desactivaron la mina? Interrogado: Sí, después de lo sucedido, ya pasó lo de Javier Montoya, entró el vuelo, después de que entró el vuelo, hicimos la detonación y regresamos al área. Preguntado: ¿Quién desactivó la mina? Interrogado: El grupo EXDE. Preguntado: ¿Cómo estaba conformado ese grupo? Interrogado: Ese estaba conformado por un señor Cabo Tercero y cuatro soldados profesionales. Preguntado: ¿Usted pertenecía a ese grupo? Interrogado: No señor. Preguntado: ¿El señor Montoya? Interrogado: No, él era enfermero de combate. Preguntado: ¿El capitán, era el mismo capitán del grupo EXDE? Interrogado: El capitán era el comandante de la compañía. Preguntado: ¿y el mismo comandante del grupo EXDE? Interrogado: No, bueno sí, él era comandante de compañía y comandante de escuadras, o sea que sí también, porque ahí el comandante del grupo EXDE que es el señor Cabo Tercero y el señor Capitán. Preguntado: ¿Cuándo detectaron la mina por primera vez, qué actuaciones, se realizó por parte del grupo EXDE? Interrogado: La verdad al llegar tomamos la posición en donde cambuchamos, pero la verdad no se registró la parte del agua, que es la parte del agua... Preguntado: No, pero la mina, la mina como tal. ¿Por qué no la desactivaron ese día ustedes iban con el grupo EXDE? Interrogado: Ah no, ese día la

verdad no sé porque no la desactivaron, lo que sí sé es que la orden se la dieron al capitán. Preguntado: ¿Pero la pregunta es concreta, cuando llegaron al sitio la primera vez cuando iban por el agua, iban con el grupo EXDE? Interrogado: No, ya el grupo EXDE ya había hecho su registro ahí, más el registro a la parte del agua no habían hecho. Preguntado: ¿Vuelvo y le reitero, encontraron la mina, ahí no solicitaron que el grupo EXDE hiciera presencia? Interrogado: No. Preguntado: Por qué motivo? Interrogado: No sabría decirle. Preguntado: ¿Estaban con ustedes ahí el grupo EXDE? Interrogado: El grupo EXDE estaba en ese momento en el pelotón. Preguntado: Ustedes cambiaron de posición. Interrogado: Cambiamos de posición, sí señor. Preguntado: ¿Cuándo cambiaron de posición iban con el grupo EXDE? Interrogado: Sí señor. Preguntado: ¿Esa noche, toda la noche tenían grupo EXDE? Interrogado: Sí señor. Preguntado: ¿Y al día siguiente que se regresaron, venían con el grupo EXDE? Interrogado: Con el grupo EXDE, el encargado de hacer la detonación. Preguntado: ¿Ya se le había informado la ubicación de la mina al grupo EXDE? Interrogado: Ya la tenían ubicada, ya la habían marcado con unos bejucos. Preguntado: ¿Cuando regresan cómo fue o cómo iba el orden de avanzada? Interrogado: Iba la primera escuadra que es la que puntea, segunda escuadra y la tercera escuadra. Preguntado: ¿Y el grupo EXDE dónde iba? Interrogado: En la tercera escuadra, donde llegamos al punto donde había el artefacto explosivo, antes de llegar hicimos alto y ahí fue donde mandaron la seguridad, y el grupo EXDE era el encargado de detonar la mina, en la vaina de la seguridad fue cuando Montoya pisó la mina, no era la misma que habíamos encontrado. Preguntado: Voy a concederle una hoja en blanco a efectos de que nos haga un croquis o un bosquejo de la ubicación y más o menos cómo estaba el sector donde estaba la mina que encontraron, el lugar por donde venían avanzando, el lugar al que llegaron y acamparon esa noche y el lugar por donde se regresaron. Interrogado: Bueno acá aparece la BPM, esta es la BPM a donde llegamos a permutar ese día, en esa BPM pasaba una trocha, en la BPM había la trocha donde bajamos al agua, acá fue donde encontramos el artefacto explosivo, acá era el punto del agua, donde nos dieron la orden de no pernotar ahí, nos alejamos de la BPM, a los 800 metros, nos regresamos quedamos en una parte, de ahí hicimos el desplazamiento al mismo punto, pero ya hicimos este desplazamiento, acá ya fue donde Montoya quedó sin piernas. Preguntado: De donde la BPM, al punto del agua, ¿qué era, el agua era un río, una laguna? Interrogado: No, un cañito. Preguntado: ¿Y cuánta distancia había de ahí al punto del agua? Interrogado: De aquí a la BPM al punto del agua había como 100 metros aproximadamente, ciento algo de metros. Preguntado: ¿Y del otro punto a donde tenían que llegar desde donde usted no dibuja esa mina? Interrogado: De este punto había unos 100 metros. Preguntado: Y la seguridad, ¿cómo se ordenó realizar los puntos de seguridad? Colóquelos con unas equis o dibujándolos personitas, ¿cómo se hizo la distribución de los puntos de seguridad? Interrogado: En este caso, por ejemplo, solamente dibujo, por ejemplo, acá era el del EXDE, esos eran los encargados de hacer la detonación. Preguntado: ¿Cuántos eran? Interrogado: Del equipo EXDE, 5. Preguntado: ¿Qué instrumentos llevaban o cómo estaba compuesto el grupo EXDE? Interrogado: El grupo EXDE llevaba lo que es, su detector de metales, su gancho y cuerda, su guía canino, su comandante de equipo. Preguntado: ¿Cuántos era en total las tres escuadras, cuántas personas sumaban más o menos? Interrogado: 30 personas aproximadamente. Preguntado: ¿Y las 30 personas se encontraban haciendo seguridad? Interrogado: No, las 30 personas no, en este caso, llegamos, hasta este punto, ahí nos quedamos, unos tomaron la posición de seguridad y el otro personal quedó donde habían quedado los cambuchaderos. Preguntado: ¿Los cambuchaderos donde habían quedado más o menos? Interrogado: En esta parte más o menos a 800 metros. Preguntado: Usted nos dice, nos informó ahorita que ustedes hicieron el regreso para desactivar la mina por otro camino no por la trocha por la que hicieron el avance. Interrogado: Ese día hicimos el avance al llegar acá, pero no nos metimos por la misma trocha. Preguntado: ¿Por dónde se metieron? Interrogado: Hicimos el desplazamiento ya por este sitio. Preguntado: ¿Y al momento de realizar ese desplazamiento iban con el grupo EXDE? Interrogado: Sí claro. Preguntado: ¿Y cómo iban revisando? Interrogado: No, no hicimos revisión del grupo EXDE, solamente llegaban hasta el punto, hacían la detonación, y de ahí de la detonación ya nos regresábamos al punto.

Preguntado: Usted nos dice que no se hizo revisión. Interrogado: No, no se hizo revisión al llegar ahí. Preguntado: ¿El perro no va revisando cuando ustedes van avanzando? Interrogado: No, cuando vamos avanzando no, si hay un punto estratégico que tengan referenciado, mandan a revisar, pero todo el tiempo no, no revisan. Preguntado: ¿La zona por la que se devolvieron cómo era? Interrogado: Bueno, esto ya era bosque, ya era selva, solamente en este lugar, era la trocha donde pasaba una trocha, este fue el desplazamiento que hicimos. Preguntado: ¿Sobre la trocha hicieron revisión? Interrogado: Sobre la trocha, no, la verdad no sabría decirle, la verdad nosotros cuando pasó eso ese día, llegamos aproximadamente como de 5km mandaron el alto, hicimos el alto, no sé, la verdad no sé, hasta ahí no sé si revisarían o no. Preguntado: Usted nos indica que iba con su capitán y el puntero a recoger agua? Interrogado: Sí, iba un equipo de 4, 5 personas. 4 aproximadamente incluido el capitán. Preguntado: ¿El que observa la mina es el capitán? Interrogado: El que observa la mina es el señor capitán. Preguntado: ¿Cuando se llega a esa mina dónde estaba el grupo EXDE? Interrogado: No entendí. Preguntado: cuando iban hacia el agua y vieron la mina, ¿dónde estaba el grupo EXDE en ese momento? Interrogado: En los cambuchaderos ya. Preguntado: ¿Ya habían avanzado? Interrogado: Ya habían escambuchado, Preguntado: ¿Dónde estaban cambuchando? Interrogado: En este sector, cambuchamos en este sector al bajar al agua fue cuando encontramos el artefacto. Al encontrar a ese artefacto fue cuando dieron la orden que teníamos que regresarnos 800 metros, no sé si dieron la orden o no, porque no la detonamos ese día, al siguiente día era la orden de detonarla. Nos regresamos a 1 km para el otro día hacer la detonación, ahí fue cuando hicimos el regreso, pero cuando encontramos el agua no mandamos EXDE, no revisamos, nada. Preguntado: ¿Usted indica que estaban a 100 metros, a 100 metros alcanza a tener ustedes contacto? Interrogado: No... Preguntado: O por radio? Interrogado: De la BPM a 100 metros, no. Solamente revisaron el sector me imagino, no sé si lo revisaron o no lo revisaron. Preguntado: ¿Desconoce usted si revisaron ese sector una vez se informó que encontraron una mina? Interrogado: No, ese sector. Preguntado: ¿Por eso, usted nos dice que el EXDE estaba acampando, ustedes estaban abajo, ustedes ahí informaron a los que estaban cambuchando que encontraron la mina? Interrogado: Si claro, cuando encontramos la mina cuando bajamos por el agua, claro enseguida dieron la orden que habían encontrado un artefacto explosivo que no se podían meter por ese sector, que no podían bajar por el agua. Preguntado: ¿Pero usted sabe si el grupo EXDE hizo revisión de la zona, mientras iban por el agua? Interrogado: No, la verdad no sabría decir. Siempre que pasa el EXDE, siempre nos dejan a 100 200 metros y el EXDE es el encargado de revisar, siempre el EXDE toma su tiempo allá para revisar, más uno no sabe. Preguntado: ¿No le consta a usted que el grupo EXDE, cuando ustedes avisaron, los 100 metros no alcanzan a tener contacto con eso? Interrogado: No sé si revisó o no revisó exactamente. Preguntado: ¿Desconoce usted eso? Interrogado: Desconozco.

PARTE ACTORA PREGUNTA:

*Preguntado: ¿Señor Romero, usted manifiesta que usted iba en el equipo que encontró el AEI, el artefacto explosivo improvisado, el señor Juez le pregunta si a usted le consta si el grupo EXDE vino y revisó ese sector? **EL JUEZ INTERVIENE: No, no, no. El Despacho, el Despacho no hizo esa pregunta, la apreciación donde se realizó dónde estaban cambuchando es lo que manifestó el testigo y lo que el Despacho aclaró. Preguntado: ¿Si usted estaba en el punto donde se encuentra el artefacto explosivo improvisado, puede informarnos si ese punto fue revisado por el grupo EXDE que usted manifiesta se encontraba en la BPM? Interrogado: No, la verdad no sabría exactamente si revisaron o no revisaron, desconozco ahí si revisaron o no revisaron. Preguntado: ¿Señor Romero en ese dibujo nos puede usted delimitar, o nos puede ilustrar al Despacho si el punto del agua y los puntos de los centinelas y la zona de cambucha ero hacen parte de la BPM, podría usted delimitar la BPM en todo su conjunto? Interrogado: En este caso si pasaría a hacer la BPM el punto del agua, y los centinelas quedaría así de la BMP, tres centinelas, un centinela por cada escuadra. Preguntado: ¿Nos puede por favor lo que usted a dibujado como camino ponerle la*

palabra camino, si ha dibujado algún camino, por favor? Interrogado: Acá por la BPM coloqué la trocha, hacia el agua era ya selva, monte, bosque. Entonces al bajar fue cuando encontramos, pero como pues en ese caso el agua era el punto crítico, por eso aprovecharon ahí la... que teníamos que ubicar el agua para poder pernotar acá en la BPM, teníamos que ubicar el agua, o sea que nos tocó obligado nos tocaba bajar a este punto al agua. Preguntado: ¿Usted manifiesta que ese artefacto explosivo lo encontraron el día anterior, el señor Juez le manifestó al inicio que el accidente se había presentado si mal no estoy el 17 de julio de 2013, es decir ustedes encontraron el artefacto el 16 de julio, es correcto? Interrogado: El día anterior, sí señor. Preguntado: Usted manifiesta que ese día no destruyeron el artefacto explosivo, el día que lo encuentran no destruyen el artefacto explosivo. (...)

Preguntado: ¿A esa nueva BPM, se hizo revisión con el grupo EXDE señor Romero? Interrogado: Sí señor, acá a donde llegamos a la BPM, se hizo revisión, ahí se hizo revisión. Preguntado: Al día siguiente salen ustedes con el objetivo de destruir el artefacto explosivo improvisado acompañados del grupo EXDE, ese grupo revisó las posiciones de centinela que se había determinado el capitán o superior jerárquico Interrogado: No señor. Preguntado: ¿Señor Romero de acuerdo a su experiencia como soldado profesional, es normal que encuentren un artefacto explosivo improvisado y no lo exploten el día que lo encuentran? Interrogado: Me repite la pregunta. Preguntado: ¿De acuerdo a su experiencia como soldado profesional, es normal que encuentren un artefacto explosivo improvisado y no lo detonen en el mismo instante que lo encuentran, señor Romero? Interrogado: Bueno, en ese caso hay veces que dan la orden por ejemplo, lo encuentran en la tarde, no lo pueden destruir porque después de las 6 de la tarde el grupo EXDE no puede trabajar ni antes de las 5 de la mañana tampoco, o sea puede ser que si se pueda. Preguntado: ¿A qué horas del día anterior encontraron la mina trampeada o artefacto explosivo improvisado Señor Romero? Interrogado: Aproximadamente a las 7 de la mañana. Preguntado: ¿Aproximadamente a qué hora salen para el operativo donde van a destruir el artefacto explosivo que habían encontrado? Interrogado: A las 7, 8 de la mañana al día siguiente. Preguntado: ¿Señor soldado Romero, nos podría indicar cómo era el terreno, o el punto donde cae el soldado Montoya Galvis, herido? Interrogado: En ese caso era selvático, él se ubicó a una parte del camino, de la trocha donde habíamos pernotado, en este lugar donde hicimos el desplazamiento llegamos a detonar este artefacto, en esta parte de la trocha Montoya llegamos a ubicar la seguridad, Montoya cayó tomando la seguridad, no sé a qué distancia cayó Montoya como a unos 5 metros de este camino acá, 5 o 4 metros ahí.

JUEZ PREGUNTA

Preguntado: ¿Nos puede precisar, si cuando llegaron a hacer el primer punto para cambuchar antes de encontrar la mina, cuando llegaron al sitio no se realizó inspección del grupo EXDE? Interrogado: La verdad, desconozco si pasaron el EXDE o no, siempre que pasa el EXDE uno toma la distancia 200 metros, 100 metros 250 metros para que el EXDE revise, la verdad desconozco si el grupo EXDE revisó o no revisó. Preguntado: ¿Antes de llegar a la BPM? Interrogado: Antes de llegar a la BPM. Preguntado: ¿Y ya cuando están instalados y empiezan a hacer el procedimiento de marcha para el otro lado, usted nos indica si en ese traslado hubo revisión del grupo EXDE? Interrogado: No, en este desplazamiento que hicimos acá no tomamos la trocha, ya solamente hicimos acá por selva acá llegamos a cambuchar selva y acá el otro día nos devolvimos por selva. Preguntado: Quién da la orden de que se revise por parte del grupo EXDE, el grupo EXDE tiene que revisar el 100% del terreno por donde van caminando o solo cuando se avizora la presencia o se requiere la revisión porque se considera que puede haber artefactos explosivos? Interrogado: No, solamente cuando se considera que hay artefactos explosivos o cuando en el caso llegamos a permutar en la BPM, en ese caso, pero en desplazamiento no se hace revisión. Preguntado: Quién determina si se debe revisar esa zona, ¿quién da esa orden, ¿quién determina eso? Interrogado: Bueno, esa orden la da el comandante del EXDE y el comandante del pelotón compañía, la persona a quien esté en ese momento

a cargo del pelotón. Preguntado: ¿Recuerda usted quienes era los miembros del grupo EXDE? Interrogado: Sí claro. Preguntado: ¿Nos puede recordar sus nombres por favor? Interrogado: Era el señor Cabo Tercero, el cabo no recuerdo, de los soldados sí, era el soldado profesional Colina, el soldado profesional Ibáñez, el soldado profesional Román, y el soldado profesional Páez. Preguntado: ¿Recuerda usted si en ese operativo se encontraron más artefactos explosivos, aparte del que usted nos mencionó? Interrogado: No, solamente el que detonamos el día del accidente de Montoya. Preguntado: ¿En ese accidente se vio lesionado alguna otra persona? Interrogado: No señor.(...)”.

A partir de las pruebas relacionadas anteriormente, puede inferirse que las lesiones sufridas por el soldado profesional Javier Montoya Galvis, se produjeron el 17 de julio de 2013, mientras se encontraba en servicio activo, en desarrollo de la Misión Táctica “JAPON en la vereda la Siberia del municipio de Vista hermosa del departamento del Meta, y en cumplimiento de una orden impartida el soldado profesional se desplazaba y accidentalmente activó una mina antipersonal causándole amputación bilateral de los miembros inferiores.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad del Estado en caso de daños sufridos por soldados profesionales, el Consejo de Estado ha precisado³:

“Ahora bien, tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de Policía, entre otros, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado de forma constante y reiterada ha considerado que, en principio, no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización a fort fait a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación, y solo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando se hubieren producido por falla del servicio, o cuando se hubiere sometido al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial, evento en el cual hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, por la creación del riesgo. En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)”⁴.

El Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado en eventos en los cuales se ha acreditado el hecho de haber sometido a los miembros de la Fuerza Pública a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar, como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que en relación con los agentes de la Policía, militares u otros miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, “el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado”⁵ y no frente a los demás ciudadanos ajenos a dichas

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, sentencia 14 de marzo de 2018, Exp. 41543.

⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 19.158, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, exp. 28.022, y 7 de octubre de 2015, exp. 34.677, ambas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

⁵ En sentencia del 14 de julio de 2005, exp. 15.544, M.P. Ruth Stella Correa, se dijo: “Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cubre a todos los integrantes por igual. Sólo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de

actividades. Por tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, la asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado debe responder por los daños que estos puedan llegar a sufrir.

A contrario sensu, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, se ha considerado que el régimen bajo el cual ha de resolverse su situación es diferente, toda vez que su relación con el servicio no es voluntaria y se aplica, de forma preferente, el régimen objetivo de responsabilidad.

Mientras que a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los soldados profesionales o suboficiales de las fuerzas militares, agentes de policía o detectives del hoy extinto DAS, el régimen preferente es de falla del servicio⁶.

Conforme al lineamiento jurisprudencial que antecede es claro que, en relación con los agentes de policía, militares u otros miembros que hacen parte de la seguridad del Estado, será procedente el reconocimiento de una reparación siempre y cuando el daño aludido se hubiese producido por una falla del servicio o cuando se haya sometido al funcionario a un riesgo excepcional, el cual no estaba en obligación de afrontar.

En relación a los cargos endilgados por el apoderado de la parte demandante, el Despacho advierte que, en el presente asunto, la falla en el servicio se constituyó por:

- a) Colocar a la víctima directa en estado de indefensión al someterlo a un riesgo superior al que normalmente debía soportar⁷, al no disponer del acompañamiento del grupo EXDE
- b) El mando militar encargado de dirigir y planear la misión no tuvo en cuenta los protocolos militares contenidos en la directiva transitoria No. 0054 de 2012 y el uso adecuado de los medios técnicos disponibles con que cuentan el Ejército Nacional como lo es el equipo EXDE, toda vez que, donde se encontraba desarrollando la operación militar había certeza de presencia de artefactos explosivos improvisados, más aun si se tiene en cuenta que el día anterior se detectó un artefacto explosivo improvisado y el mando no dio la orden de destruirlo inmediatamente como lo ordenaba la doctrina militar.

Así las cosas, la falla en el servicio consiste en las presuntas omisiones en que se incurrieron en el desarrollo de una misión, en la que a juicio de la parte demandante no se adelantaron las respectivas labores de registro e inspección de elementos explosivos, por parte de grupos especializados, como lo es el grupo EXDE.

igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado. En tratándose del riesgo a perder la vida o a sufrir lesiones personales, no puede predicarse igualdad entre cualquier asociado y quien pertenece a las fuerzas armadas del Estado. La vinculación a esas instituciones de suyo implica la asunción del riesgo, diferente a aquel que se presenta frente al asociado común".

⁶ Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, del 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586 M.P. Enrique Gil Botero, así como las sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, Exp. 28.022, 7 de octubre de 2015, Exp. 34.677, y la proferida el 12 de febrero de 2015, entre otras, todas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

⁷ Hecho 8 de la demanda.

Atendiendo los cargos aludidos por la parte demandante, el Despacho analizará los protocolos presuntamente infringidos por la entidad demandada.

De la documental que reposa en el expediente se observa que, se allegaron diferentes directivas y manuales relacionadas con el uso y empleo de los equipos EXDE (fól. 103 C-1):

- *Directiva transitoria No. 0070 de 2009*
- *Directiva transitoria No. 0054 de 2012*
- *Manual EJC 3-93-1*
- *Manual EJC 3-56*
- *Manual EJC 3-217*

Ahora bien, en la Directiva transitoria No. 0054 de 2012, se emitieron diferentes órdenes e instrucciones en lo atinente al entrenamiento de los equipos EXDE, de la que podemos extraer lo siguiente:

“MISIÓN DEL EQUIPO EXDE

Los equipos de explosivos y demoliciones (EXDE) desarrollan tareas de movilidad y contra movilidad en apoyo a unidades de maniobra para el desarrollo de las operaciones militares irregulares.

(...)

ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES

Los equipos de explosivos y demoliciones deben estar organizados a:

01 Comandante de equipo, suboficial de grado cabo tercero o cabo segundo con curso de explosivos avalado por Escuela de Ingenieros o Batallón de Ingenieros

02 Operadores de detector de metales, Soldado profesional con curso de explosivos avalado por Escuela de Ingenieros o Batallón de Ingenieros.

01 Operador de ECAEX, Soldado profesional con curso de explosivos avalado por Escuela de Ingenieros o Batallón de Ingenieros.

01 Binomio Canino, soldado profesional con curso de Guía canino y ejemplar canino entrenado en detección de sustancias explosivas avalados por Escuela de Ingenieros Militares.

FUNCIONES DE LOS INTEGRANTES DEL EQUIPO EXDE

COMANDANTE DE EQUIPO

- *Asesora al comandante de unidad para la toma de decisiones.*
- *Destruye las minas y los A.E.I encontrados de acuerdo al protocolo.*
- *Responde por la seguridad de integridad del personal bajo su mando.*
- *Imparte órdenes claras y supervisa a cada uno de los integrantes del equipo cuando estos ejecuten un procedimiento.*
- *Supervisa el mantenimiento y buen uso del material técnico y de explosivos a cargo.*
- *Distribuye el material técnico y de explosivos de forma equitativa*
- *Transporta el kit de desminado incluyendo los detonadores.*

OPERADOR DEL DETECTOR DE METALES

- *Registra con su equipo todas aquellas áreas sospechosas.*
- *Marca todas las alarmas recibidas por el equipo e informa al comandante.*

- Efectúa mantenimiento de primer escalón.
- Solicita a su Comandante el suministro de baterías requeridas para el uso del equipo, teniendo en cuenta las baterías de reserva.
- Antes de salir a cumplir la misión deben asegurarse que el detector funcione correctamente y si presenta fallas debe informar inmediatamente al comandante.
- Releva al operador del ECAEX cuando la situación lo amerite.
- Apoya con el transporte del material de explosivos.

OPERADOR DE ECAEX

- Realiza el lanzamiento de la pera y cuerda para despejar áreas.
- De acuerdo al protocolo mueve objetos a distancia empleando el Equipo Contra Artefactos Explosivos (ECAEX).
- Abre sendas con empleo del cordón detonante lanzado en forma manual.
- Releva al operador del detector de metales cuando la situación lo amerite.
- Apoya con el transporte del material de explosivos.

GUÍA CANINO

- Informa al comandante sobre la ubicación del artefacto explosivo o la mina.
- Es el encargado de mantener entrenado el ejemplar canino para la búsqueda de sustancias explosivas.
- Verifica diariamente el estado de salud y de ánimo del ejemplar canino, si encuentra alguna anomalía debe informarla al comandante del Equipo.

De igual manera, del manual de empleo de los equipos EXDE en operaciones irregulares denominado EJC 3-217 se extrae lo siguiente:

OBJETIVO

Este manual busca brindar todas las herramientas que le van a permitir a los comandantes en los diferentes niveles del mando exigir y velar porque se cumpla el empleo adecuado de los Equipos de Explosivos y Demoliciones en el área de operaciones. Teniendo presente que las normas y procedimientos aquí establecidos pueden variar en la medida en que los grupos terroristas incrementen nuevos métodos para la instalación de todo tipo de artefactos explosivos. Los comandantes de los equipos EXDE saben que tienen que adoptar todas las ayudas aquí establecidas de acuerdo a la situación que se presente, aprovechando las habilidades y destrezas de su equipo para contrarrestar eficientemente la amenaza establecida y negarle de esta forma éxitos al enemigo.

1.1 ¿QUÉ SON LOS EQUIPOS DE EXPLOSIVOS Y DEMOLICIONES?

Los equipos EXDE son unidades especiales entrenadas y capacitadas para la búsqueda, localización y destrucción de artefactos explosivos en el área de operaciones. Además, asesoran a los comandantes de las unidades de maniobra en la toma de decisiones para el procedimiento a seguir cuando se encuentren en una zona minada instalada por los grupos Narcoterroristas.

2.2 EMPLEO DE LOS EQUIPOS EXDE EN LAS OPERACIONES Y MANIOBRAS DEL COMBATE IRREGULAR

Con el fin de dar un correcto empleo a los equipos Exde en el desarrollo de las diferentes operaciones y maniobras del combate irregular se hace necesario que los comandantes en todos los niveles tengan en cuenta las capacidades de estos equipos para utilizarlos en las diferentes tareas que se desarrollan durante la ejecución de las operaciones y

maniobras del combate irregular. A continuación se describe el propósito de cada operación y maniobra en las que se pueden emplear los equipos Exde y se relaciona una serie de tareas que estos pueden cumplir.

2.2.1. OPERACIONES

- **Operaciones de Control territorial:** Se busca proteger en forma permanente la población civil, sus bienes y los recursos del estado en un área determinada, teniendo en cuenta que los métodos a emplearse son a través de la ocupación, el registro, el control militar de área y el desminado.

Operaciones de seguridad y defensa de la fuerza: Se busca garantizar la defensa de un área determinada incluyendo tropas, información y recursos del estado; se realiza mediante los métodos de defensa de área, defensa móvil y repliegue.

- **Operaciones de acción ofensiva:** Se busca derrotar al enemigo decisivamente, en cuanto a su estructura armada, su infraestructura económica y las áreas de acumulación estratégica, se realiza mediante los métodos de ataques planeados y combates de encuentro.

Las tareas que pueden cumplir los equipos Exde en el desarrollo de estas operaciones son:

- a. Registrar puntos críticos para dar movilidad a la unidad de maniobra.
- b. Instalación de sistemas protectivos

"(...) 7.6 MEDIDAS DE SEGURIDAD CON ARTEFACTOS EXPLOSIVOS

LO QUE SE DEBE HACER AL ENCUENTRO CON A.E.I.

A. Se suspende inmediatamente todo tipo de actividad al encontrar el A.E.I. y si la patrulla está en movimiento o quieta se procede de acuerdo a los driles de reacción como lo indica el capítulo IV de este manual.

B. Siempre antes de desplazarse por senderos, caminos, trochas o carreteras realice inteligencia de combate y ejecute un reconocimiento sobre el PICC de la unidad teniendo en cuenta los informes de patrullaje.

C. Siempre antes de ocupar partes altas, matas de monte, sitios para acampar realice un registro del sector en un radio de seguridad de acuerdo a criterio del comandante.

D. Siempre antes de llegar a chozas, casas, ranchos abandonados instale observatorios, buscando indicios que nos lleven a determinar la localización de A.E.I.

E. Deje siempre en manos de expertos los procedimientos de búsqueda y destrucción de A.E.I. F. Controle siempre la disciplina de sus hombres cuando se encuentren en un área con presencia de A.E.I. G. Cerciórese siempre de que sus hombres estén seguros al encontrar el A.E.I.(...)" subrayo fuera de texto

4.7 DESTRUCCIÓN DEL ARTEFACTO EXPLOSIVO

Teniendo en cuenta que los equipos EXDE utilizaron todos los medios disponibles para la búsqueda y localización de los artefactos explosivos, se hace necesario proceder a la destrucción. Para lo cual el comandante del equipo EXDE debe tener en cuenta que los grupos terroristas vienen utilizando artefactos explosivos tipo camándula que se encuentran conectados entre sí y en muchas ocasiones las áreas establecidas como de seguridad al momento de la destrucción han resultado minadas, provocando lesiones a nuestro personal y en ocasiones la muerte. Es muy importante establecer si estamos al inicio de la zona minada, en el centro o al final con el fin de colocar el personal en un

área segura y de la misma manera garantizar la seguridad del equipo.

El comandante del equipo EXDE es el encargado de realizar la destrucción del artefacto explosivo, para lo cual cuenta con los siguientes métodos: a. Destrucción con carga dirigida b. Destrucción con contracarga c. Destrucción con cargas improvisadas.
(Subrayado fuera del texto)

Así mismo, del manual de búsqueda y destrucción de artefactos explosivos improvisados denominado Manual EJC 3-56 se extrae lo siguiente

"(...) 28. ENCUENTRO CON UN CAMPO MINADO O ARTEFACTO EXPLOSIVO

a. Unidad en movimiento sin presión enemiga.

Al detectar el área minada la unidad debe:

El puntero al detectar algún elemento el cual tenga características de un artefacto explosivo improvisado hace alto, toma posición de seguridad y alerta la patrulla.

- Se pasa la voz hombre por hombre alertando sobre el posible campo minado y deja una señal visible cerca del artefacto.

- De ser posible dibuje el elemento.

- No toque o mueva elementos del terreno, trate de localizar un sistema de iniciación o de disparo.

- Una vez alertado el personal se debe retroceder por equipos de Combate por el mismo camino y pisadas, mínimo unos doscientos metros.

- Luego de estar en un área segura Informe al comandante de la unidad dando las coordenadas exactas de posible ubicación.

- Realice un registro visual a los alrededores verificando matas de monte, ramas de los árboles y barrancos.

- Realice un registro perimétrico de los alrededores donde se encuentre el posible campo minado, haciendo registro por fuego en aquellos puntos críticos.

- Apague todos los sistemas de comunicación que posea el personal de la patrulla (radios, celulares y posicionadores). - La patrulla debe observar disciplina y evitar la bulla cerca al área minada.

- Si la situación lo permite se solicita y espera el apoyo de los Equipos EXDE aplique los procedimientos para este caso sin olvidar que éste tiene limitaciones de acuerdo al criterio y análisis de la situación por parte del comandante se

puede pedir un reconocimiento aéreo para desvirtuar que se trate de un área preparada o el inicio de una maniobra de atracción enemiga. (...)”

De la directiva transitoria 0070 de 2009 normas para el empleo de los equipos de explosivos y demoliciones (EXDE) y funcionamiento de los centros de investigación de minas y artefactos explosivos improvisados (CINAME) se extrae lo siguiente

“(...) INSTRUCCIONES DE COORDINACIÓN

15. Al detectar una mina o AEI, durante las misiones tácticas deben ser destruidas y no desactivados, la misión debe ser abortada y replanteada posteriormente.

16. Se prohíbe destruir minas y AEI, después de las 16:00 horas. (...)”

Del estudio que se hace de las pruebas aportadas, el Despacho observa que obra documental que refiere “ESTIMACION DE AREAS PELIGROSAS Y MINADAS POR MUNICIPIO (2011- 2020), en el municipio de vista hermosa en el Departamento del Meta, también es que no advierte que obre documental que dé cuenta de la integración de información y análisis concerniente a la referida misión, sin que se cuente con las características del área de operaciones y organización de los grupos guerrilleros que hacían presencia en la zona objeto de los hechos.

No obstante lo anterior, el Despacho infiere que, el objeto era realizar operaciones con el fin de combatir los diferentes grupos insurgentes que delinquían en diferentes municipios del departamento del Meta, aplicando diferentes métodos de ataque y en cumplimiento de los manuales de seguridad con el fin de garantizar el orden y seguridad a la población civil.

Para el Despacho es claro que, las diferentes operaciones adelantadas por el Ejército Nacional, se encuentran enmarcadas bajo el cumplimiento de una serie de manuales, cuyo objeto es el de garantizar la eficacia en el desarrollo de cada una de las maniobras desplegadas, con el fin de proteger y salvaguardar la integridad de cada uno de los miembros de dicha institución.

Así mismo, el Despacho advierte que debido a los diferentes mecanismos de ataque instituidos por los diferentes grupos subversivos, entre estos, el uso indiscriminado de explosivos en las diferentes áreas de operaciones, especialmente en zonas rurales, se han visto afectados tanto la población civil como los miembros de la fuerza pública, lo que ha conllevado a la creación de herramientas que permitan apoyar a las diferentes unidades en la búsqueda, localización y destrucción de artefactos explosivos.

Por lo tanto, conforme al material probatorio allegado es claro que, grupos como el EXDE, tienen como misión apoyar las diferentes unidades militares en el desarrollo de operaciones y maniobras del combate irregular.

Por lo que, descendiendo al caso objeto de análisis, una vez realizado un registro de la zona y al no detectarse la presencia de algún tipo de dispositivo por parte del grupo EXDE, el pelotón se detuvo e instaló la Base de Patrulla Móvil. Es importante precisar

que, de acuerdo a la declaración rendida por el señor Juan Carlos Romero, en el desarrollo de la misión llegaron a pernotar y al momento de ir por agua salieron sin el grupo EXDE y el capitán al caminar por la vía se enredó con una cuerda de nylon de pescar, la cual no se activó con la granada, por cuanto la aguja percutora se había oxidado, razón por la que la demarcaron con unos “bejucos”, y se dio la orden de detonarla al día siguiente.

Se adujo que, cambiaron de posición junto con el grupo EXDE y al día siguiente al momento de regresar a detonar el artefacto explosivo tomaron seguridad de la trocha junto con el grupo EXDE y ahí fue cuando Javier Montoya activó la mina, la que no era la misma que habían encontrado el día anterior y al momento de preguntársele si se devolvieron por el mismo sitio contestó: “ (...) No, ya hicimos otro movimiento, pero tomamos la trocha. Al llegar a donde teníamos que detonar el artefacto explosivo ahí tomamos seguridad, ahí Javier Montoya fue cuando como a un metro de la trocha fue cuando quedó con las piernas mochas (...)”. Finalmente indicó que después de lo sucedido, el señor Javier Montoya fue evacuado del área y la mina fue desactivada fue por el grupo EXDE.

De la declaración rendida por Héctor Ángel Medina Ardila, en el desarrollo de la misión indicó que, cuando iban por la Vereda Siberia realizaron un alto, llamaron al grupo EXDE y más adelante ubicaron una Base de Patrulla Móvil – BPM, una vez se ubicaron, se dirigieron por agua, el capitán iba por un “trillo” y se cruzó con un nylon a la altura del pecho, cayó una granada, se devolvieron y esperaron la orden del comandante a ver qué pasaba o qué decía para la desubicación y la destrucción.

Una vez se devolvieron, armaron otra BPM y avanzaron con la seguridad del EXDE para la detonación, tomaron la seguridad de puntos críticos porque era una trocha y pusieron las tres seguridades, cuando adujo sobre la toma de la seguridad de los puntos críticos indicó: “ (...) Cuando dice se toma la seguridad que estos son los puntos críticos tomamos la seguridad, Montoya está tomando la seguridad con los compañeros y cuando escuchamos fue el Boom, (...)”

Si bien es cierto, la parte actora alegó una falla en el servicio por: (i) colocar a la víctima directa en estado de indefensión al someterlo a un riesgo superior al que normalmente debía soportar⁸, al no disponer del acompañamiento del grupo EXDE y (ii) por no tener en cuenta los protocolos militares contenidos en la directiva transitoria No. 0054 de 2012, toda vez que donde se encontraba desarrollando la operación militar había certeza de presencia de artefactos explosivos improvisados, más aun si se tiene en cuenta que el día anterior se detectó un artefacto explosivo improvisado y el mando no dio la orden de destruirlo inmediatamente como lo ordena la doctrina militar, también es que las declaraciones antes descritas y el informe administrativo por lesiones, el Despacho no encuentra ninguna omisión tal y como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante, por las siguientes razones:

1. No se encuentra acreditado que la entidad no hubiese actuado conforme a los

⁸ Hecho 8 de la demanda.

protocolos o normas que regían la operación, puesto que si bien el capitán de la compañía al momento de ir por el agua no desactivó la mina fue porque dieron la orden de desactivarla al siguiente día y porque al momento de ir por el agua salieron sin el grupo EXDE, es decir actuó conforme al manual de búsqueda y destrucción de artefactos explosivos improvisados denominado Manual EJC 3-56, donde se indicaba que al detectar el área minada, sin presión enemiga y si la situación lo permitía, se debía esperar el apoyo de los equipos EXDE, quien también podía solicitar un reconocimiento aéreo para desvirtuar que se trate de un área preparada o el inicio de una maniobra de atracción enemiga, y en este caso se realizó un cambio de ubicación para poder controlar el terreno para poder después desactivar la mina, lo que a juicio del Despacho no constituye una irregularidad, sino medidas de prevención para salvaguardar la integridad de la tropa.

2. Se debe tener en cuenta que se alertó al personal y se retrocedió por el mismo camino y se colocó una señal cerca al artefacto y luego de instalar una nueva Base de Patrulla Móvil, se informó al grupo EXDE dando las coordenadas exactas de posible ubicación, dando de esta manera cumplimiento al manual EJC 3-56 y manual de empleo de los equipos EXDE en operaciones irregulares denominado EJC 3-217 donde tiene como medida de seguridad "(...) Deje siempre en manos de expertos los procedimientos de búsqueda y destrucción de A.E.I. E. Controle siempre la disciplina de sus hombres cuando se encuentren en un área con presencia de A.E.I. G. Cerciórese siempre de que sus hombres estén seguros al encontrar el A.E.I.(...)" subrayo fuera de texto.
3. Se pone de presente que la víctima directa resultó lesionado, fue cuando cambiaron de posición junto con el grupo EXDE y al día siguiente al momento de regresar a detonar el artefacto explosivo, tomando seguridad de la trocha junto con el grupo EXDE y a un metro de la trocha fue que se activó la mina, es decir se detuvo donde no había necesidad de registro y tampoco obra orden que mediara alguna justificación de no haberse detenido donde ya habían tomado la seguridad de la trocha, es decir, en principio, el señor Javier Montoya se salió de la zona que había sido registrada.
4. En tal sentido, al haberse ubicado el SLP Javier Montoya en una zona donde no había sido registrada por el EXDE, no da cuenta de una posible falla en el servicio, en tanto que el grupo EXDE había asegurado la trocha y la víctima directa por decisión propia decidió alejarse un metro del área asegurada, lo cual se expuso a una posible activación de otros artefactos, pues en esta clase de procedimientos todo el personal debe encontrarse en un área segura y retirados de la zona minada, puesto que, los terroristas están dejando algunos artefactos explosivos a la vista de las tropas y están sembrando otros en los posibles puntos donde el grupo insurgente analiza que se va a proteger la tropa.
5. Si se considera que la mina se encontraba dentro de la BPM, también es cierto que no hay prueba que no se haya realizado el registro, es dable precisar que atendiendo la modalidad con la que actúan los grupos insurgentes, en múltiples ocasiones aun aplicando las técnicas que faciliten la detección de minas o como ha ocurridos en otros casos que, contando con la totalidad de integrantes que conforman el grupo

EDXE, se dificulta la localización y destrucción de artefactos explosivos y es inevitable que se causen daños en la integridad de los miembros de la fuerza pública. Por el contrario, en el presente caso, los testigos aseguraron que para montar la BPM, el área había sido registrada, de manera que, no puede considerarse que el éxito de ubicación de minas del grupo EXDE sea del 100%, y en todo caso la parte actora no acreditó que el procedimiento realizado por dicho grupo hubiese presentado alguna irregularidad.

6. Debe recordarse que en este caso, el lugar donde se encontraba ubicada la mina no constituía un paso obligado, pues así lo afirmaron los testigos, toda vez que esta no estaba sobre la trocha sino paralela a esta, sitio que no podía ser considerado como un punto crítico, y conforme al manual EJC 3-217, la línea de búsqueda de minas inicialmente se da sobre puntos críticos para dar movilidad a la unidad de maniobra.
7. Así mismo, si bien las pruebas refieren la existencia de una mina sobre el sector, pues los testigos indicaron que no fueron encontrados más artefactos explosivos de este tipo, dicho aspecto por sí solo no constituye un indicador que se tratara de un sector que fuera catalogado de altísimo riesgo por la existencia de múltiples artefactos explosivos.
8. Aunado a lo anterior, debe indicarse que, si bien la presencia del grupo EXDE o alguno de sus integrantes es importante en este tipo de operaciones, con el fin de minimizar los riesgos que se presentan al transitar por determinadas zonas, no obstante, la presencia de este grupo no contrarresta la concreción de diversos riesgos por parte de los miembros de la tropa, toda vez que, en cada desplazamiento que se realiza en cumplimiento de una orden, se encuentra inmerso un peligro respecto de la activación de distintos artefactos explosivos, contingencia que es asumida al momento del ingreso al Ejército Nacional como Soldado voluntario.

No obstante, es claro que, a pesar de contar con equipos especiales, no es posible garantizar la integridad de los miembros de los pelotones, en tanto que la detección y ubicación de campos minados es de alta complejidad, atendiendo las técnicas utilizadas por parte de los grupos al margen de la Ley.

9. De igual manera, en el caso que nos ocupa tenemos que, el señor Javier Montoya de manera voluntaria se sometió a los riesgos propios de la actividad militar, entre los que se encontraba la posibilidad de sufrir lesiones o incluso la muerte por las acciones desplegadas por grupos insurgentes, sin que se advierta que los daños padecidos por la víctima se originaron con ocasión a la falta de previsión, organización y aplicación de protocolos por parte de la institución militar.
10. En este orden de ideas, es dable afirmar que en el caso que nos ocupa no se advierte que la entidad demandada haya incurrido en algún tipo de omisión o que se haya sometido al demandante a riesgos superiores a los que normalmente debía afrontar en las actividades propias de la labor que adelantaba.

11. Lo anterior atendiendo que, no se advierte que se haya sometido al demandante a un riesgo excepcional, en tanto que, de las pruebas allegadas se advierte que no hubo una irregularidad en el desarrollo de las operaciones adelantadas, en el que pese a contar con la presencia de la totalidad del grupo EXDE, quien realizó un registro sobre la zona donde se estableció la BPM, la mina que lesionó al demandante, se encontraba en un lugar no era catalogado como punto crítico y se activó cuando se dispuso tomarse la seguridad con el fin de desactivar otro artefacto explosivo que había sido identificado, de manera que al considerarse que se encontraba al interior de la BPM, se trató de una circunstancia propia del servicio que aún con el uso de las medidas de seguridad, no pudo identificarse el artefacto sin que se acreditara irregularidad alguna en dicho procedimiento pues el mismo no garantiza el 100%, y que en todo caso, de considerarse que estaba fuera de la BPM, constituyó un riesgo emanado por la propia víctima que sobrepasó el perímetro ya registrado.

En tal sentido, no es dable indicar que por parte de la entidad demandada se haya sometido al actor a riesgos que no estaba en capacidad de soportar, dada la actividad que desarrollan los integrantes del Ejército Nacional o que atendiendo la escala de mando se haya presentado un trato desigual, que haya conllevado a la concreción de la situación que causó la lesión al señor Javier Montoya.

6. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones padecidas por el señor Javier Montoya, cuando ejerciendo actos propios del servicio, activó una mina antipersona, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra demostrada una falla atribuible a la entidad demandada.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

A.M.R.



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020.

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00638-00
Demandante :	Arnoldo De Jesús Querubín Ortega y Otros
Demandados :	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL Y POLICÍA NACIONAL

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 109**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, el señor **Arnoldo De Jesús Querubín Ortega** y otros, en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentaron demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Policía Nacional y Armada Nacional, a efectos de que se les declare responsables, con ocasión de las presuntas omisiones en sus funciones, al no proteger a la población civil víctima del conflicto armado interno y salvaguardar sus derechos.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (fl. 2 - 5 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

Se indicó que, para el mes de noviembre de 1999, los grupos autodefensas expulsaron a las FARC del Urabá Antioqueño. Producto de los anteriores hechos, el señor **Arnoldo De Jesús Querubín Ortega** fue declarado objetivo militar, por considerar que era informante de la Fuerza Pública.

Lo anterior conllevó a que el núcleo familiar de **Arnoldo De Jesús Querubín Ortega** se desplazara forzosamente de su vivienda, con el fin de poder salvaguardar sus vidas, siendo reconocidos como víctimas de desplazamiento forzado por parte de la Unidad Para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, a partir del 6 de noviembre de 2012 junto

con su grupo familiar. Sin embargo, pese a las múltiples solicitudes a diferentes entidades sus condiciones de vulnerabilidad extrema y debilidad manifiesta no han sido superadas, así como tampoco, les ha sido reconocido indemnización administrativa a su favor, por lo que persistía su estado de necesidad (f. 6 y ss. c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2017, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señaló que, el desplazamiento fue ocasionado por miembros al margen de la Ley. Así mismo, que las presuntas amenazas y hechos de desplazamiento nunca fueron puestas en conocimiento de las autoridades, motivo por el que, no se podía imputar responsabilidad.

Alegó cómo eximente de responsabilidad la falta de **LEGITIMACIÓN POR PASIVA**, pues no se probó por parte del demandante las acciones u omisiones en qué incurrió la demandada en los hechos base de la demanda.

Finalmente adujo que se configuraba el **HECHO DE UN TERCERO**, por cuanto fueron integrantes al margen de la Ley quienes causaron el daño y no obraba solicitud de medidas de protección para los demandantes.

Finalmente precisó que, bajo la óptica de una falla relativa, la actividad desarrollada por la fuerza pública era de medio y no de resultado, por lo que en el caso bajo estudio no se presentaba un incumplimiento de las funciones de la entidad (fls.60 a 68 c. principal).

Mediante auto de 13 de julio de 2017 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional (fol. 96 C-1)

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 4 de agosto de 2015 (f. 39 c. principal); mediante auto del 4 de mayo de 2016, se admitió la demanda (f. 53 y ss. c. principal).

El 20 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial (f. 135 - 137c. principales).

El 10 y 3 de mayo de 2018, se realizó la audiencia de práctica de pruebas y por auto de 22 de julio de 2019 se dio por terminada la etapa probatoria (f.265 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

La **parte demandante** presentó alegatos y reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Indicó que se daban los presupuestos jurisprudenciales para establecer la condición de desplazados, y que se concluía que la administración desconoció su posición de garante impuesta por el ordenamiento jurídico.

Adujó que, los demandados tenían conocimiento que la presencia de los grupos al margen de la Ley en el municipio de Turbo, ya que esto era expuesto y denunciado públicamente por televisión, noticieros, periódicos, etc., y cada uno de los ciudadanos que les tocó vivir

esta tragedia.

La parte demandada Ejército Nacional reiteró los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda, e indicó que no podía imputársele responsabilidad, en tanto que no incurrieron en ninguna omisión en el cumplimiento de sus funciones, toda vez que el desplazamiento fue ocasionado por un tercero (fl. 185 - 197 c. principal).

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Armada Nacional y Policía Nacional deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las presuntas omisiones en el cumplimiento de sus funciones, que conllevaron al desplazamiento forzado de los actores.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Responsabilidad del Estado por daños causados por las acciones de grupos armados

En relación al tema, el Consejo de Estado² ha precisado:

6.2 Al respecto, cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados atendiendo a los diversos criterios de motivación para la imputación desarrollados, es decir, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, los cuales deben ser observados, según las particularidades fácticas y probatorias que cada caso enseñe, siguiendo así lo ya establecido por el pleno de la Sección en la providencia de 19 de abril de 2012, cuando sentenció que “el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”³.

6.3 En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación que debe verificarse, ab initio, para establecer la responsabilidad del Estado tratándose de daños causados por grupos armados insurgentes tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título enunciativo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión en el despliegue de las acciones, medidas o medios razonable y ponderadamente disponibles [no debe olvidarse que por virtud del artículo 2 de la Carta Política y del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe realizar o adoptar todas medidas tendientes a la protección de los derechos humanos, en caso de verse afectados bien sea por su acción, o derivados de actos de sujetos privados en lo saque se hace imprescindible y necesaria la acción protectora o positiva del Estado⁴]; iii) la inactividad de la administración pública, concretada en el ejercicio de las acciones, medidas o medios disponibles de manera limitada, insuficiente, o sin lograr su pleno despliegue para la protección eficaz de los derechos, bienes e intereses de los ciudadanos; y, o iv) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia de un hecho de un tercero, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognoscibilidad real del peligro (la situación de amenaza o riesgo) que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza pública⁵. Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado:

“Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA – Sentencia del 25 de febrero de 2016 - Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02877-01(37226).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁴ “[...] La justicia kantiana requiere la intervención del “derecho público” para la realización completa de los derechos y permitir que todos los títulos provisionales en el estado de naturaleza, sean completos bajo el Estado”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”. En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p.86.

⁵ “Ni hay responsabilidad de un sujeto siempre que el comportamiento de éste se inserta en la cadena causal que lleva a la producción del daño, ni se inserta dicha conducta en tal cadena causal siempre que al sujeto se le imputa responsabilidad por el daño. Lo primero se aprecia siempre que entran en juego aquellos patrones de exclusión de la responsabilidad que los penalistas denominan “reglas de imputación objetiva” y que también en este campo concurren. Dichos patrones no niegan la condición de causa o concausa que reviste la conducta del sujeto, sino que excluyen la relevancia de dicha causalidad a efectos de imputación de la responsabilidad. No se discute tal causación empírica sino que, en el conjunto de las causas, el sistema jurídico realiza una selección y tal selección se lleva a cabo, como no puede ser de otra manera, con patrones propios y específicos del sistema jurídico mismo, con pautas jurídico-normativas.”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.) La Filosofía de la Responsabilidad Civil. Ibid. pág. 258-259.

no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida (...)”⁶

6.4.- Frente a lo anterior, se afirma que la modulación de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos y consagrados (tanto en la Constitución Política como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales vinculantes de protección de los Derechos Humanos) lleva a la construcción teórica según la cual al Estado no solamente le son exigibles deberes de abstención, sino que también, como presupuesto de eficacia de los derechos⁷, es necesario ejecutar acciones positivas; o, en otros términos, que en el modelo de Estado Social de Derecho desarrollado a partir de las disposiciones constitucionales y convencionales se hace imprescindible no sólo el reconocimiento de la existencia de los derechos de los ciudadanos, sino también el despliegue de acciones positivas⁸.

6.5.- En ese sentido, como la eficacia y protección de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos exige del Estado contemporáneo el cumplimiento de deberes, acciones u obligaciones positivas, cabe encuadrarlos desde la perspectiva de la posición de garante, en todos los ámbitos de la actividad administrativa, pero estableciendo el alcance razonable y ponderado según se presente cada supuesto de actividad. Lo anterior implica, que el elemento de imputación, al momento de determinar la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, debe orientarse hacia la demostración del resultado dañoso atribuible para el caso del conflicto armado a la falta de correspondencia de aquel – la amenaza cierta o el riesgo, en cada caso, materializados en un daño - respecto al deber positivo, esto es, a la obligación de dispensar el servicio de vigilancia, seguridad y protección.

6.6.- En lo que concierne a la operancia del riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados por la actividad de grupos armados insurgentes, habrá lugar a encuadrar en el mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

6.7.- En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto la administración pública, como lo indica Forsthoff “puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular”⁹, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados¹⁰. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento

⁶ Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Radicado: 13774.

⁷ “[...] Sin embargo, más allá de esto, la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que [sic] entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones [...] desde la Constitución sabemos cuáles son los derechos y, con mayor dificultad desde luego, cuáles son sus límites, pero ello no nos permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas –que pueden ser objeto de regulación legal- caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles [sic] tanto al ámbito del derecho como al ámbito de su límite”. PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia constitucional y derechos constitucionales, 2ª ed, Trotta, Madrid, 2009, ps.220, 223 y 224.

⁸ Respecto de las acciones positivas fácticas Alexy ha abordado el tema, de manera explicativa, en los siguientes términos: “Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales”, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital” o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>>”. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica”. Y en cuanto a la forma como el obligado (el Estado) debe satisfacer dicha obligación se precisa: “Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho” es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], p.171.

⁹ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

¹⁰ Ob cit. Pág. 467.

del Estado¹¹.

6.8.- Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por acciones de grupos armados insurgentes es el de daño especial, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos¹², “como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado”¹³.

6.9.- Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados¹⁴ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

6.10.- Para el caso concreto de los ataques de grupos armados insurgentes no hay duda que excede a lo normal la afectación a los bienes muebles o inmuebles que se produce como consecuencia del armamento empleado y que conlleva la destrucción, depreciación o disminución del valor, cantidad y/o destinación de los mismos. Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan actos terroristas la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación partiendo de la propia concepción de lo que supone un ataque terrorista, pues, este se dirige contra la sociedad en general pero se realiza, materialmente, en una determinada persona o grupo de personas que, en razón a esa excesiva carga asumida, son merecedoras de una indemnización asumida por toda la sociedad¹⁵.

6.11.- Por su singular configuración; en este régimen no se lleva a cabo un juicio de reproche, de carácter normativo, a la actividad desplegada por el Estado, pues, presupuesto ineludible de este régimen de responsabilidad es que la Administración ha obrado con sujeción al ordenamiento jurídico; por tanto, el daño antijurídico se atribuye al Estado, en virtud del principio de solidaridad, aquello que representa la ruptura del equilibrio de las cargas públicas en cumplimiento de una actividad legal y legítimamente amparada. Sobre la aplicación del daño especial en materia de atentados terroristas el precedente de la Sala indica:

“Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados

¹¹ “También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento”¹¹. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

¹² “la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto”. Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

¹³ Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

¹⁴ Al respecto Michell Paillet, sostiene: “Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte más desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya “una carga que incumbe normalmente al interesado” (sentencia Couiteas, pret.).” PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

¹⁵ Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicado: 15591. En dicha providencia se sostiene adicionalmente: “Por lo que queda dicho, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad.”.

(...)"¹⁶

6.12.- Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional¹⁷- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional "al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social, [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."¹⁸

3.3.1 El daño antijurídico.

El Despacho encuentra que obra constancia suscrita por el coordinador UAO Turbo de fecha de 22 de marzo de 2014 en el que la Unidad de Atención y Reparación Integral a las Víctimas informó que, el señor ARNOLDO DE JESUS QUERUBIN ORTEGA se encontraba incluido activa desde el día 06 de diciembre de 2012 en el Registro Único de Víctimas — RUV. (F. 6 C-2).

Ahora bien, a efectos de determinar si de dicha condición resulta posible atribuir responsabilidad a la entidad demandada, conforme al régimen jurídico expuesto anteriormente, para determinar si el mandato de prevención y protección que le asiste el Estado se incumplió, deberá analizarse si existe evidencia suficiente de (i) la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o un grupo, conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo y (iii) la no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o evitar tal riesgo.

1. La existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo.

En cuanto al desplazamiento forzado de los demandantes, obra certificación por parte del municipio del personero municipal de Turbo, en la que se informó que, el señor ARNOLDO DE JESUS QUERUBIN ORTEGA se dedicaba a oficios varios, era residente en este municipio desde hacía 10 años y domiciliado en el barrio Jesús Mora.

Extractos de noticias denominadas "REVISTA SOLE COLOMBIA – CONFLICTO ARMADO CRÓNICA DANIEL REVIERA MARÍN DESARRAIGO GUERRA – ORIENTE ANTIOQUEÑO- PERIODISMO NARRATIVO" que narra entre los años 1997 y 2010 fueron desplazados del oriente antioqueño más de 175 mil personas, y poblados como el de Santa Ana, en el municipio de Granada, pasaron a tener ocho mil personas, a ser habitado por un sacerdote, su sacristán y tres ancianas.

En relación con este tipo de prueba documental, el Consejo de Estado¹⁹ ha precisado:

¹⁶ Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

¹⁷ Constitución Política. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-237/1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Y continúa la sentencia indicando: "Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones."

¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sentencia del 29 de mayo de 2012. C.P. Susana Buitrago Valencia (E);

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez. En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos. Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso. En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que “...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho...” por cuanto es sabido que el periodista “...tiene el derecho de reservarse sus fuentes.”

Conforme a lo anterior, no es posible dar convicción a la información difundida en la nota periodista, ya que, a partir del mismo, no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados, y en todo caso, no corresponden a las circunstancias fácticas del contexto en las que se basa la presente demanda.

Ahora bien, en el evento de valorarse los aspectos señalados en los recortes de prensa, aun cuando aducen la presencia de grupos al margen de la Ley en Turbo – Antioquia, este aspecto por sí solo no corrobora la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para el demandante, en la medida que no reposa ninguna circunstancia de aviso o alarma presentada a alguna autoridad, en la que se indique los presuntos hostigamientos que padecía, por parte de subversivos.

De otro lado, se recaudó el testimonio del señor **Leonila Palacios Padilla**, de donde se tiene lo siguiente:

“(...) EL JUEZ PREGUNTA:

(...) PREGUNTADO: USTED CONOCE O CONOCIÓ AL SEÑOR ARNOLDO DE JESÚS QUERUBIN, EN CASO AFIRMATIVO, ¿DÓNDE LO CONOCIÓ, POR QUÉ LO CONOCIÓ?, ¿QUÉ HA CONOCIDO DE ÉL? INTERROGADO: A ARNOLDO QUERUBIN LO CONOZCO HACE 38 AÑOS, LO CONOCÍ PORQUE YO FUI CUÑADA DE ÉL HACE MUCHO TIEMPO, YA NO CONVIVO CON SU HERMANO, PERO SÍ QUEDÓ LA RELACIÓN FAMILIAR. PREGUNTADO: ¿FUE CUÑADA DE ÉL? INTERROGADO: FUI. HACE MUCHO TIEMPO. PREGUNTADO: ¿CÓMO SE LLAMABA, USTED ES HERMANA DE? INTERROGADO: DEL HERMANO DE ÉL, AMADO DE JESÚS QUERUBIN ORTEGA. PREGUNTADO: ¿USTED ESTABA CASADA CON EL HERMANO?

INTERROGADO: VIVÍAMOS EN UNIÓN LIBRE. PREGUNTADO: ¿EN DÓNDE CONOCIÓ AL SEÑOR ARNOLDO? INTERROGADO: A ARNOLDO LO CONOCÍ EN CURRULAO, PORQUE ELLOS SON COMERCIANTES, Y YO TRABAJO ALLÍ. PREGUNTADO: ¿SABE CÓMO ESTÁ CONFORMADO EL NÚCLEO FAMILIAR DEL SEÑOR ARNOLDO? INTERROGADO: EL SEÑOR ARNOLDO EN ESTOS MOMENTOS ES SEPARADO, TIENE DOS HIJOS. PREGUNTADO: ¿CÓMO SE LLAMAN LOS HIJOS Y CÓMO SE LLAMABA LA COMPAÑERA? INTERROGADO: LA COMPAÑERA SE LLAMABA ALEIDA, LOS HIJOS SE LLAMAN: KELLY, KEVIN Y MILENA. PREGUNTADO: ¿A QUÉ SE DEDICA O DEDICABA EL SEÑOR ARNOLDO? INTERROGADO: ÉL ES COMERCIANTE, ÉL COMERCIA COSAS VARIAS, PERO AHORITA ESTÁ COMERCIANDO CON QUESO, LLEVA Y TRAE. PREGUNTADO: NOS INDICA USTED QUE LO CONOCE HACE 38 AÑOS APROXIMADAMENTE, ¿CUÁNDO LO CONOCIÓ A QUÉ SE DEDICABA EL SEÑOR ARNOLDO? INTERROGADO: TAMBIÉN COMERCIA, EN ESE TIEMPO MANEJABAN PANADERÍA. PREGUNTADO: ¿EN DÓNDE VIVÍA? INTERROGADO: EN TURBO. PREGUNTADO: ¿Y USTED? INTERROGADO: EN CURRULAO. PREGUNTADO: ¿CUÁNTA DISTANCIA HAY DE TURBO A CURRULAO? INTERROGADO: MEDIA HORA, MÁS O MENOS. PREGUNTADO: ¿QUÉ CONOCE O QUÉ SABE DEL SEÑOR ARNOLDO, CUÁNTO TIEMPO VIVIÓ EN TURBO? INTERROGADO: VIVIÓ COMO 10 AÑOS EN TURBO, LA FAMILIA TODA SE VINIERON DE CISNEROS Y SE RADICARON EN TURBO Y TODOS TENÍAN COMERCIO, Y AHÍ VIVÍA. PREGUNTADO: ¿ACTUALMENTE VIVE ALLÁ? INTERROGADO: NO, ÉL VIVE EN CARTAGENA, PERO COMO ANDA COMERCIALIZANDO, A VECES VIENE, PERO LLEGA A CURRULAO. PREGUNTADO: ¿DESDE HACE CUÁNTO TIEMPO VIVE EN CARTAGENA? INTERROGADO: DESDE QUE LO DESPLAZARON, EN EL 99'. PREGUNTADO: ¿NOS INDICA USTED QUE VIVE EN CARTAGENA DESDE QUE LO DESPLAZARON. PODRÍA USTED PRECISARNOS A QUÉ HACE REFERENCIA CON ESE DESPLAZAMIENTO? INTERROGADO: CUANDO ÉL FUE DESPLAZADO DE TURBO SE FUE A CARTAGENA Y SE RADICÓ EN CARTAGENA. A ÉL LO DESPLAZARON PORQUE EN ESE TIEMPO OPERABAN MUCHOS GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY. PREGUNTADO: ¿QUÉ GRUPOS? INTERROGADO: EL EPL, LAS FARC, ENTONCES HABÍA MUCHA VIOLENCIA EN TURBO, ENTONCES A ÉL VINIERON UNOS TIPOS BUSCÁNDOLO A LA CASA VARIAS VECES, USTED SABE QUE EN ESE TIEMPO QUE CUANDO LO BUSCABAN A UNO ERA PARA HACERLE VISITA. PREGUNTADO: ¿CÓMO LE CONSTA A USTED DICHA VISITA, ESTUVO USTED PRESENTE CUANDO LO VISITARON LOS GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY? INTERROGADO: YO NO ESTUVE PRESENTE, PERO COMO YO VIVÍA CON EL HERMANO, ÉL FUE AVISARLE AL HERMANO Y A TODA SU FAMILIA. PREGUNTADO: ¿SABE USTED SI ÉL DENUNCIÓ ESAS AMENAZAS? INTERROGADO: SÍ, PORQUE AL MOMENTO QUE LO FUERON A BUSCAR, AHÍ MISMO ÉL SE FUE PORQUE ESO EN TURBO ESTABA MUY CALIENTE. PREGUNTADO: ¿PERO ÉL DENUNCIÓ? INTERROGADO: SÍ. PREGUNTADO: ¿ANTE QUIÉN DENUNCIÓ? INTERROGADO: ANTE LA PERSONERÍA. PREGUNTADO: ¿NOS INDICA USTED QUE DESPUÉS DE ESAS AMENAZAS SE TRASLADÓ A CARTAGENA, CON QUIÉN SE TRASLADÓ A CARTAGENA Y A DÓNDE LLEGÓ A CARTAGENA? INTERROGADO: CON LA SEÑORA CON QUIEN VIVÍA, CON ALEIDA Y LOS DOS NIÑOS QUE ESTABAN MUY PEQUEÑOS. PREGUNTADO: ¿Y ALLÁ A DÓNDE LLEGÓ? INTERROGADO: ALLÁ, A DÓNDE LA FAMILIA DE ELLA, LA ABUELA DE ELLA, ALLÁ LLEGÓ, Y ALLÁ DESPUÉS SE ORGANIZARON. PREGUNTADO: ¿Y DESDE ESA FECHA A LA ACTUALIDAD, VIVEN EN CARTAGENA? INTERROGADO: SÍ, PERO ELLOS DOS SE SEPARARON, ELLOS VIVEN CON SUS DOS HIJOS. PREGUNTADO: ¿CUÁNTOS AÑOS TENÍA EL SEÑOR ARNOLDO CUANDO FUE OBJETO DE ESAS AMENAZAS? INTERROGADO: ESO NO LO RECUERDO, APROXIMADAMENTE UNOS CUARENTA Y POCO DE AÑOS. PREGUNTADO: ¿QUIÉN ES MAYOR, AMADO O ARNOLDO? INTERROGADO: ARNOLDO. PREGUNTADO: ¿Y CUÁNTOS AÑOS DE DIFERENCIA SE LLEVAN ELLOS DOS? INTERROGADO: SE LLEVAN COMO 2 AÑOS. PREGUNTADO: ¿EN LA ACTUALIDAD CUÁNTOS AÑOS TIENE AMADO? INTERROGADO: AMADO TIENE 58 AÑOS. PREGUNTADO: ¿ADEMÁS DE LA COMPAÑERA Y SUS DOS HIJOS, CON QUIÉN MÁS VIVÍA EL SEÑOR ARNOLDO? INTERROGADO: EN ESE MOMENTO CON ELLOS. PREGUNTADO: ¿USTED NOS INDICA QUE FUE PARA EL AÑO 99' QUE SE PRESENTÓ DICHO

SUCESO, PUEDE USTED INDICARNOS CÓMO ERA EL ORDEN PÚBLICO EN EL MUNICIPIO DE TURBO? INTERROGADO: EN TURBO EL ORDEN PÚBLICO ERA TENAZ, HABÍA MUCHA VIOLENCIA, MATABAN MUCHO LA GENTE, CON EL SOLO HECHO DE ESTAR JUNTO CON UNA PERSONA QUE UNO NO SABE, UNO SE RELACIONABA CON TODA CLASE DE PERSONAS, POR ESO LO PODÍAN CATALOGAR O LA GENTE SEÑALABAN, HABÍA MUCHA VIOLENCIA. PREGUNTADO: SABE USTED SI LA FUERZA PÚBLICA LLÁMESE: ¿POLICÍA, EJÉRCITO, ARMADA NACIONAL, HACÍA PRESENCIA EN EL SECTOR? INTERROGADO: SÍ HACÍAN, PERO COMO QUE NO DABA ABASTO PARA LA VIOLENCIA QUE EXISTÍA EN ESE TIEMPO.

LA PARTE DEMANDADA PREGUNTA

PREGUNTADO: SEÑOR TESTIGO, USTED MANIFESTÓ QUE EL DEMANDANTE EL SEÑOR ARNOLDO DE JESÚS QUERUBIN ORTEGA HABÍA SIDO DESPLAZADO POR GRUPOS ARMADOS AL MARGEN DE LA LEY, ENTRE ESTOS LAS FARC EL EPL, DE IGUAL FORMA USTED MANIFESTÓ QUE EL SEÑOR QUERUBIN HABÍA PRESENTADO DENUNCIA SOBRE ESTAS AMENAZAS ANTE LA PERSONERÍA DE DICHA MUNICIPALIDAD. ¿USTED PODRÍA INDICARNOS EN QUÉ FECHA, ÉL PRESENTÓ ESA DENUNCIA SOBRE LAS AMENAZAS, EL DESPLAZAMIENTO? INTERROGADO: ÉL DESPUÉS QUE REGRESÓ LA PRESENTÓ, EN EL 2008. (...)

LA PARTE DEMANDADA PREGUNTA

PREGUNTADO: ¿O SEA QUE ÉL PRESENTÓ LA DENUNCIA EN LA PERSONERÍA EN EL 2008, PODRÍA USTED SI SABE YA QUE USTED CONOCE AL DEMANDANTE CON BASTANTE TIEMPO, PODRÍA ILUSTRAR AL DESPACHO, SI DE PRONTO ÉL LE INFORMÓ, SI ÉL FUE DESPLAZADO EN EL 99' POR QUÉ PRESENTÓ LA DENUNCIA EN EL 2008, POR QUÉ SE DEMORÓ TANTOS AÑOS? INTERROGADO: PORQUE POR DESCONOCIMIENTO, EN ESE TIEMPO NO HABÍA TANTA INFORMACIÓN COMO HAY AHORA QUE ELLOS LOS DESPLAZAN Y A VECES NI SABEN SI PUEDEN DEMANDAR O NO DEL MISMO MIEDO QUE MANEJAN DE LA DIFICULTAD QUE HAY. EN EL MISMO MOMENTO NO PODÍA DEMANDAR PORQUE NO TUVO TIEMPO. PREGUNTADO: ¿USTED MANIFESTÓ TAMBIÉN QUE EL SEÑOR DEMANDANTE TIENE DOS HIJOS PODRÍA INDICAR LOS NOMBRES Y LAS EDADES QUE TIENEN ESOS NIÑOS? INTERROGADO: MILENA, TIENE 20 AÑOS Y KEVIN TIENE 17.

LA PARTE DEMANDADA PREGUNTA

PREGUNTADO: ¿SEÑORA TESTIGO USTED PODRÍA INDICARLE AL DESPACHO SI EL SEÑOR DEMANDANTE PUSO EN CONOCIMIENTO SOBRE ESTE DESPLAZAMIENTO A LA POLICÍA NACIONAL? INTERROGADO: NO RECUERDO ES PARTE.

LA PARTE DEMANDADA SUSTENTA LA TACHA DEL TESTIGO: (...)”

Así las cosas, y dada la flexibilización de la pruebas que debe darse en casos de violaciones a Derechos Humanos, de valorarse la totalidad de las pruebas en precedencia, se puede extraer la difícil situación de orden público que atravesaba Turbo – Antioquia, no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, en el caso bajo estudio, de las pruebas aportadas, la parte actora no acreditó la existencia de una situación de riesgo real e inmediato en su contra, como presupuesto para que el Estado adoptara diversas medidas de seguridad en ese específico asunto.

Ahora bien, en lo que respecta a la tacha del testigo por imparcialidad formulada por la parte demandada, en aplicación de las reglas de la sana crítica, a juicio del Despacho procede efectuar una valoración rigurosa de los testimonios y a confrontarlos con los demás medios probatorios allegados al proceso, para determinar su veracidad, pues si bien es cierto existió un grado de familiaridad entre los demandantes y deponentes, dicho aspecto por sí solo no conlleva a establecer imparcialidad en su relato, máxime cuando lo se pretende probar, puede ser acreditado con otro tipo de pruebas.

Conforme a lo anterior, si bien en la declaración rendida por la señora **Leonila Palacios Padilla** afirmó que, los demandantes habían puesto en conocimiento las amenazas a las autoridades pertinentes, también es que no obran pruebas dentro del expediente que permitan imputar responsabilidad a la entidad demandada, en tanto que no se encuentra acreditado el presunto hecho de desplazamiento, y en gracia de discusión, de tenerse por probado dicho hecho, no obran pruebas que acrediten el conocimiento previo de las entidades demandadas, de los actos que dieron origen a dicho desplazamiento, pues no se corrobora la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para los demandantes, en la medida que no reposa ninguna circunstancia de aviso o alarma presentada a alguna autoridad, en la que se indique los presuntos hostigamientos que padecían, por parte de subversivos, como presupuesto para que el Estado adoptara diversas medidas de seguridad en ese específico asunto.

Las pruebas aportadas no indican sobre una situación de peligro, amenaza real o riesgo, que estuvieran soportando la accionante, pues si bien obra constancia de inscripción en el Registro Único de Víctimas producto de un desplazamiento forzado y la declaración de que salió de su lugar de arraigo junto a su grupo familiar, dicho aspecto no conlleva la afirmación directa de amenaza contra la vida de las demandantes, más aún cuando no se acreditó que dicho suceso hubiere sido puesto en conocimiento de las autoridades demandadas.

2. Conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo.

En el caso bajo estudio, no reposa prueba que demuestre que la parte actora o algún miembro de su familia, hayan puesto en conocimiento de cualquier autoridad, las amenazas que aducen haber sido víctimas y que se aduce fue el que motivo su desplazamiento, o que hayan existido reportes por parte de autoridades, que dieran a conocer dicha situación de riesgo.

Así las cosas, no reposa prueba que demuestre que la parte actora o algún miembro de su familia, hayan puesto en conocimiento de cualquier autoridad, las amenazas que aducen haber sido víctimas y que se aduce fue el que motivo su desplazamiento, o que hayan existido reportes por parte de autoridades, que dieran a conocer dicha situación de riesgo.

3. La no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir el riesgo.

En razón a que no se acreditó que la entidad demandada haya tenido conocimiento de las presuntas amenazas recibidas por la parte actora, no resulta razonable exigir al Estado la implementación de unas medidas destinadas a prevenir un riesgo que para el Estado era inexistente de manera directa contra los actores, o que hubiera sido previsible la adopción de unas medidas de protección superiores a las que ordinariamente podría venir realizando la Fuerza Pública en el área.

Por lo tanto, si bien la valoración en conjunto de las pruebas, deben ser flexibilizadas dada la dificultad con que cuentan las víctimas del conflicto armado para reunir material probatorio, lo cierto es que no se probó que las demandadas tuvieran conocimiento de las amenazas que recibieron la demandante.

Sobre el particular, no existe ni una sola prueba en la que se acredite que la demandada conocía de las amenazas que recibió la parte actora o la situación de riesgo, en especial, en el territorio en el que residía.

Por lo anterior, no es posible exigir a la entidad ser omnipresente y salvaguardar la vida e integridad de cada uno de los habitantes del territorio nacional, puesto que es necesario que las autoridades hayan tenido conocimiento del riesgo que se podía presentar sobre la familia, para poder brindarle protección y garantizar la seguridad de la familia.

Por lo tanto, dada la imposibilidad de tener el conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinable, no es posible determinar que la entidad demandada tuvo la oportunidad de actuar para evitar su ocurrencia.

3.3. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado se resuelve negativamente, en tanto la parte actora no acreditó la eventual falla en el servicio originada en las omisiones de las funciones de las entidades demandadas, que conllevó al desplazamiento forzado de los demandantes.

3.4 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

A.M.R



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00656-00
Demandante :	Yonathan Javier Valencia Caicedo
Demandados :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA No. 113

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Yonathan Javier Valencia Caicedo quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Jonathan David Valencia Mosquera; María Rosario Valencia Caicedo, Edwar Valencia Caicedo, Yenny Córdoba Valencia y Sandra Paola Argumedo Romaña quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hija Leiny Paola Moreno Argumedo, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable como consecuencia de las lesiones y pérdida de capacidad laboral sufridas por Yonathan Javier Valencia Caicedo en hechos ocurridos el 13 de diciembre de 2013, durante el cumplimiento de su actividad militar como soldado profesional.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (fls. 2- 3 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo estuvo vinculado al Ejército Nacional adscrito a la Brigada Móvil No. 10 Batallón de Combate Terrestre No. 75 en calidad de soldado profesional.

Adujo que, el 13 de diciembre de 2013 en la vereda Las Vegas, jurisdicción del municipio de Mesetas, el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo sufrió múltiples heridas en su humanidad por detonación de artefacto explosivo improvisado tipo mina antipersonal, como se indicó en el informe Administrativo No. 002.

Añadió que, el soldado cuando ingresó al Ejército Nacional, se encontraba en óptimas condiciones de salud y no tenía ninguna clase de incapacidad, pero después de la presunta

falla del servicio, presentaba un estado de invalidez, por el incumplimiento y la omisión de los deberes normativos por parte de la entidad.

Afirmó que, el soldado hacía parte de la operación Damasco, pero no se le brindó la debida protección al momento de registrar el área, por cuanto existía la posibilidad de hallar elementos explosivos sembrados o instalados en ese sector, pues lo sucedido no era parte del riesgo propio militar.

Señaló que, el pago que le realizara el Ejército al soldado en prestaciones sociales o pensión, era por su condición de militar lesionado, pero no por cancelar la indemnización por la responsabilidad extracontractual en que incurrió por la falla en el servicio por omisión al no cumplir las leyes. (f. 4 a 7 c. principal).

2.3.Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se opuso a todas las pretensiones solicitadas por la parte actora y solicitó que se negaran las pretensiones.

Señaló que, los hechos del 13 de diciembre de 2013, se encuadraban en la figura de un soldado profesional sometido al riesgo propio del servicio por la voluntariedad del mismo, por lo tanto, imperaba la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad, como lo era el hecho concurrente de un tercero.

Manifestó que, frente a los daños sufridos por los miembros de las fuerzas militares, existía responsabilidad cuando aquellos eran el resultado de hechos que excedían el riesgo propio de las actividades que asumían voluntariamente y que, para el caso concreto, el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo se lesionó en el servicio, desarrollando actividades propias militares, para las cuales fue entrenado.

Indicó que, como bien lo manifestó la parte actora, la mina antipersonal fue sembrada por grupos subversivos que delinquían en la zona donde ocurrió el accidente, y predicar la responsabilidad a la demandada se requería del conocimiento de la misma sobre la amenaza inminente, entonces, como el ejército no tenía conocimiento de la misma, no se le podía endilgar culpa ni falta de diligencia (f. 45- 78 c. principal).

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 15 de septiembre de 2015 (f. 35 c. principal), seguidamente, mediante auto de 13 de mayo de 2016 se admitió la demanda (f. 40 a 416 c. principal).

El 13 de abril de 2018 se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual, entre otras, se decretaron pruebas (f. 108-110 c. principal).

Se realizó la audiencia de práctica de pruebas el 15 de noviembre de 2018, , posteriormente en auto del 02 de agosto de 2019 se dio por terminada la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar. (f. 207 c. principal).

2.5.Alegatos de conclusión.

2.5.1. La parte demandante no presentó escrito de alegatos, en el término previsto para el efecto.

2.5.2. El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

En escrito radicado el 14 de agosto de 2019, adujo que, el informativo administrativo por lesiones de fecha 6 de enero de 2013, precisó que las afecciones y posterior disminución de la capacidad laboral del soldado profesional, acaecieron como riesgos propios de la milicia.

Manifestó que, el señor Yonathan Javier Valencia no fue sometido a un riesgo excepcional o excesivo respecto de sus compañeros, toda vez que a cualquiera de los miembros del pelotón le hubiera podido ocurrir el accidente al cumplir funciones propias del servicio militar, máxime si el demandante se vinculó voluntariamente, estaba advertido que debía afrontar situaciones de alta peligrosidad derivada de las actividades operativas.

Finalmente adujo que, si el demandante alegaba que hubo una falla en el servicio, tenía la carga probatoria de demostrarla, sin embargo, no aportó material probatorio que corroborara alguna causal descrita en la jurisprudencia, en consecuencia, solicitó declarar probadas las excepciones y denegar las suplicas de la demanda.

2.5.3. El Ministerio Público no rindió concepto en el término previsto para el efecto.

III.- CONSIDERACIONES

3.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

3.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones padecidas por el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo mientras desarrolla actividades como Soldado Profesional.

4. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante por las lesiones sufridas por el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo, cuando cumplía con funciones propias de su cargo como soldado profesional.

5. Fundamentos de derecho.

Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria del servicio militar

El Consejo de Estado ha precisado que, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados en la actividad militar, debe examinarse bajo regímenes distintos atendiendo a la categoría del servicio, esto es, si el mismo ha sido prestado de manera obligatoria o voluntaria. En lo atinente a la responsabilidad por actos del servicio de personas que ingresan voluntariamente a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, ha de analizarse con base en la falla en el servicio, o en su defecto bajo el riesgo excepcional.

En sentencia del 8 de febrero de 2012, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourt, actor Nefalí Vallejo Ortega, señaló:

“Cuando se trata de daños padecidos en actos del servicio por personas que se han vinculado voluntariamente a las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional se ha de observar si éste se causó por la configuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, o si se debió a la concreción del riesgo propio de dicha actividad. Esta distinción es de suma relevancia, por cuanto, de resultar probado los primeros supuestos se derivaría la responsabilidad en la administración, mientras que en el último no. Esta Corporación ha determinado que la configuración de la falla en el servicio y el riesgo excepcional son los títulos de imputación que se analizan cuando una persona que voluntariamente se ha incorporado a la Policía Nacional o a las Fuerzas Armadas resulta afectada, de manera excepcional, con ocasión de actos del servicio. Y sólo pueden ser estos títulos de imputación, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando “a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad”, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad (riesgo excepcional) o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo lo es “el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones”, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).

Más adelante, en la misma decisión se expuso que el daño ocasionado como consecuencia del riesgo propio que asume la persona que voluntariamente ingresa a la Fuerza Armada, no genera responsabilidad del Estado.

“La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que constituye un riesgo propio de la actividad de los agentes de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional la afectación del derecho a la vida y a la integridad personal cuando desarrollan los objetivos constitucionales para los cuales fueron instituidos y que se manifiesta con actividades como combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, de operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad, de vigilancia o patrullaje, entre otras. La vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cubre la asunción de los riesgos derivados de esta actividad. Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait”.

6. Caso en concreto

La parte actora señaló que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, derivado de las lesiones padecidas por el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo, que mientras desempeñaba sus funciones como soldado profesional del Ejército Nacional y en desarrollo de una operación táctica, pisó un artefacto explosivo – mina antipersonal. De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de*

soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"¹.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*"... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falta del servicio, presunción de falta, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual."² (Negrilla fuera del texto)*

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Copia del informativo administrativo por lesión No. 002, suscrito el 13 de enero de 2013 por el Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 75 adscrito a la Brigada Móvil No. 10, en el que se plasmó lo siguiente:

"Según el informe rendido por el señor Teniente PEDRAZA ANGEL JOSE MANUEL Comandante Compañía BACO del Batallón de Combate terrestre No 75, los hechos ocurridos el día 13 de Diciembre de 2013, aproximadamente a las 14:50 horas en desarrollo de la orden operaciones "DAMASCO", con el señor SOLDADO PROFESIONAL VALENCIA CAICEDO YONATHIAN identificado con la cédula de ciudadanía 1.077.441.245 orgánico Compañía BACO del Batallón de Combate Terrestre No 75 el cual cayó en campo minado afectándole oídos derecho e izquierdo y esquirlas en pierna derecha.

La compañía BACO inicia infiltración el día 12 de diciembre del 2013 desde coordenadas 02°47' 50" 74° 06'50" con dirección sur con el fin de ubicar y registrar unas áreas campamentarias de las ONT – FARC. Se continúa con la infiltración hasta llegar a coordenadas 02° 47' 02" 74°06'31" donde se monta la base de patrulla móvil y se lanza tareas tácticas a las 05:00 horas del día 13 de diciembre del 2013. Se ordena al SS. ANTELIZ CONTRERAS ALEXANDER verificar el punto de paso de un caño que se encuentra al sur de la posición y desmontar observatorios hasta las 09:00 horas. Siendo las 10:00 horas se continúa con infiltración y me informa de la ubicación de un área campamentaria en coordenadas 02°46'24" 75°06'22" se ordena registrar el sector y tomar fotografías el C3 DAZA QUINTERO GABRIEL se adelanta por una pica para verificar la dirección y entra en contacto con el enemigo se ordena reacción con el pelotón BACO 2 hacen cierres al norte y sobre el río duda se queda un persona donde se inició el combate se establecen comunicaciones y se informa al comando superior siendo las 15:30 horas aproximadamente se escucha una explosión y me informan que el SOLDADO PROFESIONAL MONTOYA pisó un artefacto explosivo improvisado y el SLP. VALENCIA CAICEDO YONATHIAN estaba con él en el momento de la explosión causándole esquirlas en la pierna derecha a la altura del muslo y afectándole los oídos derecho e izquierdo y se informa para la evacuación del soldado herido a las 17:30 horas aproximadamente se realiza la evacuación al hospital de San Vicente del Caguán (GATRA) donde es examinado por el especialista el cual determina hipoacusia mixta bilateral con mayor compromiso señorial de grado moderno severo para oído derecho y moderno profundo para oído

¹ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

² Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

*izquierdo y esquirle pierna derecha.*³

De los citados documentos, se tiene probada la existencia del daño, consistente en las lesiones en la integridad del señor Yonathan Javier Valencia Caicedo, por lo tanto, se procederá a establecer si el mismo es atribuible a la Administración.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto, el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y, en consecuencia, si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

- Copia malla curricular de la Escuela de Soldados profesionales – ESPRO, relacionada con el temario de explosivos en la cual se discrimina tiempo en teoría y práctica que se adelanta para la instrucción y capacitación del personal que se gradúa como soldado profesional.⁴
- Oficio 0353/MDN-CGFM-COEJC- SEJEC-JEMOP-CODES –FUDRA1- BADRE1-S11-1.9, suscrito por el Comandante Batallón de Acción Directa y Reconocimiento No. 1, en el cual indicó que, en el archivo no se encontró ninguna actuación disciplinaria con ocasión a los hechos ocurridos del 13 de diciembre de 2013, por otra parte, afirmó que no se encontró la orden de operaciones DAMASCO, realizada el mismo día, y por último frente a la certificación sobre la compañía BACO el 13 de diciembre de 2013, al no encontrarse la orden de operaciones, señaló no existían elementos documentales que permitieran asegurar o desvirtuar que la compañía BACO tenía equipo detector de explosivos y minas de antipersona- EXDE.⁵
- Radiograma Brigada móvil 10 del 13 de diciembre de 2013, de Cobrim-10, para Cofudra – Macarena, No. 2599MDN-CGFM- FUTCO – FUDRA- BRIM 10-B3-38.4, en la cual se plasmó:

"PERMITOME INFORMAR ESE COMANDO X ACUERDO ANTECEDENTE INFORMADO HR 071 BACOT75 X DÍA 13 15 : 15- DIC-2013 X EN DESARROLLO PLAN CAMPAÑA "ESPADA DE HONOR" X PLAN DE OPERACIONES "ESPARTACO" OPERACIÓN EFICENCIA X ORDOP "DAMASCO" X TROPAS BRIM 10 X BACOT 75 X COMPAÑÍA B X PRIMER PELOTÓN X MANDO TE PEDRAZA ÁNGEL JOSÉ X ÁREA GENERAL VEREDA CAÑO NEGRO X JURISDICCIÓN MUNICIPIO MESETAS (META) X COORDENADAS (02° 46' 01" 74°05'48") X UNIDAD SOSTUVO COMBATE DE ENCUENTRO X INICIATIVA PROPIAS TROPAS X BUSQUEDA Y PROVOCACIÓN X CONTRA 05 BOCAS DE FUEGO APROXIMADAMENTE X AL PARECER TERRORISTAS PERTENECIENTES FRENTE 40 FARC X RESULTAN HERIDOS AEI X SLP MONTOYA PAREJA DIDIER CC 1.020.401.750 X PIE IZQUIERDO X SLP VALENCIA CAICEDO JONATHAN CC 1.077.441.845 X ESQUIRLE PIERNA DERECHA X ATENDIDOS ENFERMERO COMBATE X BLOQUE ORIENTAL ONT- FARC X CONTIUA DESARROLLO MANIOBRA "

³ Fol. 28 c principal

⁴ Fls. 79-88 c. principal

⁵ Fls. 140-141 c. principal

MEZCLAR GENTE AHÍ PORQUE EL PERRO NO VA A HACER SU FUNCIÓN Y NO VA A DETECTAR LOS ARTEFACTOS EXPLOSIVOS. LO MISMO PASA CON EL GANCHO Y CUERDA SI YO PONGO A TRABAJAR EL GANCHO Y CUERDA EN EL GRUPO EXDE Y DA LA CASUALIDAD QUE HAY UN ARTEFACTO EXPLOSIVO POR ALIVIO DE TENSION AL HACER EL PROCEDIMIENTO Y HALAR. AL YO TENER GENTE AHÍ, SE VAN A VER AFECTADOS DEMASIADOS HOMBRES DENTRO DE LA UNIÓN, POR ESO AL GRUPO EXDE SE LES PRESTA LA SEGURIDAD PERO TRABAJAN PRÁCTICAMENTE CON EL GRUPO COMO TAL COMPACTO HACE SU PROCEDIMIENTO. PREGUNTADO: EN ESTE CASO RECUERDA USTED EN QUÉ POSICIÓN ESTABA UBICADO LOS SOLDADOS MONTOYA Y VALENCIA EN EL AVANCE. CONTESTÓ: NO, EN ESTE MOMENTO NO RECUERDO, NO LA TENGO CLARA CÓMO ERA LA ORGANIZACIÓN EN ESE TIEMPO, ESO FUE HACE 5 AÑOS, POR LO GENERAL A VECES MONTOYA ANDABA DE ULTIMAS O SIEMPRE VOY DESDE LA CABEZA DEL PELOTÓN HASTA LA DE PRIMERAS. DE ULTIMAS EN LA TERCERA ESCUADRA Y POR LO GENERAL YO VOY DESDE ULTIMAS HASTA PRIMERAS DEL PELOTÓN. YO NUNCA VOY EN UN PUNTO FIJO, VOY MIRANDO Y VERIFICANDO TODO EL PERSONAL, ENTONCES NO SABRÍA DECIRLE EN QUÉ POSICIÓN IBAN EN ESE MOMENTO. PREGUNTADO: DIJO USTED EN RESPUESTA ANTERIOR QUE POR LO GENERAL ES EL COMANDANTE DE LA COMPAÑÍA QUIEN DA LAS INSTRUCCIONES AL GRUPO EXDE QUÉ LUGARES LE PUEDEN GENERAR ALGÚN TIPO DE SOSPECHA. ANALIZADOS POR DETERMINADO GRUPO, EN ESTE MOMENTO RECUERDA USTED CÓMO ERA LA ZONA DONDE SE PRESENTÓ LA ACTIVACIÓN DEL ARTEFACTO EXPLOSIVO QUE LESIONÓ A LOS SOLDADOS MONTOYA Y VALENCIA. CONTESTÓ: SÍ, EL COMANDANTE DE COMPAÑÍA O EL COMANDANTE DE PELOTÓN, EL COMANDANTE QUE ESTÉ AL MANDO AHÍ, LA ZONA ERA MUY BOSCOA, ERA UN ÁREA QUE TENÍA MUCHA GUADUA, SE UNÍAN DOS AFLUENTES, RECUERDO QUE ERA EL RIO DUDA QUE SE UNÍA CON EL CAÑO NEGRO, UN ÁREA MUY HÚMEDA, ESA ERA GENERAL QUE HABÍA EN ESE MOMENTO. PREGUNTADO: PARA EFECTOS DEL AVANCE QUE ESTABAN REALIZANDO EN A LA ZONA, AMERITABA QUE FUERA INSPECCIONADA POR EL GRUPO EXDE O SENCILLAMENTE GENERABA QUE SE HICIERA EL AVANCE DE CORRIDO. CONTESTÓ: COMO ÍBAMOS EN UNA INFILTRACIÓN Y DE ACUERDO A LA ZONA QUE ESTÁBAMOS EL GRUPO EXDE NO REVISÓ ADELANTE, COMO LO EXPLIQUÉ ANTERIORMENTE, COMO ÍBAMOS EN UNA INFILTRACIÓN ERA UNA SELVA CASI VIRGEN NO ERA UN LUGAR DONDE HUBIESE TRANSITADO EJÉRCITO O ESTOS GRUPOS, POR ESO ÍBAMOS EN UNA INFILTRACIÓN TAREA TÁCTICA DE INFILTRACIÓN, HUBIERA SIDO OTRO EL ESCENARIO, DE PRONTO EN EL CUAL ES UN ÁREA DESPEJADA, SE HUBIERA MANDADO A REVISAR ANTERIORMENTE, CABE ANOTAR QUE EL ARTEFACTO EXPLOSIVO DETONA PERO NO DETONA DENTRO DE LA INFILTRACIÓN SINO EN LA REACCIÓN DESPUÉS DE TENER EL COMBATE. PREGUNTADO: A EFECTOS DE ACLARAR, INDICA UD. QUE CUANDO ABRIERON FUEGO, TUVIERON QUE ABRIR FUEGO CONTRA LA ORGANIZACIÓN NARCOTERRORISTA DE LAS FARC QUE EN LAS MANIOBRAS DE DEFENSA O ATAQUE A AFECTOS DE CONTRARRESTAR DICHO ATAQUE, LA TROPA QUÉ REACCIÓN TOMÓ EN ESE CASO PARTICULAR. CONTESTÓ: EN ESE CASO EN PARTICULAR ORDENÉ QUE UN PERSONAL SE QUEDARA AHÍ CON LOS EQUIPOS, ORDENÉ DE UN PELOTÓN, ÍBAMOS TODA LA COMPAÑÍA, ORDENÉ QUE UN PELOTÓN PRESTARA UNA SEGURIDAD EN LA PARTE DE ATRÁS DONDE VENÍAMOS DE AVANCE, Y OTRO PERSONAL AVANZÓ HACIA LA REACCIÓN, HACIA DELANTE, HACIA EL SUR, EN ESTAS LAS ESCUADRAS QUE AVANZAN HACIA ADELANTE ES DONDE SE PRESENTAN LA NOVEDAD DE LA EXPLOSIÓN. EL JUEZ LE INDICA QUE DIBUJE EL ESQUEMA* (...).

Ahora bien, de la declaración rendida por el señor Alexander Antelínez Contreras se extrae lo siguiente:

PREGUNTADO: INDÍQUELE A ESTE DESPACHO SI USTED CONOCIÓ AL SEÑOR YONATHAN VALENCIA, Y EN CASO AFIRMATIVO POR QUÉ LO CONOCIÓ. CONTESTÓ: PUES YO EN ESTE MOMENTO NO RECUERDO MUCHAS COSAS, RECUERDO QUE YO RECIBÍ A ESE JOVEN COMO SOLDADO PROFESIONAL EN SEPTIEMBRE DEL 2013 Y NO RECUERDO MAYOR COSA, YO HE MANTENIDO EN MUCHAS PARTES Y HE MANEJADO MUCHOS SOLDADOS, NO ME ACUERDO ASÍ DE MAYOR COSA. JUEZ CONTEXTUALIZA AL INTERROGADO (...) . CONTESTÓ: YO ERA COMANDANTE DE UN PELOTÓN EN ESA DIVISIÓN, EL COMANDANTE DE LA COMPAÑÍA ERA MI TENIENTE PEDRAZA. PREGUNTADO RECUERDA USTED ALGÚN TIPO DE HECHO EN LOS QUE RESULTÓ LESIONADO YONATHAN VALENCIA CAICEDO.

⁷ Fol. 152 c principal.

CONTESTÓ: SI, ESE DÍA OCURRIÓ UN EVENTO DONDE SE PRESENTÓ UN COMBATE AL PARECER CON TERRORISTAS DE LAS FARC DONDE RESULTÓ LESIONADO ESE MUCHACHO, LO QUE NO ME ACUERDO BIEN FUE COMO FUE LA LESIÓN, TANTOS EVENTOS QUE HE TENIDO QUE HE SACADO SOLDADOS HERIDOS EN ESTOS 19 AÑOS, NO ME ACUERDO BIEN, CREO QUE FUE ÉL Y OTRO, RECUERDO QUE SE PRESENTÓ UN INTERCAMBIO DE DISPAROS CON EL ENEMIGO Y SE PRESENTÓ UNA DETONACIÓN Y ESA DETONACIÓN RESULTARON HERIDOS TRES, NO RECUERDO QUE FUE UNA GRANADA O UNA MINA. PREGUNTADO: RECUERDA USTED EL OPERATIVO QUE SE ESTABA REALIZANDO ESE DÍA. CONTESTÓ: SI, ERA UNA MISIÓN TÁCTICA, HICIMOS UNA INFILTRACIÓN HASTA EL PUNTO DONDE SE PRESENTARON LOS HECHOS. JUEZ CONTEXTUALIZA (...): PREGUNTADO: USTED RECUERDA LA OPERACIÓN DAMASCO: (...) LA FINALIDAD ERA REGISTRAR E IR MIRANDO SI HABÍA PRESENCIA DE ESTOS GRUPOS TERRORISTAS EN ESTE DEPARTAMENTO DEL META. PREGUNTADO: RECUERDA USTED CÓMO ESTABA CONSTITUIDOS LAS ESCUADRAS LOS PELOTONES. CONTESTÓ: LAS ESCUADRAS SE CONSTITUYEN POR EQUIPOS DE COMBATE JUNTO CON UN COMANDANTE DE ESA UNIDAD, EL COMANDANTE DE PELOTÓN ERA YO, Y DE LA COMPAÑÍA EL COMANDANTE PEDRAZA, PREGUNTADO: CUÁNTOS PELOTONES HABÍA CONTESTÓ: CREO QUE DOS. PREGUNTADO: RECUERDA USTED SI EL SEÑOR YONATHAN CAICEDO HACIA PARTE DE SU PELOTÓN. CONTESTÓ: SI, ESO SÍ RECUERDO. RECUERDO EL PRIMER APELLIDO DE ÉL VALENCIA, YO LO RECUERDO POR LA APARIENCIA FÍSICA CREO QUE ES MORENO ALTO, PUES NO TUVE TANTO CONTACTO CON ELLOS. PREGUNTADO: PODRÍA USTED PRECISARNOS SI RECUERDA SI EN LA OPERACIÓN CONTABAN CON GRUPO EXDE CONTESTÓ: SI TODOS LAS OPERACIONES CUENTAN CON GRUPO EXDE, ESTABA CONSTITUIDO POR CUATRO SOLDADOS Y EL COMANDANTE DEL GRUPO EXDE. PREGUNTADO: QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑA CADA UNO DE LOS CINCO SOLDADOS. CONTESTÓ: YO SÉ QUE HAY UN SOLDADO QUE MANIPULA EL DETECTOR Y EL COMANDANTE DE EXDE QUE VERIFICA QUE EL PROCEDIMIENTO SE HAGA COMO ES. PREGUNTADO: RECUERDA USTED CON QUÉ ELEMENTOS CONTABAN. CONTESTÓ: DETECTOR DE METALES Y EL ECAES, ES UN ESTUCHE QUE DENTRO ESE ESTUCHE, VIENEN COMO CINCO PARTECITAS Y ESE SE UTILIZA CUANDO ALGUIEN SOSPECHA QUE ALLÁ EN ESA SILLA HAY UN ARTEFACTO EXPLOSIVO Y ENTONCES COGEN UNA CUERDA, UNOS GANCHOS Y LO HALAN A HABER SI ENCUENTRA ALGÚN ELEMENTO. PREGUNTADO: RECUERDA USTED SI LLEVABAN CANINO. CONTESTÓ: SI CLARO, UN CANINO SE CARGA. APODERADA DE LA PARTE ACTORA: PREGUNTADO: EL GRUPO EXDE IBA UNA POR CADA PELOTÓN O POR COMPAÑÍA. CONTESTÓ: LA VERDAD NO SÉ SI EL OTRO PELOTÓN LO TENÍA, PERO EL GRUPO QUE ESTABA CONMIGO SI LO TENÍA. PREGUNTADO: USTEDES PUEDEN INFORMAR QUÉ FUNCIÓN ESTABA DESEMPEÑANDO EL SEÑOR VALENCIA EN EL MOMENTO DE LOS USTEDES. CONTESTÓ: NO RECUERDO DOCTORA. PREGUNTADO: POR SU CONOCIMIENTO Y LOS AÑOS DE EXPERIENCIA LAS INFILTRACIONES EN QUÉ MOMENTO DEL DÍA SE DEBEN REALIZAR Y CUÁLES SON LAS CONDICIONES DE SEGURIDAD QUE SE DEBEN SEGUIR: CONTESTÓ: TODO DEPENDE PORQUE SI ESTAMOS EN UN ÁREA DONDE IMPIDE QUE SE HAGA DE NOCHE PUES TOCA HACERLO DE DÍA. PREGUNTADO: SEGÚN LAS CONDICIONES EN EL MOMENTO DONDE CAYÓ HERIDO EL SEÑOR CAICEDO ESA OPERACIÓN OFENSIVA SE DEBÍA HACER DE DÍA O DE NOCHE: CONTESTÓ: POR LAS CONDICIONES DEL TERRENO EN EL DÍA."

A partir de las pruebas relacionadas anteriormente, puede inferirse que las lesiones sufridas por el soldado profesional Yonathan Javier Valencia Caicedo, se produjeron el 13 de diciembre de 2013, mientras se encontraba en servicio activo, en desarrollo de la Operación "DAMASCO" en la vereda las Vegas, municipio de Mesetas, en cumplimiento de una orden impartida, el soldado profesional se desplazaba y accidentalmente activó una mina antipersonal causando esquilas en pierna derecha a la altura del muslo.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad del Estado en caso de daños sufridos por soldados profesionales, el Consejo de Estado ha precisado⁸:

"Ahora bien, tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de los daños sufridos por quienes ejercen funciones

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera- Subsección A, sentencia 14 de marzo de 2018, Exp: 41543.

- Así mismo, en el informe administrativo por lesiones No. 002 del 13 de enero de 2013, en lo atinente a la imputabilidad, el citado Comandante determinó:

*"7. IMPUTABILIDAD. De acuerdo al Artículo 24 Decreto 1796 del 14 septiembre de 2000 (A, B, C, D) LITERAL (C) En el servicio como consecuencia del combate o en Accidente Relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo en tareas de mantenimiento del orden público o en conflicto internacional (AT)."*⁶

Por otra parte, se advierte que el día 15 de noviembre de 2018, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas, en la que se recaudó el testimonio de los señores José Manuel Pedraza Ángel y Alexander Antelínez Contreras.

De la versión de José Manuel Pedraza Ángel, quien para el momento de los hechos ejercía la función de comandante del pelotón que integraba el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo, se destaca lo siguiente:

*PREGUNTADO: USTED CONOCIÓ O CONOCE AL SEÑOR YONATHAN JAVIER VALENCIA CAICEDO. EN CASO AFIRMATIVO DE DÓNDE LO CONOCE Y POR QUÉ LO CONOCE
CONTESTÓ: SI LO DISTINGUI EN EL BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE NO. 75 CUANDO YO ERA COMANDANTE DE UNA COMPAÑÍA DE ESE BATALLÓN, DE LA COMPAÑÍA BACO.
PREGUNTADO: QUÉ SABE DEL SEÑOR YONATHAN. CONTESTÓ: PARA LOS HECHOS DE MATERIA EN INVESTIGACIÓN, RECUERDO QUE ESTÁBAMOS EN LA ORDEN DE UNA OPERACIÓN, EMANADA POR EL BATALLÓN, NO ENCONTRÁBAMOS TODA LA COMPAÑÍA DESEMPEÑANDO OPERACIÓN OFENSIVA EN CONTRA DE LAS ONT FARC, HABÍAMOS ENCONTRADO, HABÍAMOS INICIADO UNA INFILTRACIÓN UN DÍA ANTES, NO ME ACUERDO MUY BIEN, HACIA EL SUR DE LA POSICIÓN REPORTADA EN ESOS DÍAS, EN EL CUAL ENCONTRAMOS UN ÁREA CAMPAMENTARIA LA CUAL SE ORDENÓ REVISAR Y REGISTRAR POR EL GRUPO EXDE, QUE CONTABA LA COMPAÑÍA Y NO SE ENCONTRÓ NINGUNA ÁREA ANORMAL, EN ESTA ÁREA CAMPAMENTARIA DE AHÍ SE REPORTÓ AL COMANDO DEL BATALLÓN, EL ÁREA CAMPAMENTARIA CON COORDENADAS, NOS ORDENARON CONTINUAR CON NUESTRO EJE DE AVANCE Y NUESTRA INFILTRACIÓN, CONTINUANDO CON NUESTRA INFILTRACIÓN LLEGAMOS A UN PUNTO SE ENCUENTRA CON UNA PICA UNA TROCHA, EN EL CUAL ÉL SALE A VERIFICAR NOSOTROS VENÍAMOS LA MARAÑA POR UN CAUDAL, ÉL SALE A VERIFICAR, ENTRAMOS EN COMBATE CON EL ENEMIGO, ESTE COMBATE ORDENA UNA REACCIÓN, SE ORDENA DEJAR UN PERSONAL, LOS EQUIPOS Y PERSONAL HACEN OTRA MANIOBRA POR OTRO LADO, TRANSCURRIÓ UN TIEMPO DONDE ESTA REACCIÓN QUE ESTÁBAMOS EN COMBATE SE ESCUCHA UNA REACCIÓN MUY FUERTE ME REPORTAN QUE EL SOLDADO MONTOYA HABÍA ACTIVADO UNA MINA Y ME REPORTARON TAMBIÉN QUE EL SOLDADO EN CUESTIÓN HABÍA SIDO AFECTADO POR LA ONDA DE LA MINA, POSTERIOR A ESTO REUNIMOS LOS ENFERMEROS DE COMBATE PARA LOS PRIMEROS AUXILIOS A LOS DOS SOLDADOS Y OTROS SOLDADO MÁS, NO ME ACUERDO EL APELLIDO, SE REPORTA EL HECHO INMEDIATAMENTE EL HECHO AL COMANDO DEL BATALLÓN, SOLICITANDO LA EVACUACIÓN DEL ÁREA, INMEDIATAMENTE SE ASEGURA EL ÁREA, REDOBLAN LOS ESFUERZOS PARA ASEGURAR EL ÁREA PUES DEBIDO A QUE EL SOLDADO MONTOYA HABÍA PERDIDO PARTE DE UNA EXTREMIDAD INFERIOR SE ORDENA HACER UN HELIPUERTO IMPROVISADO EN EL CUAL A PUNTA DE MACHETE LOGRAMOS HACER UN HELIPUERTO PARA QUE EL HELICÓPTERO ÁNGEL DE LA FUERZA AÉREA LOGRARA EXTRAER ESTOS MUCHACHOS POR CAMILLA PORQUE NO HABÍA POSIBILIDADES DE QUE LA AERONAVE ATERRIZARA EN TIERRA O TOCARA PATÍN EN TIERRA, PARA ELLO TRANSCURRIÓ UNOS MINUTOS NO RECUERDO BIEN, LLEGA EL ÁNGEL TOMO CONTACTO CON ÉL VÍA RADIAL SE EVACUAN, BAJA UN PARAMÉDICO DEL ÁNGEL, Y EL ÁNGEL TIENE QUE NO PUEDE HACER VUELO ESTACIONARIO Y CONTINUA PORQUE AL HELICÓPTERO LE EMPIEZAN A DISPARAR DEL OTRO LADO DEL EL RIO DUDA, NOSOTROS HACEMOS UNA BASE DE FUEGO, PARA REPELER EL ATAQUE PARA PODER EVACUAR ESTOS SOLDADOS, EL AVIÓN QUE SE ENCUENTRA EN SEGURIDAD, YA CUANDO EL SOLDADO MONTOYA LO TENEMOS EN LA CAMILLA CON EL OTRO SOLDADO, EL ÁNGEL HACE OTRA VEZ VUELO ESTACIONARIO Y PODEMOS EVACUAR ESTOS SOLDADOS, CREO QUE FUE HACIA SAN VICENTE DEL CAGUÁN, NO RECUERDO MUY BIEN, EN EL CUAL SE REPORTA AL COMANDO DE LA UNIDAD Y YA LA UNIDAD ORDENA QUE ALGUIEN SE DESPLACE HASTA ALLÁ Y ESTÉ*

⁶ F.28 c.principal

PENDIENTE DE LAS MEDIDAS Y DEMÁS QUE NECESITARAN LOS DOS SOLDADOS, ESO FUE EL 13 DE DICIEMBRE. DESPUÉS DE ESTO NOS ORDENAN REPLEGARNOS Y NOS REPLEGAMOS POR OTRO EJE DE AVANCE DISTINTO DEL QUE VENÍAMOS Y ALLÁ NOS SACAN HACIA LA JULIA META Y ALLÁ TERMINAMOS TODA LA INFILTRACIÓN PORQUE HABÍAMOS PERDIDO TODOS LOS FACTORES DE SORPRESA QUE LLEVAMOS EN ESE MOMENTO. PREGUNTADO: NOS INDICÓ USTED QUE FUE EL COMANDANTE DE LA COMPAÑÍA BACO BATALLÓN TERRESTRE 75 Y QUE EN DESARROLLO DE QUÉ OPERACIÓN SE ENCONTRABAN. CONTESTÓ: ESA ERA LA OPERACIÓN DAMASCO. PREGUNTADO: EN QUÉ CONSISTÍA DICHA OPERACIÓN. CONTESTÓ: ESA OPERACIÓN CONSISTÍA NO RECUERDO MUY BIEN PORQUE NO TENGO LA ORDEN DE OPERACIONES AQUÍ FÍSICA, PERO CONSISTÍA EN REALIZAR MANIOBRAS TÁCTICAS POR EL ÁREA ASIGNADA AL BATALLÓN POR LA JURISDICCIÓN DE LA JULIA -META, EN EL CUAL SE TENÍAN INDICIOS DE ÁREAS CAMPAMENTARIAS UTILIZADAS POR LAS FARC, PARA ESA ÉPOCA, ERA UNA OPERACIÓN OFENSIVA EN LA CUAL ERA LA UBICACIÓN DE ÁREAS CAMPAMENTARIAS, AL IGUAL QUE EL ÁREA IGUAL FORMA LA AFECTACIÓN A ESTA ESTRUCTURA ARMADA QUE SE ENCONTRABA DELINQUIENDO EN ESTE SECTOR. PREGUNTADO: INDICA USTED QUE LA COMPAÑÍA CONTABA CON GRUPO EXDE, NOS PUEDE DECIR COMO ESTABA COMPUESTO DICHS GRUPOS EXDE Y DE QUÉ ELEMENTO ESTABA CONSTITUIDO. CONTESTÓ: LA COMPAÑÍA SI TENÍA GRUPO EXDE, CADA PELOTÓN TENÍA UN GRUPO EXDE, ERAN DOS PELOTONES, NO RECUERDO LOS COMANDANTES DEL GRUPO EXDE, PERO SI ESTABAN AL MANDO DE UN SUBOFICIAL Y LOS CINCO INTEGRANTES DEL GRUPO EXDE, TENÍAN SU BINOMIO CANINO, SUS DOS DETECTORISTAS, SU PERICUERDA, SOLDADO DE PERICUERDA, OFICIAL QUE ERA EL ENCARGADO, EL SOLDADO ESPECIALISTA EN HACER LAS DETONACIONES Y HACER REGISTROS A DONDE SE FUERA UTILIZAR EL GRUPO EXDE. PREGUNTADO: RECUERDA USTED SI LA ZONA EN LA CUAL SE PRESENTÓ EL INCIDENTE DONDE RESULTÓ LESIONADO LOS SOLDADOS MONTOYA Y VALENCIA HABÍA ALCANZADO A HACER ASEGURADA O LA MISMA NO ALCANZÓ DEBIDO AL FUEGO QUE SE ARMÓ CONTRA LOS GRUPOS AL MARGEN DE LA LEY. CONTESTÓ: LA ZONA FUE ASEGURADA DESPUÉS DE QUE LOGRAMOS HACER LA EVACUACIÓN, NOSOTROS ASEGURAMOS LA ZONA Y VERIFICAMOS DE TODAS FORMAS A VER SI ENCONTRAMOS OTRO ELEMENTO AHÍ SOBRE EL SECTOR PENSAMOS QUE ERA UN CAMPO MINADO, SOLO ENCONTRAMOS UNA SOLA MINA QUE FUE LA QUE ACTIVÓ EL SOLDADO MONTOYA Y DESPUÉS DE HABER ASEGURADO AHÍ NOS DAN LA ORDEN DE RETROCEDER Y TOMAR OTRO AVANCE, ENTONCES ES LO QUE HACEMOS Y LA ZONA YA QUEDA, PUES LIBRE OTRA VEZ. CUANDO UNO VA AVANCE LO QUE ESTÁ ADELANTE NO ESTÁ ASEGURADO, POR ESO SON OPERACIONES OFENSIVAS, ES MUY DIFERENTE LO QUE DEJA UNO ATRÁS. QUE VA DEJANDO ANTECEDENTE DE QUE UNO YA PASÓ POR ESE SECTOR. PREGUNTADO: EN ESE DENOMINADO EJE DE AVANCE QUE USTED NOS INDICA QUIÉN VA AVANZANDO DE PRIMERO. CONTESTÓ: DENTRO DE LA ORGANIZACIÓN DE UN PELOTÓN, ESTÁ UN PUNTERO LA SEGURIDAD DE UN PUNTERO ESTÁ DE ACUERDO A COMO ESTÁN LAS TORRES ORGANIZADAS DEL COMANDO DEL EJÉRCITO, ESTÁ EL PELOTÓN ASÍ ORGANIZADO. SIEMPRE UN PELOTÓN VA DELANTE DEL PUNTERO, Y EL PUNTERO EN LA INFILTRACIÓN IBA ASÍ, EN ESTE CASO PUNTERO Y CONTRAPUNTERO EN EL CASO DE UNA REACCIÓN YA ES MUY DIFERENTE SE TOMAN OTROS ESQUEMAS Y SE EMPIEZA A REACCIONAR POR EQUIPOS DE COMBATE Y POR ESCUADRAS DEPENDIENDO EL TERRENO Y DEPENDIENTE TAMBIÉN LA ACCIÓN COMO SE PRESENTA EN ESE MOMENTO. PREGUNTADO: EN ESE AVANCE QUE SE REALIZA, EL GRUPO EXDE EN QUÉ PARTE ESTÁ UBICADO Y LA FUNCIÓN QUE VAN REALIZANDO ELLOS A EFECTO DE DETECTAR MINAS ANTIPERSONAS. CONTESTÓ: EL GRUPO EXDE POR LO GENERAL SIEMPRE VA EN LA TERCERA ESCUADRA. EL GRUPO EXDE DENTRO DE LA BASE, REvisa CIERTOS PUNTOS EN LOS CUALES INDICA QUÉ PUNTOS REvisa, REVISAR UN METRO O DIEZ METROS DE AVANCE SE PUEDE DEMORAR APROXIMADAMENTE UNA HORA, EL EXDE MÁS QUE TODO REvisa PUNTOS CRÍTICOS, CRUCES OBLIGADOS DE CAÑOS, TOMAS DE GUAS, SITIO DONDE VAMOS A PERNOTAR ES REVISADO POR EL GRUPO EXDE CUANDO NOS ENCONTRAMOS EN UN ÁREA CAMPAMENTARIA O FUERA DE LO NORMAL ES REVISADO POR EL GRUPO DE EXDE, DEPENDIENDO DE LA INTELIGENCIA QUE SE TENGA SE UTILIZA EL GRUPO EXDE, QUÉ PASA CON EL GRUPO EXDE, NO PUEDE IR ADELANTE REVISANDO, EL GRUPO EXDE POR LO GENERAL NECESITAN SU SEGURIDAD PARA QUE ELLOS PUEDAN HACER SUS PROCEDIMIENTOS TÉCNICOS Y DEMÁS CON EL GRUPO EXDE, EN VISTA QUE SI EL BINARIO CANINO ESTÁ TRABAJANDO YO NO PUEDO TENERLE 10 SOLDADOS AL LADO DEL BINOMIO, PARA QUE REvISE CIERTO PUNTO Y ES UNA CONEXIÓN QUE DEBE HABER ENTRE PERRO Y EL SOLDADO QUE DOMINA AL PERRO, Y ES UNA CONEXIÓN QUE EL PERRO DEBE TENER, YO NO PUEDO METER Y

de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de Policía, entre otros, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado de forma constante y reiterada ha considerado que, en principio, no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización a fort fait a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación, y solo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando se hubieren producido por falla del servicio, o cuando se hubiere sometido al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial, evento en el cual hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, por la creación del riesgo. En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)⁹.

El Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado en eventos en los cuales se ha acreditado el hecho de haber sometido a los miembros de la Fuerza Pública a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar, como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que en relación con los agentes de la Policía, militares u otros miembros de los cuerpos de seguridad del Estado, "el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado"¹⁰ y no frente a los demás ciudadanos ajenos a dichas actividades. Por tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, la asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado debe responder por los daños que estos puedan llegar a sufrir.

A contrario sensu, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, se ha considerado que el régimen bajo el cual ha de resolverse su situación es diferente, toda vez que su relación con el servicio no es voluntaria y se aplica, de forma preferente, el régimen objetivo de responsabilidad.

Mientras que a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los soldados profesionales o suboficiales de las fuerzas militares, agentes de policía o detectives del hoy extinto DAS, el régimen preferente es de falla del servicio¹¹.

Conforme al lineamiento jurisprudencial que antecede, es claro que, en relación con los agentes de policía, militares u otros miembros que hacen parte de la seguridad del Estado,

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, exp. 19.158, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, y sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, exp. 28.022, y 7 de octubre de 2015, exp. 34.677, ambas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

¹⁰ En sentencia del 14 de julio de 2005, exp: 15.544, M.P. Ruth Stella Correa, se dijo: "Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cobija a todos los integrantes por igual. Sólo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado. En tratándose del riesgo a perder la vida o a sufrir lesiones personales, no puede predicarse igualdad entre cualquier asociado y quien pertenece a las fuerzas armadas del Estado. La vinculación a esas instituciones de suyo implica la asunción del riesgo, diferente a aquel que se presenta frente al asociado común".

¹¹ Al respecto, consultar por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa P lacio, del 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586 M.P. Enrique Gil Botero, así como las sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, Exp. 28.022, 7 de octubre de 2015, Exp. 34.677, y la proferida el 12 de febrero de 2015, entre otras, todas con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón.

será procedente el reconocimiento de una reparación siempre y cuando el daño aludido se hubiese producido por una falla del servicio o cuando se haya sometido al funcionario aun riesgo excepcional, el cual no estaba en obligación de afrontar.

En el caso objeto de estudio, el Despacho observa que la parte demandante señaló que, el Ejército Nacional debía responder con ocasión a la falla en el servicio, por dos cargos: i) que se deriva de la omisión en el cumplimiento a la Convención de Ottawa y, ii) por omisión al apoyo técnico necesario en procedimientos especiales, por no haberse solicitado el apoyo técnico de una compañía especializada del grupo Exde (equipo detector de explosivos y minas antipersonales.

Analizando el primer cargo, en cuanto al “incumplimiento y la omisión de los deberes normativos, esto es, la Convención de Ottawa”, es del caso señalar que de acuerdo con la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal - Descontamina Colombia, el país firmó la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (HYPERLINK "<http://www.apminebanconvention.org/es/vision-global-y-texto-de-la-convencion/>"_blank" Tratado de Ottawa) el 3 de diciembre de 1997, convención que fue ratificada el 6 de septiembre de 2000 y entró en vigor el 1 de marzo de 2001.

No obstante lo anterior, de acuerdo con la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal¹², Colombia tenía plazo hasta el 1 de marzo de 2011 para descontaminar su territorio, pues el artículo 5º de la Ley 554 de 2000 establecía que la obligación de “destruir, o a asegurar la destrucción de todas las minas antipersonal colocadas en las zonas minadas que estén bajo su jurisdicción o control, lo antes posible, y a más tardar en un plazo de 10 años, a partir de la entrada en vigor de esta Convención para ese Estado Parte”.

No obstante, debido a la contaminación realizada por los grupos armados organizados al margen de la ley, que emplean estos artefactos sistemáticamente con el ánimo de detener la ofensiva militar del Estado y para proteger activos ilegales y corredores de tránsito estratégicos, el Gobierno Nacional, en el marco de la Décima Reunión de Estados Parte celebrada en 2010, presentó una solicitud de extensión a los plazos previstos, la cual fue aprobada, extendiendo el plazo hasta el 1 de marzo de 2021.

Así las cosas, la obligación de destruir todas las minas antipersonales por parte del Estado solo se haría exigible hasta el 1 de marzo de 2021. Al respecto, se trae a colación como sustento de la decisión, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia del 19 de julio de 2017, con ponencia de la doctora Marta Nubia Velásquez Rico, dentro del radicado 54118, en donde se indicó:

“(…) si bien, mediante la Ley 554 de 2000, el Estado Colombiano aprobó e incorporó al ordenamiento jurídico interno la Convención de Ottawa y, como consecuencia, se obligó, entre otras cosas, a identificar y demarcar las zonas donde tenga conocimiento o sospeche que existan minas antipersonales y a destruir o asegurar la destrucción, en un plazo de 10 años, de todas aquellas puestas en su jurisdicción, también es cierto que en la décima reunión de los Estados parte de dicha convención le fue concedida una extensión de ese término, el cual se vence el 1º de marzo de 2021; por tanto, la ocurrencia de atentados como el que motivó esta demanda no puede entenderse aún como un incumplimiento del deber legal asumido por el Estado.”

De lo expuesto se colige que siendo el 1 de marzo de 2021 el plazo máximo con que cuenta el Estado para destruir todos los campos minados, la presencia de artefactos explosivos improvisados no puede considerarse como un incumplimiento por parte del Estado a sus

¹²<http://www.accioncontraminas.gov.co/Documents/Plan%20de%20Accion%20de%20DH.pdf>

obligaciones.

Ahora en relación con la revisión del segundo cargo, esto es, la omisión al apoyo técnico necesario de procedimientos especiales, por no haberse solicitado el apoyo técnico de una compañía especializada del grupo Exde (equipo detector de explosivos y minas antipersonales.), en la misión DAMASCO, se tiene lo siguiente.

Durante en el transcurso del proceso se insistió en el recaudo de la orden de operaciones DAMASCO desarrollada el día 13 de diciembre de 2013, por la compañía Baco, de la cual el Ministerio de Defensa contestó que revisados los archivos no fue posible encontrar esta orden de operaciones.

Sin embargo, se tiene que se allegó el formato explicativo del informe por término de la Misión a la ORDOP, de la lectura el Despacho encuentra que, el objeto era realizar operaciones con el fin de combatir los diferentes grupos insurgentes que delinquant en diferentes municipios del departamento del Meta, aplicando diferentes métodos de ataque y en cumplimiento de los manuales de seguridad con el fin de garantizar el orden y seguridad a la población civil.

Para el Despacho es claro que, las diferentes operaciones adelantadas por el Ejército Nacional se encuentran enmarcadas bajo el cumplimiento de una serie de manuales, cuyo objeto es el de garantizar la eficacia en el desarrollo de cada una de las maniobras desplegadas, con el fin de proteger y salvaguardar la integridad de cada uno de los miembros de dicha institución.

De la referida misión, se puede evidenciar la integración de información y análisis concerniente a la misión atribuida al Batallón de Combate Terrestre No. 75, indicando entre otras cosas, características del área de operaciones, recomendaciones y organización de los grupos guerrilleros que hacían presencia en dicha zona del país. En tal sentido, es claro que, en la actividad militar, es de gran importancia la planeación de las diferentes operaciones que se van a ejecutar, adoptando medidas que contrarresten toda clase de riesgos, dotando al personal militar de las garantías de seguridad propias del servicio.

Así mismo, el Despacho advierte que debido a los diferentes mecanismos de ataque instituidos por los diferentes grupos subversivos, entre estos, el uso indiscriminado de explosivos en las diferentes áreas de operaciones, especialmente en zonas rurales, se han visto afectados tanto la población civil como los miembros de la fuerza pública, lo que ha conllevado a la creación de herramientas que permitan apoyar a las diferentes unidades en la búsqueda, localización y destrucción de artefactos explosivos.

Por lo tanto, conforme al material probatorio allegado es claro que, grupos como el EXDE, tienen como misión apoyar las diferentes unidades militares en el desarrollo de operaciones y maniobras del combate irregular, por lo que se allegó copia del formato explicativo del informe por término de la misión a la Ordop del Batallón de Combate Terrestre 75, que indicó:

"1. SITUACIÓN O AMBIENTE OPERACIONAL:

*La compañía Baco realiza operaciones de combate irregular a partir del día 01-dic-2013, en el área de operaciones No. 3 en contra de las estructuras del comando conjunto del área centro del bloque oriental específicamente contra el frente 54-40 y la manuela Beltrán.
(...)*

2. MISIÓN

BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE No. 75 "la compañía Baco realiza operaciones de combate irregular a partir del día 01-dic-2013 en el área de operaciones No. 3 en contra de las estructuras del comando conjunto del área centro del bloque oriental específicamente contra el frente 54-40 y la Manuela Beltrán. (...) Mediante el desarrollo de la operación damasco se han venido desarrollando acciones de inteligencia con la población civil, la cual se ha hecho un análisis que nos ha podido determinar que el 86% de la población es afectada por las fare, esto debido a que ha transcurrido por muchos años la injerencia de estos grupos en todas las veredas del meta y esto ha llevado que la población civil sea afectada a ella, se ha venido combatiendo esta mentalidad con la presencia de las tropas respetándoles los derechos humanos y mostrándonos como la verdadera fuerza pública legítima y transparente del estado. (...) MISIÓN: El pelotón Baco 1 conduce operaciones de combate irregular a partir del día 01:0000 de Dic -2013 en el área de operaciones No. 3 designado contra las estructuras del comando conjunto del área centro del bloque orienta ONT- FARC para neutralizar su accionar delictivo estructura armada y logística doblegar su voluntad de lucha, forzar su desmovilización y desarme, garantizando la protección de la población civil la infraestructura económica y consolidar el territorio."

(...)

4. ESQUEMA DE LA ACCIÓN TÁCTICA CON LA QUE SE MATERIALIZA LOS RESULTADOS OPERACIONALES OBTENIDOS

(...)

13-DIC-2013. En la noche anterior llegamos a estas coordenadas 02°47'02"-74°06'31" y en este punto amanecemos, iniciamos movimiento al contacto con todas las medidas de seguridad tipo infiltración aproximadamente tipo 10:00 horas durante la infiltración Baco 2 entra en contacto en coordenadas 02°46'01"-74°48", luego se ejecuta la maniobra para seguir el avance y recuperar el contacto, cuando el soldado Montoya Pareja pisa una mina afectándole el pie izquierdo, ya sucedido o este evento se procede la escuadra de ese pelotón a prestarle los primeros auxilio, después se evacua el soldado sin novedad, se hace la H en las siguientes coordenadas 02°45' 56"-74°05'35"-74°05'35. ya después que evacua el soldado sin novedad , organizamos el personal hacemos un análisis de la situación del terreno, del enemigo y hacemos una desubicación en dirección norte quedando en esta noche en coordenadas 02°46'56"-74°05'35, ya después que evacuaron al soldado organizamos el personal hacemos un análisis de la situación del terreno, del enemigo y hacemos un análisis de la situación del terreno del enemigo y hacemos una desubicación en dirección norte quedando en esta noche en coordenadas 02°46'14"-74°06'14" organizando el dispositivo de seguridad y ejecutando tareas tácticas de emboscadas sobre unas picas que tiene el enemigo para hacer sus movimientos, se ejecutan estas tareas tácticas sin novedad.

(...)

5. MEDIDAS DE PREVENCIÓN ADOPTADAS EN EL DESARROLLO DE LA OPERACIÓN MILITAR

Como medida de prevención(sic) se desarrolla la excelente infiltración, la medida de seguridad en los cruces delinéales, la forma o recolección de agua, se aseguró los puntos críticos, empleando siempre los grupos EXDES.

(...)

8. RESULTADOS OPERACIONALES

Como resultado se obtuvo la localización de un campamento en coordenadas 02°47'28"-bandidos aproximadamente, con buena cubierta en medio de la selva con agua, con zanjas de arrastre camas, y durante la operación no se obtuvieron mas resultados tangibles."¹³

Es importante precisar que, la zona en donde se desarrollaba la misión, se caracteriza por la alta afluencia de miembros subversivos, por lo que, ante tal situación, era necesario la utilización de las diferentes herramientas en aras de salvaguardar la integridad de sus miembros.

¹³ Fls. 166-181c principal

El Despacho advierte que la prueba anteriormente referida no fue objeto de tacha por las partes, por lo que se le dará plena validez a la misma.

De la lectura del referido informe, es dable indicar que se tenía conocimiento de la presencia de grupos guerrilleros en la zona objeto de la misión, por lo que, ante tal situación, el grupo que ejecutaba dicha misión adelantó operaciones de registro con las herramientas brindadas para tal fin.

Adicionalmente, de los testimonios recaudados en el trámite del proceso, el Despacho advierte que los mismos guardaron congruencia entre sí, en tanto que coincidieron que en la Misión DAMASCO, si contó con grupo de apoyo EXDE, que se encontraban en el lugar de los hechos, que cada grupo EXDE estaba conformado por un comandante, cuatro soldados, expertos en detector de minas, binomio canino y los equipos necesarios para la detención de artefactos explosivos, como se desprende de las siguientes declaraciones del comandante de la compañía, capitán José Manuel Pedraza Ángel:

"PARA LOS HECHOS DE MATERIA EN INVESTIGACIÓN, RECUERDO QUE ESTÁBAMOS EN LA ORDEN DE UNA OPERACIÓN, EMANADA POR EL BATALLÓN, NO ENCONTRÁBAMOS TODA LA COMPAÑÍA DESEMPEÑANDO OPERACIÓN OFENSIVA EN CONTRA DE LAS ONT FARC, HABÍAMOS ENCONTRADO, HABÍAMOS INICIADO UNA INFILTRACIÓN UN DÍA ANTES, NO ME ACUERDO MUY BIEN HACIA EL SUR DE LA POSICIÓN REPORTADA EN ESOS DÍAS, EN EL CUAL ENCONTRAMOS UN ÁREA CAMPAMENTARIA LA CUAL SE ORDENÓ REVISAR Y REGISTRAR POR EL GRUPO EXDE.(.)

PREGUNTADO: INDICA USTED QUE LA COMPAÑÍA CONTABA CON GRUPO EXDE, NOS PUEDE DECIR CÓMO ESTABA COMPUESTO DICHO GRUPO EXDE Y DE QUÉ ELEMENTO ESTABA CONSTITUIDO. CONTESTÓ: LA COMPAÑÍA SI TENÍA GRUPO EXDE, CADA PELOTÓN TENÍA UN GRUPO EXDE, ERAN DOS PELOTONES, NO RECUERDO LOS COMANDANTES DEL GRUPO EXDE, PERO SI ESTABAN AL MANDO DE UN SUBOFICIAL Y LOS CINCO INTEGRANTES DEL GRUPO EXDE, TENÍAN SU BINOMIO CANINO SUS DOS DETECTORISTAS, SU PERI CUERDA, SOLDADO DE PERI CUERDA, OFICIAL QUE ERA EL ENCARGADO. EL SOLDADO ESPECIALISTA EN HACER LAS DETONACIONES Y HACER REGISTROS A DONDE SE FUERA UTILIZAR EL GRUPO EXDE."

Así mismo del testimonio del comandante del pelotón al que pertenecía el soldado profesional Yonathan Javier Valencia Caicedo, respecto de si hubo grupo Exde en la operación Damasco, el señor Alexander Antelínez Contreras indicó lo siguiente:

"PREGUNTADO: PODRÍA USTED PRECISARNOS SI RECUERDA SI EN LA OPERACIÓN CONTABAN CON GRUPO EXDE CONTESTÓ: SI TODAS LAS OPERACIONES CUENTAN CON GRUPO EXDE, ESTABA CONSTITUIDO POR CUATRO SOLDADOS Y EL COMANDANTE DEL GRUPO EXDE. PREGUNTADO: QUÉ FUNCIÓN DESEMPEÑA CADA UNO DE LOS CINCO SOLDADOS. CONTESTÓ: YO SÉ QUE HAY UN SOLDADO QUE MANIPULA EL DETECTOR Y EL COMANDANTE DE EXDE QUE VERIFICA QUE EL PROCEDIMIENTO SE HAGA COMO ES. PREGUNTADO: RECUERDA USTED CON QUÉ ELEMENTOS CONTABAN. CONTESTÓ: DETECTOR DE METALES Y EL ECAES, ES UN ESTUCHE QUE, DENTRO ESE ESTUCHE VIENEN COMO CINCO PARTECITAS Y ESE SE UTILIZA CUANDO ALGUIEN SOSPECHA QUE ALLÁ EN ESA SILLA HAY UN ARTEFACTO EXPLOSIVO Y ENTONCES COGEN UNA CUERDA, UNOS GANCHOS Y LO HALAN A HABER SI ENCUENTRA ALGÚN ELEMENTO. PREGUNTADO: RECUERDA USTED SI LLEVABAN CANINO. CONTESTÓ: SI CLARO, UN CANINO SE CARGA. APODERADA DE LA PARTE ACTORA: PREGUNTADO: EL GRUPO EXDE IBA UNA POR CADA PELOTÓN O POR COMPAÑÍA. CONTESTÓ: LA VERDAD NO SÉ SI EL OTRO PELOTÓN LO TENÍA, PERO EL GRUPO QUE ESTABA CONMIGO SI LO TENÍA."

Ahora bien, en relación a los cargos endilgados por el apoderado de la parte demandante, el Despacho advierte que, en el presente asunto, la falla en el servicio se constituyó por las presuntas omisiones en que se incurrieron en el desarrollo de una misión, en la que a juicio de la parte demandante no se adelantaron las respectivas labores de registro e inspección de elementos explosivos, por parte de grupos especializados, como lo es el grupo EXDE.

Al respecto, el Despacho debe precisar que, de las pruebas obrantes en el expediente y los testimonios, se advierte que, la tropa de la que había parte el aquí demandante sí se contaba con la totalidad de los integrantes del grupo EXDE, por lo que, en tal sentido es dable precisar que atendiendo la modalidad con la que actúan los grupos insurgentes, en múltiples ocasiones aun contando con la totalidad de integrantes que conforman el grupo EDXE, se dificulta la localización y destrucción de artefactos explosivos y es inevitable que se causen daños en la integridad de los miembros de la fuerza pública.

Adicionalmente, la explosión de la mina que pisó el soldado Montoya, cuyas esquirlas cayeron al aquí demandante en su muslo derecho, se debe más a que como se indicó en los testimonios, mientras iban en avanzada el grupo insurgente abrió fuego y los pelotones tuvieron que responder y replantear las tácticas y fue en ese instante cuando, el soldado pisó la mina, lo que lleva a la conclusión que no fue la falta de apoyo de los grupos EXDES, sino las circunstancias propias del evento, en tanto en estas situaciones depende de los aspectos que rodean el área en donde se encuentre el grupo militar y la disposición de estos, y como se desprende de las pruebas allegadas, no se advierte algún tipo de omisión tal y como lo pretende hacer ver el apoderado de la parte demandante.

En efecto, en el presente caso, se iba realizando el correspondiente registro por el grupo EXDE, sin embargo, ante el ataque que realizaron los grupos al margen de la Ley, en la maniobra defensiva, las tropas tuvieron que reaccionar de manera inmediata para salvaguardar su integridad respecto al ataque, sin embargo, en dicha maniobra se presentó el suceso en el que resultó lesionado el aquí demandante, sin que se avizore alguna irregularidad, pues no es viable señalar, que en medio de una maniobra de defensa de un ataque con armas de fuego, el grupo EXDE haya omitido sus funciones, pues el tiempo y modos en estas circunstancias, no permitía que se realizaran las labores de localización de minas, encontrándose toda la tropa en el mismo nivel de riesgo para repeler el ataque.

En consecuencia, es claro que la presencia del grupo EXDE es importante en este tipo de operaciones, con el fin de minimizar los riesgos que se presentan al transitar por determinadas zonas, no obstante, la presencia de este grupo no contrarresta la concreción de diversos riesgos por parte de los miembros de la tropa, toda vez que en cada desplazamiento que se realiza en cumplimiento de una orden, se encuentra inmerso un peligro respecto de la activación de distintos artefactos explosivos, contingencia que es asumida al momento del ingreso al Ejército Nacional como Soldado Profesional.

Por lo tanto, es claro que, a pesar de contar con equipos especiales, no es posible garantizar la integridad de los miembros de los pelotones, en tanto que la detección y ubicación de campos minados es de alta complejidad, atendiendo las técnicas utilizadas por parte de los grupos al margen de la Ley.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que en desarrollo de la misión en la que resultó afectado el aquí demandante, se contaba con un componente primordial del grupo EXDE, se advierte que si bien se han expedido una serie de protocolos en la que se plasman una serie de procedimientos para lograr la detección y posterior destrucción de artefactos explosivos a través de grupos especializados, en aras de preservar la integridad de la población civil y militar, en muchas ocasiones debido a las circunstancias de tiempo, modo y lugar, no es posible dar cumplimiento a lo allí establecido, más aún cuando el desarrollo de las actividades de este grupo, solo se puede realización cuando está sin presión enemiga.

Analizados los hechos de las circunstancias concretas que rodearon la lesión del soldado profesional, la parte actora no logró acreditar el daño antijurídico ni la imputación fáctica y jurídica para hacer aflorar la responsabilidad de la demandada, con lo cual la carga de la

prueba, a la luz de lo señalando en el artículo 167 del Código General del Proceso no fue satisfecha, por lo que habrá de negarse las pretensiones de la demanda. Al respecto de la carga probatoria, el Consejo de Estado¹⁴ ha señalado:

"El fallo se debe apoyar en los hechos demostrados con las pruebas legalmente solicitadas, decretadas, practicadas y allegadas al proceso, las cuales determinan el sentido de la providencia, esto es favorable a las pretensiones si los hechos probados constituyen el supuesto de hecho de las normas invocadas por el demandante y que consagran los efectos jurídicos perseguidos en su demanda, o desfavorable al petitum en el caso contrario si no se acreditan los hechos alegados."

De igual manera, en el caso que nos ocupa tenemos que, el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo de manera voluntaria se sometió a los riesgos propios de la actividad militar, entre los que se encontraba la posibilidad de sufrir lesiones o incluso la muerte por las acciones desplegadas por grupos insurgentes, sin que se advierta que los daños padecidos por la víctima se originaron con ocasión a la falta de previsión, organización y aplicación de protocolos por parte de la institución militar.

En este orden de ideas, es dable afirmar que en el presente caso no se advierte que la entidad demandada haya incurrido en algún tipo de omisión o que se haya sometido al demandante a riesgos superiores a los que normalmente debía afrontar en las actividades propias de la labor que adelantaba.

Lo anterior atendiendo que, no se advierte que se haya sometido al demandante a un riesgo excepcional, dada la actividad que desarrollan los integrantes del Ejército Nacional o que atendiendo la escala de mando se haya presentado un trato desigual, que haya conllevado a la concreción de la situación que causó la lesión al señor Yonathan Javier Valencia Caicedo.

7. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones padecidas por el señor Yonathan Javier Valencia Caicedo, cuando ejerciendo actos propios del servicio, su compañero Montoya activó una mina antipersona, y le cayeron las esquirlas afectándole el muslo derecho, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra demostrada una falla atribuible a la entidad demandada.

8. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia: Agosto 28 de 2003. Referencia: Expediente 3124

derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00676-00
Demandante :	Sigfredo Lasso Valencia
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 119**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Sigfredo Lasso Valencia y Rosa Gómez Alchur en nombre propio y de sus menores hijos Yuliana María Lasso Alchur, Sigfredo Lasso Gómez, Angie Tatiana Lasso Gómez y Yenny Lorena Lasso Gómez presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional a efectos de que se le declare responsable, con ocasión de las presuntas lesiones ocasionadas al señor Sigfredo Lasso Valencia y su menor hija Yuliana María Lasso Gómez el 28 de junio de 2013.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios inmateriales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 93 a 94 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el día 28 de junio de 2013, en la jurisdicción del corregimiento el Queremal, municipio de Dagua (valle del cauca), policías fueron emboscados por los guerrilleros y atacados con explosivos, existiendo un enfrentamiento entre estos, hechos en el que resultaron heridos el señor Sigfredo Lasso Valencia y su hija menor de edad Yuliana María Lasso Gómez.

Señaló que, los demandantes fueron trasladados al Hospital Departamental por las graves heridas ocasionadas con arma de fuego.

Expuso que, para la época de los hechos el señor Sigfredo se desempeñaba como comerciante y su ingreso ascendía al salario mínimo mensual, sustento con el que mantenía a su familia. l (f. 154 a 192 c. principal).

2.3.Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 26 de febrero de 2018, la Nación – Ministerio de Defensa –

Policía Nacional contestó la demanda, aduciendo que, en la presente demanda operó el fenómeno de caducidad, en razón a que los hechos se presentaron el 28 de junio de 2013, la conciliación se radicó el 10 de marzo de 2015, la constancia se expidió el 28 de mayo de 2015 y la demanda se radicó en los Juzgados Administrativos el 28 de mayo de 2017.

Se opone a la imputación por el hecho lamentable donde resultaron lesionados el señor Sigfredo Lasso Valencia y su menor hija, puesto que no fueron producto del querer de la administración, en tanto se debió al hecho exclusivo de un tercero, por lo que no se le podía endilgar responsabilidad a la entidad.

Por lo anterior concluyó que, no estaban dados los elementos jurídicos que permitieran atribuir responsabilidad a la demandada, por lo que solicitó que se negaran todas las pretensiones de la demanda. (f. 162 a 174 c. principal).

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 19 de junio de 2015 ante los Juzgados Administrativos correspondiéndole al Juzgado 15 de la Sección Segunda (f. 96), que mediante auto del 6 de agosto de 2015 remitió el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá – Sección Tercera (fls 98-99), correspondiéndole el conocimiento a este Despacho el 23 de septiembre de 2015 (f.102), que mediante auto de 18 de mayo de 2016 inadmitió la demanda la cual no fue subsanada (f.107), el 4 de agosto de 2016 fue rechazada la demanda (f. 110) decisión que fue apelada y revocada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls, 133-136), y mediante auto del 14 de septiembre de 2017 se admitió la demanda (f. 141 a 144).

Mediante auto de 18 de diciembre de 2018, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial el 19 de marzo de 2019 (f. 183).

El 22 de octubre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 168-169 principal).

2.5. Las partes no presentaron alegatos de conclusión.

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto, en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar, si por las circunstancias en que se lesionaron el señor Sigfredo Lasso Valencia y la menor Yuliana María Lasso Gómez, le es atribuible responsabilidad alguna a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional, y por ende, resulta procedente el reconocimiento de los perjuicios solicitados por la parte actora.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.3. El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Profundizando en el plano conceptual, de la misma jurisprudencia se toma:

“(...) la Corte no puede perder de vista que la responsabilidad patrimonial del Estado funda sus bases en el concepto de daño antijurídico. Este, que no halla definición en la Constitución Política y fue adoptado de la legislación foránea y delimitado por la doctrina constitucional, ha sido entendido como aquel perjuicio ocasionado por la actividad lícita o ilícita del Estado que afecta patrimonial o extrapatrimonialmente a una persona que no está en la obligación jurídica de soportarlo.” Negrillas del despacho.

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

Y citando jurisprudencia del Consejo de Estado⁴, precisó:

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades este tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo" Negrillas del despacho.

En resumen, es de suma importancia para calificar si existe o no la responsabilidad del Estado que se corrobore, como primer paso, si existe un daño y, seguidamente, si el mismo se puede valorar como antijurídico conforme a la definición jurisprudencial que se ha dado de éste.

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Certificación donde se indica que, el 28 de junio a las 11:50 a.m., en el sector la Balastera, jurisdicción del municipio de Dagua, se presentó un ataque por personas al margen de la ley, resultando heridos dos policiales y dos civiles, el señor Sigifredo Lasso Valencia y la niña Juliana Marie Lasso Gómez de 6 años de edad, con arma de fuego y que fueron remitidos al Hospital Universitario del Valle, suscrita por la Gerente de Gobierno, Convivencia y Paz de la Alcaldía de Dagua⁵.
- Certificación suscrita por el técnico de la personería Municipal Dagua – Valle, donde se señaló que, el señor Sigifredo Lasso Valencia rindió declaración el 03 de julio de 2013 como desplazado que fue víctima de un acto terrorista el 28 de junio de 2013.⁶
- Copia de la historia clínica del puesto de Salud del Queremal, en la que se indicó la atención de urgencias del día 28 de junio de 2013 del señor Sigifredo Lasso Valencia y se diagnosticó herida de la pared anterior del tórax, que requirió valoración por cirugía para establecer lesión de ápex pulmonar derecho y estudios.⁷
- Epicrisis - Historia clínica 2216372 de Sigifredo Lasso Valencia del Hospital Universitario del Valle:

"Diagnostico Presuntivo: Terap Torax 529

Exámenes radiológicos: RY de Tórax

Enfermedad Actual: Paciente con cuadro clínico consistente en herida con arma de fuego a nivel de lado axila derecha.

Resumen de evolución: Paciente con herida en región 3 EFC, sin compromiso pulmonar, sin trayecto vascular, sin sangrado (...)

Incapacidad: desde el 28 de junio de 2013 hasta el 03 de julio de 2013.

(...)⁸

- Copia de la historia clínica del puesto de Salud del Queremal, en la que se indicó la atención de urgencias del día 28 de junio de 2013 de la niña Yuliana María Lasso Gómez, de la siguiente forma: *"Niña que se encontraba almorzando y hubo una emboscada de la guerrilla a la policía. En el Evento la niña recibe una herida por proyectil de alta velocidad a nivel del cuello."* Requiere valoración por CIRUGÍA

⁴ La referida sentencia de la Corte Constitucional incluye fragmentos de pronunciamientos del Consejo de Estado. Sentencia del 13 de julio de 1993. Loc-cit.

⁵ Fol. 17

⁶ Fol. 18

⁷ FOL. 19

⁸ Fls 21-34

*GENERAL. Definir si hay neumó o hemotorax.*⁹

- Historia clínica No. 2216372 de Yuliana Lasso Gómez:

"(...)

Ingresa paciente menor de edad al servicio de pediatría urgencias en compañía de paramédico + familiar Con DX herida por arma de fuego en región lateral izquierda compromete pabellón auricular paciente alerta no dificultad respiratoria, se canaliza dos venas periféricas se toma muestra reserva y CH.

SALA DE OPERACIONES

Ingresó paciente a sala de cirugía No. 4 de 6 años de edad despierta con diagnóstico de herida por arma de fuego en cuello lado izquierdo, se pasa a mesa quirúrgica y se monitorea TA 125 /56(76) FC 108r SY 99% canalizada en MON y MSI se observa herida en oreja y cuello lado izquierdo; Dr., Velásquez inicia inducción de anestesia general con tubo No. 5.0 sin complicaciones; se inicia procedimiento de esofagoscopia; se procede a realiza asepsia y antisepsia de herida: 18:37 se inicia procedimiento quirúrgico sin complicaciones; 1900h entrega paciente en procedimiento quirúrgico.

(...)

30/Jun Evolución Ana Frank

Yuliana Lasso 6 años

09:45

DX

(1) HPAF carga múltiple en cuello

(2) POP exploración y debidamente madres y paciente presentan buenas condiciones generales, niegan sangrado, picos febriles, odinofagia y emesis. Diuresis al paciente en silla, deambula, activa sin SIRS FC: 104x FR 20x T/A95/56 T°36.5C

Mucosas hidratadas, semipalidas, cuello con herida saturada no sangrado, no hematomas no secreciones, Limpia sin signos de infección RCR no soplos, MVO no agregados. BID no doloroso, Ext: . Móviles, norma pereundidas APA

SNC: Sin Déficit aparente

AIP: Paciente con evaluación clínica favorable sin SIRS, hx en cuello sin signos de infección ni sangrado, se inicia hoy V.C: Val. y se vigila tolerancia. Pte Psicología y trabajo social.

(...)

Julio 2/13 Continúa evolución ANA FRANK

Alerta, orientadora;

*Paciente en POP con buena evolución clínica, sin picos febriles, tolerancia vía oral, sin signos de infección local en herida quirúrgica. Se decide dar salida con recomendaciones y signos de alarma, cita control en 8 días y manejo antibiótico con cefalexina.*¹⁰

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

Se tienen recortes de prensa tal como <http://www.elpais.com.co/el>

⁹ Fol. 72 y Cd Fol. 163

¹⁰ Fls. 35-71 y cd Fol. 163

país/judicial/noticias/autoridades-reportan-dos-ataques-guerrilleros- en el Queremal y otras noticias adicionales.¹¹

Oficio No. 687/ ESTPO5-1 SUBPO5 1.4-29, suscrito por el Comandante de Subestación de Policía Queremal del 10 de octubre de 2014 indica lo siguiente:

“De manera atenta y respetuoso me dirijo a mi Mayor con el fin de allegar información, de acuerdo a derecho de petición donde solicitan copia de los libros de población y de guardia de la fecha 28 de junio de 2013 donde resultaron dos civiles heridos por ataque de miembros de las Farc a una patrulla policial la cual iba a conocer un caso de hurto a un bus. En el libro de población del año 2013 en sus folios 114 al 116 manifiestan claramente los hechos ocurridos el día 28-06-2014 aproximadamente las 12:00 Horas donde La Patrulla conformada por los patrulleros VIAFARA MULATO ROBERT MAURICIO Y CRUZ GARCIA DANIEL FELIPE, en compañía del señor Intendente LÓPEZ BERNAL JOSÉ, salen hacia el Km 51 a conocer un caso del hurto a un bus, donde fueron hostigados y heridos por un grupo de personas integrantes del frente 30 de las FARC, en este sitio también resultan heridos dos civiles tal cual relata en el folio 115, una menor de 6 años de edad YULIANA LASSO GÓMEZ la cual presentaba una herida por arma de fuego a la altura de cuello lado izquierdo y su padre SIFIFREDO LASSO GOMEZ con una herida por arma de fuego a la altura del tórax lado derecho, siendo trasladados al hospital departamental de Cali. Esta anotación se halla de igual manera en la minuta de guardia del año 2013 en su folio 149.¹²

El Despacho encuentra que obra en el plenario minutas de servicio de la subestación de Policía El Queremal – Departamento del Valle, de los hechos ocurridos el 28 de junio de 2013, del libro de minuta de guardias¹³, de la que se extrae lo siguiente:

fecha	Hora	Asunto	Anotación
28/06/2013	12:00	Anotación	A esta hora y fecha dejó constancia el personal policial que salió a verificar un posible hurto en un bus de servicio público en la vía vieja a Buenaventura sentido Buenaventura Cali en el kn 51 fueron emboscados por un grupo subversivo al parecer frente treinta de las Farc resultados del ataque: Lesionados por arma de fuego calibre sin especificar sr. Intendente López Bernal José presenta herida en las extremidades superiores ambos brazos, patrullero Viafara Molato Robert presenta heridas en la pierna izquierda. También resulta lesiones de seguimiento personal civil: Juliana Laszo Gómez, 6 años de edad, hija de Rosa y Sigifredo, presentó herida a la altura del cuello Sigifredo Laszo Valencia c.c. 94 416.906 casado, residente en la vereda la balastrera presentó herida a la altura del torax, lado derecho. Durante el atentado, el Sr. Intendente López acciona su arma de detonación con diez cartuchos emprendiendo la huida del lugar de los hechos perdiéndosele un cargador (...)

Copia de Minutas¹⁴ levantadas el día 28 de junio de 2013, por la Subestación de Policía de la Población del corregimiento del Queremal, de la que se destaca lo siguiente:

¹¹ Fls. 7-9

¹² Fol. 14 adverso

¹³ Fol. 13

¹⁴ Fol. 16

fecha	Hora	Asunto	Anotación
0/06/2013	12:00	Anotación	(...) el Pt Cruz de acuerdo a la orden dada por el cr. Ortega 1-2 debe presentarse para el día martes 02 de julio, así mismo dos cuales, una menor de edad de 6 años de edad Juliana Lasso Gómez y su padre Sigifredo Lasso Valencia de 44 años de edad, residente de este sector, la menor presenta herida con arma de fuego a la altura del cuello lado izquierdo, el padre con una herida con arma de fuego a la altura del tórax lado derecho, mencionado (sic) fueron trasladados al hospital departamental, al momento se encuentran estables y los policiales a la policlínica(...)

Se observan registros¹⁵ civiles de: Yuliana María Lasso Gómez (víctima), Sigifredo Lasso Gómez (Víctima), Jenny Lorena Lasso Gómez (hija Sigifredo Lasso) y Angie Tatiana Lasso Gómez (Hija de Sigifredo Lasso).

De otra parte, el Despacho encuentra oficio No. S- 2019 019910/COMAN-ASJUR-1.10 Santiago de Cali, con fecha 13 de febrero de 2019, del que se extrae lo siguiente:

"Informe al peticionario que frente al caso especial ocurrido el 28 de junio de 2013 siendo aproximadamente a las 11:30 horas, por la antigua vía al mar que comunica los municipios de Santiago de Cali y Buenaventura a la altura del Kilómetro 45, resultaron lesionados por una acción ofensiva de las FARC un personal policial adscrito a la subestación de Policía Queremal del Municipio de Dagua.

En el hecho resultaron lesionados el señor Intendente José Edison López Bernal (presenta un impacto de proyectil de arma de fuego a la altura del antebrazo derecho), el patrullero Robert Mauricio Viáfara Mulato (presenta esquirla a la altura de la rodilla izquierda) y el patrullero Daniel Felipe Cruz García (presenta laceración en miembro superior izquierdo), (...)

De acuerdo a las versiones preliminares aproximadamente a 800 metros del hotel de razón social "El campanario" los uniformados se ubicaron con el fin de verificar la información otorgada por el señor oficial comandante del distrito y minutos más tarde fueron atacados con ráfagas de fusil desde la parte alta de la montaña, al parecer por guerrilleros del frente 30 de las FARC.

Una vez se presentó el hostigamiento a los uniformados, se replegaron del lugar para salvaguardar su integridad cuando cesan los disparos los uniformados se percatan de las lesiones.

Unidades del Emcar 34 se desplazaron hacia el lugar de los hechos y a la altura de la vereda Camelias a un kilómetro del corregimiento El Queremal, fueron sorprendidos con la detonación de un artefacto explosivo que estaba ubicado sobre la vía sin que se presentaron novedades en la persona policial tan solo daños en el vehículo NPR de siglas 30-050.

Cabe resaltar, que en el hecho resultaron lesionados los particulares Sigifredo Lasso Valencia identificado con cedula de ciudadanía No. 94416900, quien presenta una herida por proyectil de arma de fuego a la altura del tórax izquierdo y Juliana María Lasso Gómez de 6 años de edad, quien presenta herida por impacto de proyectil a la altura del cuello lado izquierdo siendo remitidos a la ciudad de Cali.

(...)¹⁶

¹⁵ Fls. 122-12

¹⁶ Fol. 131

Finalmente se arrió al proceso respuesta de solicitud No. Sim 1320122916 del 26 de febrero de 2019¹⁷, suscrita por la Defensora de Familia Centro Zonal Regional Valle del Cauca del Instituto de Bienestar Familiar, por la que se informó:

“(…)

Teniendo en cuenta el reporte enviado por el Hospital Departamental del Valle – Cali, el cual informa “hoy 28 de junio de 2013 Hora 2:50 pm ingresa a sala pediatría Trauma niña de 6 años de edad por herida por arma de fuego. Llega remitida de Puesto de Salud Queremal, en remisión informan que la niña estaba cerca a su casa y sufre herida en emboscada de la guerrilla a la Policía. En el evento la niña recibe una herida por proyectil de alta velocidad a nivel del cuello, Datos de ubicación la niña vive con su familia en la Vereda La Balastrea del Queremal, Valle.

(…)”

Se recuerda que, en audiencia inicial se decretó prueba pericial, consistente en oficiar a la Junta de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca, para que practicara valoración médico laboral a Sigifredo Lasso Valencia y de la menor Yuliana Mari Lasso Gómez, a fin de determinar la pérdida de capacidad laboral, la cual no se llevó a cabo por la parte demandante¹⁸.

Ante la situación el Despacho declaró desistida la prueba por la falta de interés en la misma¹⁹.

A partir de las pruebas relacionadas anteriormente, puede inferirse que las lesiones sufridas por el señor Sigifredo Lasso Valencia y la menor Yuliana María Lasso Gómez, se presentaron cuando se desplazaban por la vereda la Balastrea del Municipio de Dagua del corregimiento Queremal – Valle, cerca de su casa; en este mismo lugar, en cumplimiento de sus funciones, una patrulla de policiales fueron a conocer un supuesto caso de hurto en un bus, los que fueron atacados y heridos por integrantes del frente 30 de las Farc, donde dos policiales también resultaron heridos.

- De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

En el caso objeto de estudio, el Despacho observa que la parte demandante señaló que, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, debía responder por el riesgo excepcional, *puede decirse que del acercamiento al concepto de daño antijurídico, pueden deducirse sus principales características “i) El deber patrimonial de reparación por parte del Estado, resulta de aquellos daños que sobrepasan los límites jurídicos que rompen con el principio de igualdad de cargas públicas. ii) El daño causado por el Estado de forma directa y eficiente, no puede ser indemnizado si ha sido contribución y causa voluntaria de quien lo reclama.”*²⁰

Del estudio que se hace de las pruebas obrantes en el expediente, el Despacho encuentra demostrado que, el 28 de junio de 2013 la policía de la Subestación El Queremal, ante un llamado ciudadano, siendo aproximadamente las 12:00, una patrulla con cuatro policiales acudieron por la vía al mar que comunica a los municipios de Santiago de Cali y Buenaventura, fue víctima de una emboscada por parte del frente 30 de las Farc donde resultaron heridos tres patrulleros, y adicionalmente dos civiles, Sigifredo Lasso Valencia y la menor de 6 años Yuliana María Lasso Gómez con armas de fuego²¹.

Así mismo, se encuentran probadas las lesiones que sufrieron los demandantes, por una parte, el señor Sigifredo Lasso Valencia recibió una herida con arma de fuego a nivel de lado axila

¹⁷ Fol. 152

¹⁸ Fls. 140-142

¹⁹ Fls. 168-169

²⁰ Fol. 91 vto

²¹ Fol 210

derecha, quien luego de procedimiento quirúrgico, evolucionó de buena manera, sin compromiso pulmonar, sin trayecto vascular, sin sangrado, al parecer sin secuelas al momento de la salida del Hospital Universitario del Valle.

De otra parte, respecto de Yuliana María Lasso Gómez, de seis años de edad para la fecha de los hechos, se tiene que ingresó al Hospital Universitario del Valle el 28 de junio de 2013, hasta el 02 de julio de 2013, con una herida por arma de fuego en región lateral izquierda pabellón auricular, sometida a un procedimiento quirúrgico sin complicaciones, con buena evolución clínica, sin picos febriles, tolerancia vía oral, sin signos de infección local en herida quirúrgica.

Por lo tanto, las lesiones que padecieron el señor Sigfredo Lasso Valencia y la menor Yuliana María Lasso resultan imputable a la entidad demandada, pues ocurrió mientras los policiales realizaban actos propios del servicio, no obstante fueron emboscados por el frente 30 del grupo insurgente de las Farc, pues de acuerdo a las historias clínicas, oficios y minutas suscritas por la Policía Nacional, no hay duda que el hecho se presentó en una emboscada de la guerrilla a la patrulla de la policía que fue a prestar su servicio por el llamado ciudadano por un presunto hurto en una buseta..

De lo expuesto se concluye que, la situación fáctica en la que tuvo ocurrencia los hechos objeto de la demanda, se encontraba ligada a la actividad de la Administración, como quiera que además del señor Sigfredo Lasso Valencia y Yuliana María Lasso Gómez, también resultaron heridos tres policías que, estaba cumpliendo labores afines al servicio oficial, el intendente José Edison López Bernal, el patrullero Mauricio Viáfara Mulato y el patrullero Daniel Felipe Cruz García, adscritos a la Subestación de Policía Queremal del Municipio de Dagua.

A efectos de que operen los eximentes de responsabilidad (hecho de la víctima o de un tercero), es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder activo u omisivo de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.

De la situación fáctica, el señor Sigfredo Lasso Valencia y la menor Yuliana María Lasso Gómez no están obligados a soportar el daño que se generó con la emboscada del frente 30 de las Farc a la patrulla perteneciente a la subestación de Queremal, en tanto se sometió a las víctimas a un daño especial. En conclusión, en el caso concreto el deber de reparación surgió, en la medida en que el daño se produjo a causa de la concreción del riesgo que implica la actividad policial.

Al respecto, en providencia del 13 de abril de 2015, bajo el radicado 73001233100020040003701, consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, el Consejo de Estado se ha pronunciado de la siguiente forma:

2.2.1 La muerte o lesiones de miembros de la población civil durante un enfrentamiento armado entre el Estado y un grupo armado insurgente – Reiteración Jurisprudencial²²

²² Consejo de Estado, sentencia de 22 de octubre de 2012, Exp. 24.070, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Ahora bien, en el específico caso que se encuentra bajo examen de la Sala se hace necesario valorar la imputación en una doble perspectiva: en primer lugar, desde la producción del daño antijurídico ocurrido durante un ataque armado y el enfrentamiento entre el Estado y un grupo armado insurgente, bien sea como consecuencia de la acción, omisión o inactividad en los deberes de protección, seguridad y ejercicio de la soberanía en las que hayan podido incurrir las entidades demandadas, y que representen, también, la vulneración de los derechos reconocidos a la vida e integridad, dentro del marco de la dignidad humana, y los derechos humanos que por el mismo bloque merecen ser objeto de protección en cabeza de las fallecidas y los lesionados en los hechos acaecidos el 27 de agosto de 1999, como miembros de la población civil. De tal manera, cabe observar la atribución jurídica del daño antijurídico, en principio, a las entidades demandadas por falla en el servicio consistente en el incumplimiento e inobservancia de los deberes positivos derivados de exigencias constitucionales, legales, y del bloque ampliado de constitucionalidad (artículo 93), esto es, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos, que pueden ser constitutivos de una falla en el servicio.

En clave constitucional, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución Política, es claro que la obligación positiva que asume el Estado de asegurar a todas las personas residentes en Colombia la preservación de sus derechos a la vida y a la integridad física, como manifestación expresa de los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y a la seguridad personal, no se encuentra dentro de la clasificación moderna de las obligaciones como una obligación de resultado sino de medio, por virtud de la cual son llamadas las distintas autoridades públicas a establecer las medidas de salvaguarda que dentro de los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad resulten pertinentes, a fin de evitar la lesión o amenaza de los citados derechos fundamentales.

Desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, debe observarse lo consagrado en el Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra” (ratificado por Colombia el 8 de noviembre de 1961), y en el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, “relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional”.

De acuerdo con el Convenio IV de Ginebra son aplicables en este tipo de eventos, y dentro del concepto de conflicto armado interno el artículo 3 común, ya que tratándose de conflictos no internacionales el Estado parte está llamado a aplicar “como mínimo” los siguientes criterios:

“(...) 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades (...) y las personas puestas fuera de combate por (...) detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

*a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.
(...)” (subrayado fuera de texto).*

Luego, tratándose de situaciones ocurridas en el marco del conflicto armado interno, el Estado debe orientar su accionar no sólo a cumplir los mandatos constitucionales (artículo 2, especialmente, de la Carta Política) y legales, sino también a dar cabal aplicación y respetar lo consagrado en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra, en especial los siguientes mandatos positivos: i) es aplicable a los conflictos armados “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1); ii) será aplicable “a todas las personas afectadas por un conflicto armado” (artículo 2); iii) la invocación de este Protocolo, en los términos del

artículo 3.1, no puede hacerse con el objeto de “menoscabar la soberanía de un Estado o la responsabilidad que incumbe al gobierno de mantener o restablecer la ley y el orden en el Estado o de defender la unidad nacional y la integridad territorial del Estado por todos los medios legítimos” (respeto del principio de soberanía en sus dimensiones positiva y negativa); iv) como garantía fundamental se establece que todas “las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor (...) Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes” (artículo 4.1); y, v) se prohíben los “atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio (...) o toda forma de pena corporal” (artículo 4.2).

En este marco, cabe afirmar que “ante la inevitabilidad de los conflictos, se hace perentorio garantizar, por las vías que sean –internacionales o internas–, el respeto de las reglas básicas de humanidad aplicables en cualquiera situaciones de violencia bélica; situaciones que al día de hoy se presentan en su mayor parte como conflictos armados sin carácter internacional”²³.

Dentro del catálogo de principios reconocidos por los instrumentos de Derecho Internacional Humanitario está previsto el principio de distinción²⁴, según el cual “las partes dentro de un conflicto armado deberán distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes civiles y objetivos militares”²⁵. Dicho principio se justifica en la necesidad de que “las hostilidades se libren entre combatientes y contra objetivos militares para que en ninguna circunstancia afecten a los no combatientes y a los bienes civiles”²⁶.

El Protocolo I Adicional a los IV Convenios de Ginebra²⁷ establece el principio de distinción en relación con los bienes militares y civiles en los siguientes términos:

“Artículo 52: Protección general de los bienes de carácter civil

1. Los bienes de carácter civil no serán objeto de ataque ni de represalias. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares en el sentido del párrafo 2.

2. Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción

²³ “Y es de resaltar el hecho de que en la mayoría de los conflictos actuales las principales víctimas son las personas civiles, que corren el riesgo de perder la vida o de ser mutiladas en el curso de los combates, y a menudo se ven obligadas a abandonar sus lugares de origen, convirtiéndose en desarraigadas”. PEREZ GONZALEZ, Manuel. “Introducción; El derecho internacional humanitario frente a la violencia bélica: una apuesta por la humanidad en situaciones de conflicto”, en RODRIGUEZ – VILLASANTE, José Luis (Coord) Derecho internacional humanitario., ob., cit., p.41.

²⁴ Ramelli Arteaga, Alejandro. “Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia” GIZ, 2011. Pp. 145. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-291 de 2007.

²⁵ Marco Sassoli. “Legitimate targets of attacks under international humanitarian law”. Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research. 2003. Disponible en: <http://www.hpcrresearch.org/sites/default/files/publications/Session1.pdf>.

²⁶ Valencia Villa, Alejandro. “Derecho Internacional Humanitario. Conceptos básicos, infracciones en el conflicto armado colombiano”. USAID y Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2007. P. 121. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995. “Uno de las reglas esenciales del derecho internacional humanitario es el principio de distinción, según el cual las partes en conflicto deben diferenciar entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo de la acción bélica. Y esto tiene una razón elemental de ser: si la guerra busca debilitar militarmente al enemigo, no tiene por qué afectar a quienes no combaten, ya sea porque nunca han empuñado las armas (población civil), ya sea porque han dejado de combatir (enemigos desarmados), puesto que ellos no constituyen potencial militar. Por ello, el derecho de los conflictos armados considera que los ataques militares contra esas poblaciones son ilegítimos, tal y como lo señala el artículo 48 del protocolo I, aplicable en este aspecto a los conflictos internos, cuando establece que las partes “en conflicto harán distinción en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigirán sus operaciones únicamente contra objetivos militares”.

²⁷ Cfr. Ley 11 de 21 de julio de 1992, “por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, adoptado en Ginebra el 8 de junio de 1977”. Corte Constitucional, sentencia C-088 de 1993.

militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida.

3. En caso de duda acerca de si un bien que normalmente se dedica a fines civiles, tal como un lugar de culto, una casa u otra vivienda o una escuela, se utiliza para contribuir eficazmente a la acción militar, se presumirá que no se utiliza con tal fin."

Si bien el Protocolo II Adicional a los IV Convenios de Ginebra no contiene expresamente la prohibición de atacar a bienes civiles²⁸, ésta ha sido incorporada en varios instrumentos de Derecho Internacional Humanitario aplicables a conflictos armados internos. En efecto, los artículos 3.7 del Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos enmendado el 3 de mayo de 1996²⁹ y 2.1 del Protocolo III sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias³⁰ establecen la prohibición de atacar bienes civiles.

Así mismo, la Resolución 1265 de 1999 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas condenó todos los ataques dirigidos en contra de bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario³¹.

Por su parte, el Customary International Humanitarian Law también establece el principio de distinción entre los bienes civiles y militares en los siguientes términos:

"Regla 7. Las partes en conflicto deberán hacer en todo momento la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares. Los ataques sólo podrán dirigirse contra objetivos militares. Los bienes de carácter civil no deben ser atacados.

Regla 8. Por lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida.

Regla 9. Son bienes de carácter civil todos los bienes que no son objetivos militares.

*Regla 10. Los bienes de carácter civil gozan de protección contra los ataques, salvo si son objetivos militares y mientras lo sean"*³².

De esta manera, y tal como lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia, el principio de distinción pretende *"la protección de la población civil y de objetos civiles, y establece la distinción entre combatientes y no combatientes; los Estados nunca pueden hacer a los civiles objeto de ataques, y en consecuencia nunca pueden utilizar armas que sean incapaces de*

²⁸ Algún sector de la doctrina ha señalado que dicha prohibición podría entenderse incorporada en el artículo 13 del Protocolo II Adicional según el cual "1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares."

²⁹ "Artículo 3: Restricciones generales del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos "7. Queda prohibido, en todas las circunstancias, emplear las armas a las que se aplica el presente artículo, sea como medio de ataque, como medio de defensa o a título de represalia, contra la población civil propiamente dicha o contra personas civiles o bienes de carácter civil."

³⁰ "Artículo 2.: Protección de las personas civiles y los bienes de carácter civil 1. Queda prohibido en todas las circunstancias atacar con armas incendiarias a la población civil como tal, a personas civiles o a bienes de carácter civil".

³¹ Puede consultarse: [<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/1946.pdf?view=1>].

³² ICRC. Customary International Humanitarian Law. "Rule 7. The parties to the conflict must at all times distinguish between civilian objects and military objectives. Attacks may only be directed against military objectives. Attacks must not be directed against civilian objects. Rule 8. In so far as objects are concerned, military objectives are limited to those objects which by their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action and whose partial or total destruction, capture or neutralization, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage. Rule 9. Civilian objects are all objects that are not military objectives. Rule 10. Civilian objects are protected against attack, unless and for such time as they are military objectives".

diferenciar entre objetivos civiles y militares”³³.

Es preciso resaltar que según la jurisprudencia constitucional tales normas convencionales y consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario integran el denominado bloque de constitucionalidad³⁴. Al respecto, la propia Corte Constitucional ha señalado que “[e]l hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados. (...) El hecho de compartir la jerarquía del texto formal de la Carta convierte a los dispositivos del bloque en “eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad”, y la condición de ocupar con ellos el máximo peldaño en la escala normativa obliga a que toda la legislación interna acondicione su contenido y ajuste sus preceptos a los estatutos por aquellas adoptados, pues éstos irradian su potestad sobre todo el ordenamiento normativo.”³⁵

Además de estar previsto en la normativa de Derecho Internacional Humanitario, el principio de distinción constituye una norma consuetudinaria e integra el *ius cogens*. En este sentido, la Corte Constitucional estableció que “el principio de distinción —el cual es obligatorio para el Estado colombiano por su doble naturaleza de norma convencional y consuetudinaria de derecho internacional, además de ser una norma de *ius cogens*—, que incluyen la prohibición de dirigir ataques contra la población civil o contra personas civiles, y la prohibición de llevar a cabo actos dirigidos a aterrorizar a la población civil”³⁶.

En relación con el principio de distinción, la Corte Constitucional ha señalado que “es obligación de las partes en un conflicto el esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles”³⁷. En este sentido, los bienes civiles son “aquellos bienes que no pueden ser considerados legítimamente como objetivos militares”³⁸; los objetivos militares, por su parte, son “aquellos bienes que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida”³⁹.

Por último, resulta pertinente resaltar que en pretéritas ocasiones la Sección Tercera ha establecido que las vulneraciones a principios del Derecho 50 Internacional Humanitario constituyen supuesto suficiente para declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el título de imputación “falla del servicio”⁴⁰.

De otra parte, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, y considerados singularmente dichos derechos, se tiene que cuando “*un conflicto asume las dimensiones de una confrontación armada, la vida de la nación se considera inmediatamente*

³³ Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares, 1996. “[it] is aimed at the protection of the civilian population and civilian objects and establishes the distinction between combatants and non-combatants; States must never make civilians the object of attack and must consequently never use weapons that are incapable of distinguishing between civilian and military targets”.

³⁴ Corte Constitucional, sentencias C-225 de 1995 y C-291 de 2007.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-067 de 2003.

³⁶ Corte Constitucional, auto 092 de 2008. Cfr. Sentencia SU 747 de 1998. “Como se señala en la sentencia C-225/95 de esta Corporación, los no combatientes no pueden ser en ningún momento objeto de acciones militares y, además, no pueden ser involucrados dentro del conflicto armado, pues eso los convertiría en actores del mismo y, en consecuencia, en objetivos militares. Es claro entonces que el Estado colombiano no está autorizado para atacar o aterrorizar a la población civil ni para involucrarla en el conflicto armado, en calidad de actor militar.”

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007. Cfr. TPIY. Caso Fiscal Vs. Tihomir Blaskic. “Las partes en un conflicto están obligadas a esforzarse por distinguir entre objetivos militares y personas o bienes civiles” [Traducción informal: “The parties to the conflict are obliged to attempt to distinguish between military targets and civilian persons or property”].

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-291 de 2007.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ Sección Tercera, sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 13969.

*en peligro, lo que lleva a invocar las cláusulas derogatorias. En tales casos, todas las normas de derechos humanos cuya derogación está prohibida siguen en pleno vigor. Estas normas están confirmadas o complementadas por la normativa específica de los conflictos armados no internacionales, que forman parte de la normativa humanitaria*⁴¹. Dicha protección tiene su base en los derechos constitucionalmente reconocidos a la vida e integridad de las personas, y los derechos humanos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos -artículos 1⁴², 4.1.-, (que fue incorporada al ordenamiento jurídico colombiano mediante la Ley 16 de 1972).

La Sala tiene en cuenta, que el *"artículo 1 de la Declaración universal, al resumir los tres grandes principios de la Revolución francesa, establece, entre otras cosas, que "todos los seres humanos (...) deben tratarse unos a otros con un espíritu de hermandad". El orden social y la comunidad a la que el individuo pertenece son colocados asimismo en la adecuada perspectiva de los derechos humanos en los artículos 28 y 29 de la Declaración universal y en el párrafo quinto del preámbulo de los Convenios internacionales sobre derechos humanos*"⁴³.

(...)

Al respecto, la más reciente jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera⁴⁴ considera que tratándose de daños antijurídicos derivados de un ataque armado o del enfrentamiento del Estado y un grupo armado insurgente, cabe afirmar varios argumentos: 1) debe tenerse en cuenta *"la especial naturaleza de este tipo de ataques que son de suyo sorpresivos y pocas veces predecibles"*; 2) así mismo, es necesario observar si se desplegaron *"actividades de control y vigilancia permanentes sobre los distintos sectores de la población"*, reconociendo el *"alto grado de presencia subversiva"* en un área concreta; 3) determinar si los *"ataques llegaban a producirse por efecto mismo de la naturaleza y dimensión del conflicto armado"*; 4) afirmar que *"es al Estado a quien corresponde la búsqueda de soluciones que conlleven a la terminación de la guerra, de allí que debe convenirse en que se aparta de los más elementales criterios de justicia y equidad que al producirse estos ataques subversivos, el Estado no acuda a socorrer a sus víctimas"*; 5) considerar que no pueda atribuirse el daño antijurídico a alguna falla en el servicio, ya que se *"actuó dentro del marco de sus posibilidades"*; 6) que tampoco se pueda *"reprochar la conducta"* de los actores como miembros de la población civil; y, 7) que se trate de un ataque *"dirigido contra el Estado, cuyo radio de acción no se limitó a objetivos estrictamente militares, sino que comprendió también a la población civil"*.

⁴¹ "Aunque la Declaración universal tuvo influencia en los redactores de las convenciones de Ginebra, la normativa internacional sobre derechos humanos y las normas humanitarias afrontan el problema de los conflictos armados internos de diferentes modos. La primera se encuadra en el marco del ius ad bellum según lo previsto en la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo con la cual queda prohibido el recurso a la fuerza y, en consecuencia, está dirigido a la conservación de la paz. La segunda, por su parte, forma parte (sic) del ius in bello: establece las normas que rigen el uso de la fuerza sin examinar las causas del conflicto de acuerdo a los principios de la Cruz Roja y, en especial, los principios humanitarios". NEWMAN, Frank C; VASAK, Karel. "Derechos civiles y políticos", en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, pp.285 y 286.

⁴² "Como se puede observar, de la lectura de este artículo (artículo 1º de la Convención Americana) se desprenden dos obligaciones para los Estados parte, en relación con los derechos consagrados en el texto de la Convención, a saber: i) la obligación de respeto, que exige del Estado una conducta de abstención, denominada también obligación negativa y, por otro lado, ii) se impone una obligación de garantía, que exige a los Estados parte emprender las acciones necesarias tendientes a asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y garantizarlos. Sobre el alcance de esta disposición, (artículo 2º de la Convención Americana) la Corte Interamericana, ha precisado que este deber tiene dos implicaciones: "Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías". Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 2007, expediente 29273.

⁴³ La "vida humana en sus múltiples relaciones sociales halla reconocimiento y expresión bajo la tutela de la promoción y protección de los derechos humanos". BOVEN, Theodoor C. Van. "Criterios distintivos de los derechos humanos", en VASAK, Karel (ed) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. V.I. IA ed. Barcelona, Serbal; UNESCO, 1984, p.95.

⁴⁴ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

Luego, con base en los anteriores criterios, el juez puede indagar si para un caso en concreto, siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, el daño antijurídico es atribuible (fáctica y jurídicamente) al Estado al demostrarse la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas, por tanto a encajar la imputación en el criterio de imputación del daño especial⁴⁵, y fundamentarse en “el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto”⁴⁶, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles.

En el caso concreto, la Sala considera que se encuentra configurada la teoría del daño especial, en atención a que se trató de un ataque sorpresivo; sí se desplegaron las actividades de control y vigilancia correspondientes; se trata de un ataque propio del conflicto armado que vive el país, dentro del cual le corresponde al Estado la búsqueda de soluciones que conlleven la finalización de tal conflicto; los hechos no pudieron atribuirse a una falla del servicio; no se probó ninguna circunstancia que fuera reprochable o atribuible a los miembros de la población civil afectada y se trató de un ataque indiscriminado contra la población civil y las Fuerzas Policiales, prueba de lo cual es el hecho de que los insurgentes hayan hurtado bienes, no sólo de los policiales, sino también de los civiles.

Adicionalmente debe advertirse que la teoría del daño especial tiene cabida en atención a los criterios de solidaridad y equidad que rigen la función del Estado y de las autoridades públicas, en atención a lo cual se encuentra fáctica y jurídicamente imputable la muerte de José Ricaurte Herrera a la entidad demandada.

Finalmente, por cuanto se trata de la imputación de responsabilidad en tratándose de daños causados por las acciones de grupos armados insurgentes – HECHO DEL TERCERO, se destaca que la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad, ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública, su “posición de garante de vigilancia”, de la que derivan todos los deberes del actor llamado a ofrecer la protección debida y corresponderse con los deberes positivos que implican actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, porque es el Estado el llamado a ejercer una intervención mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.

Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado”⁴⁷.

El hecho del tercero no es una causal que permita al juez crear una regla general como máxima, sino que, por el contrario, lo invita a analizar, teniendo en cuenta las especiales condiciones del Estado colombiano, cuándo, en qué medida, y bajo qué proporcionalidad el Estado estaría llamado a responder, o con otras palabras, le sería atribuible (fáctica y jurídicamente) un daño antijurídico producido por un tercero, sin acudir a verificar los vínculos o relaciones de éste con la administración pública, sino a partir de la exigencia máxima de la tutela de la víctima como premisa de la responsabilidad extracontractual del Estado en la visión moderna y humanista.

⁴⁵ “(...) En conclusión, la Sección considera que en este caso resulta aplicable la teoría del daño especial, habida cuenta que el daño, pese a que se causó por un tercero, lo cierto es que ocurrió dentro de la ya larga confrontación que el Estado ha venido sosteniendo con grupos subversivos, óptica bajo la cual, no resulta constitucionalmente aceptable que el Estado deje abandonadas a las víctimas y, que explica que la imputación de responsabilidad no obedezca a la existencia de conducta alguna que configure falla en el servicio, sino que se concreta como una forma de materializar los postulados que precisamente justifican esa lucha contra la subversión y representan y hacen visible y palpable, la legitimidad del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁴⁶ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁴⁷ RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

Sin duda, el tratamiento que se pueda dar la hecho del tercero en la visión propia a los tiempos que corren, no permite que sigamos anclados en el modelo clásico causalista, y nos centremos en la vocación que el instituto de la responsabilidad debe atender: herramienta complementaria para tutela de los derechos de los administrados, especialmente de los derechos humanos; factor de convivencia y del logro de la paz, e; instrumento que permita la aplicación de una justicia redistributiva donde sea el principio de solidaridad el que opere, no la visión individualista propia a los orígenes del mismo instituto.

El hecho del tercero debe convertirse en una excepción a la regla general de la primacía de la víctima en la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, como criterio garantístico, finalístico y principal para dotar al Estado de una herramienta con vocación preventiva, no simplemente como verificación de hechos que sistemáticamente se producen y no tienen eco en la actividad del Estado para procurar tratarlos, superarlos y, así alcanzar la reconciliación nacional.

En síntesis, la Sala considera que en el caso de autos el hecho del tercero no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración en tanto que se está en presencia de un criterio de imputación cuyo fundamento se haya en la posición de garante, la solidaridad y la equidad frente a la población civil afectada por el conflicto armado interno.

Del extracto de la sentencia anteriormente citada se concluye entonces que, el régimen de imputación de en caso de lesiones causadas en enfrentamientos de la fuerza pública con miembros al margen de la ley, es el daño especial, en tanto se fundamenta en “el deber de acompañamiento a las víctimas del conflicto”⁴⁸, concretada en la muerte o lesiones de miembros de la población civil, o en la pérdida, destrucción o deterioro de los bienes civiles.

En el caso concreto, el Despacho considera que se configura la teoría del daño especial, en atención a que los hechos en los que resultaron lesionados los demandantes, se trató de un ataque sorpresivo, en el que la entidad demandada por intermedio de sus agentes desplegó las actividades de control y vigilancia correspondientes, y que devino de un ataque propio del conflicto armado que vive el país, dentro del cual le corresponde al Estado la búsqueda de soluciones que conlleven la finalización de tal conflicto.

Adicionalmente, en lo referente al hecho de un tercero, tal como lo ha indicado el Consejo de Estado, este eximente de responsabilidad no tiene la entidad para exonerar de responsabilidad a la administración en tanto que se está en presencia de un criterio de imputación cuyo fundamento se haya en la posición de garante, la solidaridad y la equidad frente a la población civil afectada por el conflicto armado interno, el que generó una situación anormal en relación con los aquí demandantes

Con fundamento en el criterio jurisprudencial, según el cual se trata, en consecuencia, de un régimen objetivo de responsabilidad, luego corresponde a la Administración, para exonerarse de responsabilidad, la carga de probar la inexistencia de nexo causal por la ocurrencia de una causa extraña, la cual en el presente caso no hay duda del nexo causal de las lesiones que sufrieron los demandantes y la actividad de la administración, por lo que considera el Despacho que hay lugar declarar la responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional por los daños causados al señor Sigfredo Lasso Valencia y la menor Juliana María Lasso Gómez.

Daño Moral

Esta clase de perjuicio ha sido definido como el dolor, la tristeza o la angustia de las facultades físicas sufridas por quien ha padecido un daño antijurídico y en esta medida le

⁴⁸ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

corresponde al juez tasar la cuantía de su reparación, todo ello conforme a los criterios plasmados en **sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, proferida dentro del expediente 31172**, M.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, en donde fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima.

Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

A renglón seguido consignó la sentencia de unificación que: *"Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro"*.

El Despacho observa que, los perjuicios reclamados por la parte actora, devienen con ocasión a las lesiones sufridas por el señor Sigifredo Lasso Valencia y de la menor Yuliana María Lasso Gómez, en ocasión a emboscada del frente 30 de grupo insurgente las Farc a una Patrulla Policial en el sector de la Balastrea de la Estación el Queremal.

Conforme lo anterior es necesario realizar las siguientes precisiones

1. El Juzgado observa que la sentencia de unificación dice que *"deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos"*. Y agrega: *"La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso"*. Como se observa, de ninguna manera exige acreditar un porcentaje de incapacidad laboral, razón por la cual un dictamen pericial no es indispensable para valorar la gravedad o levedad de la lesión, que es el referente de la liquidación del perjuicio moral.
2. Estando demostrada la ocurrencia de las lesiones causadas por arma de fuego a la altura del tórax al señor Sigifredo Lasso Valencia, y las lesiones soportadas por la menor Yuliana María Lasso Gómez, quien recibió un proyectil de alta velocidad a nivel del cuello, a quienes los tuvieron que intervenir quirúrgicamente, el Despacho encuentra probado el daño moral sufrido por el señor Sigifredo Lasso Valencia, y las lesiones soportadas por la menor Yuliana María Lasso Gómez, en su calidad de víctimas directas, y por consiguiente, el de Angie Tatiana Lasso Gómez y Yenny Lorena Lasso Gómez (hijas y hermanas de las víctimas) y la señora Rosa Gómez Alchur, en calidad de esposa del señor Sigifredo Lasso

Valencia y madre de Yuliana María Lasso Gómez, lo anterior, teniendo en cuenta que en caso de lesiones el Consejo de Estado ha presumido la causación de los perjuicios morales, en caso de lesiones.

3. De acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, **la reparación integral** busca el restablecimiento del derecho, bien o interés jurídicamente tutelado que fue afectado por el hecho dañoso. En ese sentido, ha identificado una serie de perjuicios, entre ellos los morales, que están compuestos *"por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo"*.

Así mismo, la Corporación ha dicho que hay casos en los cuales *"las respectivas lesiones no alcanzan a tener una entidad suficiente para alterar el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona"*. **Con todo, la cuantificación de los perjuicios morales derivados de lesiones debe ser definida por el juez, de manera proporcional al daño sufrido.**

4. Agregado a lo anterior también, el Consejo de Estado ha precisado que: el juez debe tasar estos perjuicios con base en la facultad discrecional que le es propia. Esa facultad está regida por los siguientes parámetros: a) la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación (...) mas no de restitución ni de reparación; b) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; c) la determinación del monto se sustenta en los medios probatorios que obran en el proceso, y relacionados con las características del perjuicio; y d) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad⁴⁹
5. En la sentencia de 28 de agosto de 2014⁵⁰, el Consejo de Estado unificó su jurisprudencia sobre la tasación de perjuicios morales en casos de lesiones. En tal sentido, puntualizó que para determinar el monto que corresponde como indemnización, se debe verificar la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa. Además, señaló que a las víctimas indirectas se les asignará un porcentaje, de acuerdo con el nivel de relación en que se hallen respecto del lesionado⁵¹. Así mismo, aclaró que *"la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso"*.
6. Con posterioridad a este pronunciamiento, la jurisprudencia de la Sección Tercera señaló que la valoración de la gravedad o levedad de la lesión es el referente que permite ubicar el *quantum* indemnizatorio que le corresponde a quien alegue el perjuicio moral, dentro de los parámetros establecidos en la sentencia de unificación⁵². Además, de manera reiterada, **ha sostenido que esa cuantificación debe ser definida en cada caso por el juez, en proporción al daño sufrido, a las circunstancias particulares de las causas y consecuencias de la lesión y según lo que se pruebe en el proceso⁵³.**

⁴⁹ Véanse, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias Exps. 27136 y 33504 de 2014.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172.

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014, Exp. 31172.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de octubre de 2016, Exp. 41699.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias Exp. 27771 de 2014, Exp. 33465 de 2015, Exp. 45513 de 2015, Exp. 37994 de 2016 y Exp. 40098 de 2017.

7. Así las cosas, en aras de realizar una reparación integral⁵⁴ y en equidad ante esa deficiencia probatoria por parte de la parte actora, ya que se recuerda el Despacho ordenó la práctica de peritaje para establecer las secuelas y posibles afectaciones de las lesiones de las víctimas, sin embargo conforme lo dicho por el apoderado de la parte actora no fue posible la realización de la prueba por voluntad de las víctimas; no obstante y teniendo en cuenta el daño antijurídico que sufrió el señor **Sigifredo Lasso Valencia** y la menor **Yuliana María Lasso Gómez**; el Despacho con aplicación del arbitrio judicial y de acuerdo a la intensidad del daño en el presente asunto, reconocerá la suma de un (5) salarios mínimos a favor de cada uno de los demandantes, salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de firmeza de esta sentencia, por cuanto el propio Consejo de Estado en sentencia de 9 de octubre de 2014, adujo que el reconocimiento y la tasación del daño no se limitan a:⁵⁵ "constatar el porcentaje certificado de la pérdida de capacidad laboral, sino que deben tener en cuenta las consecuencias de la enfermedad, el accidente o, en general, el hecho dañino, que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven su situación, como los casos estéticos o lesiones sexuales, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad".

Perjuicios materiales y daño a la salud

Al respecto debe precisar el Despacho que **NO ES VIABLE** el reconocimiento de los perjuicios solicitados, por las siguientes razones:

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que, de las lesiones que sufrieron el señor Sigifredo Lasso Valencia y Yuliana María Lasso Gómez, no se allegó ninguna prueba siquiera sumaria que demostrara las secuelas de las lesiones recibidas el 28 de junio de 2013, como se dijo anteriormente se ordenó el peritaje con el fin de determinar alguna discapacidad funcional o anatómica, pero a causa del desinterés de las mismas víctimas no fue posible, en consecuencia se deduce que las lesiones no les generó detrimento a su salud como daño a ser indemnizado o por lo menos, la parte actora no acreditó que se le hubieran causado secuelas.

Tampoco se acreditó por parte de los demandantes, que por las mencionadas lesiones se vieran afectados psicológicamente, presentando situaciones como baja auto estima, frustración o depresión, o que le impida disfrutar de placeres cotidianos de los que antes gozaban y ahora, como consecuencia de las lesiones ya no pueden.

En este orden de ideas, al no encontrarse acreditado el daño a la salud, el Despacho considera que en el presente caso no es posible reconocer estos perjuicios, por cuanto no se logró acreditar y se **negará**.

4. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas

⁵⁴ Artículo 16 de la Ley 446 de 1998 dispone que "dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 29033. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias de 28 de agosto de 2014, Exps. 31170 y 28832.

agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandada hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

5. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional por los perjuicios morales de los que fueron objeto el señor Sigifredo Lasso Valencia y Yuliana María Lasso Gómez con ocasión de las lesiones sufridas el 28 de junio de 2013, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a pagar las siguientes sumas por daño moral:

Sigifredo Lasso Valencia (víctima)	(5) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia,
Yuliana Lasso Gómez (víctima menor de edad)	(5) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia,
Rosa Gómez Alchur (cónyuge y madre de las víctimas)	(5) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia,
Angie Tatiana Lasso Gómez (hija y hermana de las víctimas menor de edad)	(5) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia,
Jenny Lorena Lasso Gómez (Hija y hermana de las víctimas)	(5) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia,

Las anteriores sumas de dinero se entenderán como salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda reconocidas en el presente fallo.

QUINTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C. 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00824-00
Demandante :	Yeison Geovani Garzón Bernal
Demandados :	Nación – Ministerio de Transporte Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Movilidad Instituto de Desarrollo Urbano – IDU

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 97**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

El señor Yeison Geovani Garzón Bernal presentó demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Transporte, la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Movilidad y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, a efectos de que se les declare responsables por los daños y perjuicios ocasionados a raíz de las lesiones sufridas el 10 de febrero de 2015, al caer en el sendero peatonal ubicado en la autopista sur entre carreras 62 y la carrera 60 costado oriente-occidente, del que se adujo, se encontraba en mal estado.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 110 a 112 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el 10 de febrero de 2015 mientras transitaba por la autopista sur sobre el sendero peatonal entre la carrera 62 y la carrera 60 costado oriente-occidente, aproximadamente a las 7:30 de la noche, atendiendo la poca señalización y visibilidad que indicara el hueco de más de 1.5 metros de profundidad, falta de distancias de seguridad reglamentarias y malas condiciones de circulación del lugar, provocó que cayera en un hueco, resultando lesionado en la pierna izquierda.

Atendiendo la lesión padecida, su suegro acudió al lugar de los hechos y posteriormente lo trasladó a la Clínica Marly, donde fue diagnosticado con fractura de peroné y dislocamiento de tobillo por 15 centímetros en su pierna izquierda, atención por la que debió asumir los gastos de transporte a los respectivos controles médicos.

Frente a la responsabilidad del Distrito Capital de Bogotá indicó que, al haber ocurrido el incidente en que resultó lesionado en el espacio geográfico de Bogotá, debía responder por las lesiones causadas al demandante.

En lo atinente a la Secretaría de Movilidad precisó que, estaba llamada a responder al ser la encargada de velar por la conservación de la locomoción de los habitantes de la ciudad y el tránsito de peatones. Advirtió que, al momento del accidente, la oscuridad y la lluvia agravó el desplazamiento peatonal, aunado a la falta de señal de tránsito luminosa que advirtiera la existencia de un hueco profundo en el andén, razón por la que, cualquier persona estaba en riesgo de ser víctima por la omisión del Estado.

Respecto del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU adujo que, estaba llamado a responder por las lesiones, al ser el encargado de velar, cuidar, sanear y reparar el estado de las vías, calles y avenidas de la ciudad, y la lesión se originó por el descuido, negligencia y falta de conservación y reparación de los senderos peatonales, donde estaba ubicado el hueco que no contaba con alerta que hiciera tomar precaución alguna al demandante.

Finalmente, en lo atinente a la responsabilidad atribuida al Ministerio de Transporte advirtió que, era la entidad encargada de vigilar la conservación y mantenimiento del tránsito de los habitantes (f. 108 a 120 y 131 a 133 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 31 de julio de 2017, la Nación – Ministerio de Transporte contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones al señalar que, la entidad no era la autoridad competente para ser vinculada al presente asunto, debido a que carecía de competencia funcional y por ende, responsabilidad alguna, razón por la que, debían negarse las pretensiones del demandante.

Indicó que, la vía en que resultó lesionado el accionante, estaba a cargo de autoridad administrativa distinta al Ministerio de Transporte, lo que conllevaba a que debía concurrir al presente asunto y además, declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Frente a los hechos de la demanda sostuvo que, no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acaecieron, ni mucho menos las condiciones de iluminación del sector o si el demandante presentaba problemas de visión, distracción, señalización del sendero y la velocidad a la que transitaba el peatón, ni estado de sobriedad, entre otras.

Añadió que, la entidad carecía de competencia en materia de construcción, reparación, mantenimiento y señalización de las vías de ninguna índole, ni tampoco de senderos peatonales sobre la vía en que resultó lesionado, advirtiendo además que, nunca fue notificada del accidente, ni se le requirió el reconocimiento de los gastos asumidos por el accionante.

Finalmente alegó que, en el presente asunto se configuraba la culpa exclusiva de la víctima al considerar que, una de las eventuales causas sucedidas en los hechos descritos por el demandante pudo ser la distracción del peatón, por cuanto al afirmar que transitaba por el sendero peatonal, lo obligaba a tener los mínimos de cuidados para su desplazamiento por el sector, teniendo en cuenta que tenía poca iluminación y el piso presentaba mal estado, siendo obvio que debía tener un mínimo de cuidado y atención al caminar por el sector y que la parecer no tuvo en cuenta el demandante (f. 167 a 185 c. principal).

El 31 de julio de 2017, el **Distrito Capital – Secretaría de Movilidad de Bogotá** dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones, argumentando que, del escenario probatorio arrojado no se desprendía responsabilidad imputable a la entidad, y por ende, el reconocimiento de los perjuicios solicitados.

Añadió que, tampoco se acreditaron los elementos esenciales para la configuración de la obligación de reparar del Estado, ya que no había desarrollado conducta alguna irregular por acción u omisión, que conllevara a la causación de los perjuicios reclamados, por lo que, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda.

Aseguró que, la entidad no tenía entre sus funciones la atinente al mantenimiento de la malla vial de la ciudad, funciones asignadas a otras entidades del orden distrital, como lo era, el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, sin que existiera responsabilidad solidaria con la Secretaría de Movilidad, razón por la que, debía declararse la falta de legitimación por pasiva de la entidad.

Advirtió además que, en el mantenimiento de la malla vial de la ciudad de Bogotá también intervenía la Unidad Administrativa Especial de Rehabilitación y Mantenimiento Vial y que en determinados casos, en la rehabilitación y mantenimiento de la malla vial intervenían las Alcaldías Locales.

Así mismo indicó que, no se acreditaban las circunstancias de tiempo, modo y lugar del accidente, en tanto se limitó a indicar que fue en la autopista sur entre carreras 62 y carrera 60 costado oriente-occidente, lo que enmarcaba un área de más de 400 metros, sin que se tuviera certeza del sitio del accidente, desconociéndose además, el porqué decidió trasladarse al demandante a una clínica tan lejana del sitio como la Clínica Marly, así como las condiciones en que fue trasladado y si incidió de alguna forma en complicar su afección.

Frente al argumento de falta de señalización de la vía adujo que, la Dirección de Control y Vigilancia de la Secretaría Distrital de Movilidad le señaló que, los elementos de señalización y demarcación vial implementados por la entidad, eran instalados con miras a informar a los usuarios las condiciones permanentes de la infraestructura vial existente, por lo que, la señalización de huecos no era posible realizarla, en tanto no era una condición permanente, debido a que eran fenómenos producidos por excesos de carga sobre la vía, lo que producía una falla en la capa asfáltica, aunado a que el Manual de Señalización del Ministerio de Transporte no evidenciaba ninguna señal que identificara o alertara a los usuarios de las vías sobre los huecos existentes.

Concluyó además que, en el presente asunto se echaba de menos un informe oficial conforme al Código Nacional de Tránsito, en el que se refiriera el accidente del demandante y determinara las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió, sumado a que pudieron ser muchas causas las que ocasionaron el mismo y que las vías del sector contaban con su debida demarcación y señalización vial, sin que se encontraran acreditados los supuestos de responsabilidad del Estado (f. 193 a 207 c. principal).

Por su parte, en escrito del 3 de agosto de 2017 el **Instituto de Desarrollo Urbano – IDU** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones al considerar que carecían de objeto y sustento probatorio que permitieran endilgar responsabilidad alguna a la entidad.

Alegó que, carecía de legitimación en la causa por pasiva en la medida que, una vez adelantada la visita al lugar de los hechos, logró verificar la existencia de una caja de inspección con las características descritas en los hechos de la demanda, cuya competencia no era del IDU, resultándole imposible al técnico que realizó la visita, determinar a qué empresa de servicios públicos pertenecía.

Añadió que, el ordenamiento normativo no le asignó al IDU funciones de mantenimiento para estructuras propias de la prestación de servicios de alcantarillado o telecomunicaciones, por lo que, no era posible atribuirle responsabilidad alguna (f. 216 a 219 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 23 de noviembre de 2015 (f. 121 c. principal) seguidamente, mediante auto de 1º de julio de 2016 se inadmitió la demanda (f. 126 c. principal) y una vez subsanas las falencias, mediante auto de 6 de octubre de 2016, se admitió la demanda (f. 135 y 136 c. principal).

Mediante auto de 21 de septiembre de 2017, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 221 c. principal).

El 28 de febrero de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 289 a 292 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

El **Instituto de Desarrollo Urbano - IDU** indicó que, no se logró demostrar que, el supuesto accidente hubiera ocurrido en el lugar señalado en la demanda y que la víctima hubiera tenido la debida precaución al transitar por cualquier vía urbana, además a que, la demanda presentaba inconsistencias en cuanto a que la víctima no estuvo pendiente del camino, por cuanto iba observando la iluminación de la zona.

Señaló además que, al no asistir al interrogatorio decretado por el Despacho, no pudieron dilucidarse los interrogantes que rodearon los hechos en que resultó lesionado, el traslado al centro hospitalario y el porqué el mismo se produjo hasta el 11 de febrero a las 11 de la mañana, cuando en la demanda se indicó que, su suegro lo había ido a recoger después de los hechos y lo trasladó al centro asistencial.

Concluyó que, no se allegó prueba que acreditara una relación de causalidad entre la presunta falta o falla de la administración alegada por la parte actora y el daño causado, pues no se demostraron los hechos en que se fundó la demanda y que la entidad fuera responsable por los mismos.

Finalmente, solicitó no dar validez a las fotografías aportadas en la demanda, en los términos dispuestos por la jurisprudencia, en tanto se desconocía quién, dónde y cuándo las había tomado, careciendo de valor probatorio (f. 302 a 309 c. principal).

Por su parte, el **Distrito Capital – Secretaría Distrital de Movilidad** reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, en el sentido de que, no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se lesionó el demandante, aunado a que, dentro de las competencias de la entidad no estaba la demarcación y señalización vial, razón por la que, al no encontrarse acreditados los elementos de responsabilidad patrimonial del Estado, debían negarse las pretensiones de la demanda y declararse la falta de legitimación por pasiva de la entidad.

De otro lado, el **Ministerio de Transporte** indicó que, la falta de participación del demandante tanto a la audiencia inicial como a la de pruebas, obligaba a tener en cuenta las pruebas aportadas por el extremo pasivo, sin que de las pruebas aportadas en la demanda se lograra vincular al Ministerio ni con los hechos, ni con la eventual responsabilidad y daños alegados por el demandante.

Indicó además que, de las pruebas allegadas se logró advertir que, el INVIAS, la Agencia Nacional de Infraestructura ni mucho menos el Ministerio de Transporte, estaban a cargo del sendero peatonal señalado en la demanda, por lo que, ninguna de las pruebas aportadas permitía probar la responsabilidad de las demandadas en el hecho dañoso alegado por el demandante, situación que lo exoneraba de responsabilidad.

Finalmente insistió en que, debía analizarse la culpa exclusiva de la víctima en los hechos materia de demanda, en tanto era lógica la obligación para cualquier transeúnte de tomar sus propias medidas de prevención al caminar por cualquier lugar de espacio público y aún más, si las circunstancias que alegaba eran de pésima señalización, poca visibilidad, aunado a las pésimas condiciones de circulación del sitio.

Lo anterior, lo obligaba a cualquier persona a tener un mínimo de atención, prevención y cuidado al recorrer el sendero peatonal, más cuando se indicó que el hecho ocurrió a las 7:30 de la noche, momento en que transitaban muchas personas por el sector y únicamente el demandante fue quien resultó lesionado, tal vez, por su presunta falta de cuidado al caminar, al no advertir el eventual riesgo en que transitaba, por lo que debía procurar por su propio cuidado personal (f. 318 a 322 c. principal).

La **parte actora** en el término concedido guardó silencio.

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, las entidades demandadas deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la caída en un presunto hueco en el sendero peatonal ubicado en la autopista sur entre la carrera 62 y la carrera 60 costado oriente-occidente, el 10 de febrero de 2015.

Así mismo, la configuración de un eventual eximente de responsabilidad, en particular, la culpa exclusiva de la víctima.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo² ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de*

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² *Ibidem*.

la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos".

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la "(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"³. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal y que se trate de una v) situación jurídicamente protegida.

En el *sub judice* está acreditado que, el señor Yeison Geovani Garzón Bernal sufrió lesiones en su pierna izquierda, para acreditar su dicho se allegó por la parte actora, copia de la historia clínica diligenciada por la Clínica de Marly, de fecha 10 de febrero de 2015, con ingreso a la 20:15 de la noche, de la que se extraen los siguientes apartes:

"Motivo Consulta: "SE ME FUE EL PIE EN UN HUECO"

Enfermedad Actual: PACIENTE HACE 4 HORAS TRAUMA EN TOBILLO IZQUIERDO TRAUMA EN INVERSIÓN Y PLANTIFLEXIÓN. POSTERIOR EDEMA MARCADO Y DEFORMIDAD. DOLOR EN LA MARCHA Y LIMITACIÓN DE LA MISMA (...)

Diagnósticos:

DX-Impresión Diagnóstica Inicial: (S930) Luxación de la articulación del tobillo

*Diagnóstico Final de Urgencias (S930) Luxación de la articulación del tobillo"*⁴

Lesiones que guardan relación con las indicadas por el accionante en la demanda y que adujo haberlas padecido el 10 de febrero de 2015, al presuntamente caer en un hueco.

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo les resulta atribuible a los demandados.

3.2.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

"En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: 'La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos'. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

'La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴ Folio 58 a 60 c. principal

construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen' (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas'.

(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho"⁵ (se resalta).

3.2.2.1 Caso concreto

Previo al análisis del material probatorio del plenario, es menester del Despacho indicar que, si bien la parte actora allegó visible a folios 83 a 93 del c. principal fotografías que se aduce son del lugar donde ocurrieron los hechos de la demanda, así como los padecimientos que sufrió con posterioridad a los mismos, también lo es que, estos elementos no pueden ser apreciados por sí solos, debido a que apenas demuestran el registro de una imagen, sin que pueda extraerse la autoría de estas, la época en que fueron tomadas y el lugar exacto al que efectivamente corresponden. Serán apreciadas entonces como medios auxiliares de convicción, lo que implica que sean valorados en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica con los demás medios probatorios que obran en el expediente.

Aunado a lo anterior, se tiene que en audiencia inicial del 30 de octubre de 2018 se decretó a favor del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU el interrogatorio de parte del señor Yeison Geovani Garzón Bernal, sin embargo, el demandante no asistió a la audiencia de pruebas celebrada el 28 de febrero de 2019, razón por la que, el apoderado de la entidad solicitó el desistimiento de la prueba, siendo aceptado por el Despacho (f. 289 a 292 c. principal).

3.3 Lo probado en el proceso – caso concreto

Así las cosas, el Despacho encuentra acreditado que, el señor Yeison Geovani Garzón Bernal acudió a la 8:15 de la noche del 10 de febrero de 2015 a la Clínica de Marly por lesiones en su pie izquierdo, resaltándose de la historia clínica los siguientes apartes:

"Motivo Consulta: "SE ME FUE EL PIE EN UN HUECO"

Enfermedad Actual: PACIENTE HACE 4 HORAS TRAUMA EN TOBILLO IZQUIERDO TRAUMA EN INVERSIÓN Y PLANTIFLEXIÓN. POSTERIOR EDEMA MARCADO Y DEFORMIDAD. DOLOR EN LA MARCHA Y LIMITACIÓN DE LA MISMA (...)

Diagnósticos:

DX-Impresión Diagnóstica Inicial: (S930) Luxación de la articulación del tobillo

Diagnóstico Final de Urgencias (S930) Luxación de la articulación del tobillo"⁶

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶ Folio 58 a 60 c. principal

(...) "Se observa fractura de diáfisis distal del peroné fijada mediante placa y tornillos de cortical (...) tornillo mas distal involucra las corticales del peroné y la cortical medial de la tibia. Hay edema de tejidos blandos. Las relaciones articulares se encuentran conservadas"⁷ (...)

"Fractura oblicua, conminuta de la diáfisis distal del peroné. Subluxación tibioastragalina. Edema de tejidos blandos"⁸

A folio 24 obran los siguientes registros, respecto de la atención médica suministrada al accionante:

"Enfermedad Actual:

Paciente de 35 años de edad, quien cursa con cuadro clínico posterior a trauma de intensidad moderada a severa en su tobillo izquierdo con un accidente con deformidad en varo del tobillo.

Examen Físico:

Edema y equimosis, lesión en los tejidos bandos en la parte medial del tobillo con una deformidad en varo del tobillo secundaria a una fractura del peroné con lesión de la sindesmosis y luxación lateral del pie.

Impresión (es) Diagnóstica (s):

Luxofractura de tobillo izquierdo

Evolución, Paraclínicos y Tratamiento:

El paciente es hospitalizado para manejo quirúrgico, se realiza osteosíntesis del peroné y reducción de la sindesmosis del tobillo. La evolución en el POP es favorable, no presenta dolor, no presenta sangrado en la herida quirúrgica. Se decide egreso.

Dx Principales de Egreso:

POP de reducción abierta más osteosíntesis de una luxofractura de tobillo izquierdo."

Bajo ese orden de ideas, se encuentra acreditado que con posterioridad a una caída, el accionante sufrió lesiones en su pie izquierdo, que conllevaron a que fuera sometido a una intervención quirúrgica.

Lesiones que adujo haber sido producto de la caída en un hueco ubicado en el sendero peatonal ubicado en la autopista sur entre la carrera 62 y la carrera 60 costado oriente-occidente de la ciudad de Bogotá.

No obstante, el Despacho no encuentra acreditada las condiciones de tiempo, modo y lugar en que resultó lesionado el señor Yeison Geovani Garzón Bernal a efectos de atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas, lo anterior toda vez que, si bien la parte actora adujo que dichas lesiones derivaron de la caída que sufriera en un hueco, no se allegó prueba alguna que efectivamente así hubiera ocurrido.

Lo anterior quiere decir que, pese haberse acreditado que el demandante se lesionó en su pie izquierdo, no se acreditó que dicha lesión provenga de la acción u omisión de las aquí demandadas a efectos de que se torne procedente atribuirle responsabilidad alguna por las mismas.

⁷ Folio 5 c. principal

⁸ Folio 6 c. principal

Si bien la parte actora enmarcó el juicio de responsabilidad en la presunta falla en el servicio por parte de las entidades demandadas, derivada en la omisión del mantenimiento de la vía en que resultó lesionado, debido a la existencia de un hueco que produjo su caída y posteriores lesiones, lo cierto es que, en primer lugar, la parte actora no allegó prueba que acreditara el sitio exacto donde ocurrió el accidente⁹, adicionalmente, conforme a la visita que realizó el IDU al sitio aproximado donde presuntamente pudo haber ocurrido, evidenció que el único hueco existente en el lugar, no atañe a un daño estructural de la vía, sino que, deviene de una caja de inspección de la que se desconocía a qué empresa prestadora de servicios públicos pertenecía.

Por lo anterior, al no existir prueba que efectivamente evidencie el lugar y las circunstancias en que ocurrieron los hechos, así como que efectivamente fue la caída en ese hueco lo que produjo las lesiones, se concluye que, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en donde presuntamente resultó lesionado la víctima directa, carecen de soporte probatorio.

Así las cosas, las pruebas obrantes en el plenario no dan cuenta de la presunta falla en el servicio alegada por la parte actora, respecto de las demandadas, en tanto no acreditó en primer lugar que, al Ministerio de Transporte y al Distrito Bogotá – Secretaría Distrital de Movilidad le correspondía el mantenimiento de las vías donde resultó lesionado el demandante, y si bien eventualmente, tales obligaciones recaerían en la entidad demandada IDU, lo cierto es que, no existe prueba que indique que efectivamente, el hueco en que eventualmente cayó y produjo las lesiones del demandante estaba bajo el ámbito funcional de la entidad.

Por el contrario, se acreditó que, en el sector donde adujo el accionante haberse lesionado, existía solo una caja de inspección que presuntamente se encontraba sin el cubrimiento pertinente y que era de una empresa prestadora de servicios públicos, sin que hubiese sido posible establecer a cuál, por lo que, debe decirse que no se allegó prueba que permita inferir que si bien existía un hueco en la zona donde presuntamente ocurrió el accidente, éste se produjo por el desobedecimiento de las entidades demandada, a la normatividad técnica vigente, ni mucho menos que su recubrimiento era exigible al extremo pasivo del presente asunto.

Aunado a lo anterior, el Despacho considera que, frente a una posible configuración de un riesgo excepcional, en el sentido de haberse sometido al demandante a un peligro mayor al de los demás transeúntes del sector, lo cierto es que, no se acreditó que efectivamente la existencia del presunto hueco por el que presuntamente cayó el demandante, derive de una omisión por parte de las entidades demandadas, a efectos de entrar a estudiar que efectivamente les atañe responsabilidad alguna.

Conviene indicar que, el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual responsabilidad de la entidad demandada, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar:

⁹ Folio 217 c. principal

"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

Así las cosas, el demandante no cumplió con la carga probatoria, pues no allegó prueba alguna que permita determinar que existe alguna falencia por parte de las entidades accionadas frente a la caída que sufrió el señor Yeison Geovani Garzón Bernal que dé certeza de la responsabilidad de las entidades demandadas a efectos del reconocimiento de perjuicios a su favor.

Sin embargo, el Despacho precisa que, aún en gracia de discusión en el evento de que efectivamente se hubiere acreditado la existencia del hueco donde resultó lesionado el demandante, que efectivamente cayó en el mismo y que dicha caída devino de la omisión de las demandadas en su mantenimiento y rehabilitación, lo cierto es que, para el Despacho se configuraría el eximente de culpa exclusiva de la víctima, como pasa a exponerse:

Frente a la imputabilidad de las lesiones señaladas por el demandante, tal y como lo indicó el Consejo de Estado, *"el derecho a la repuración se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Por consiguiente no es suficiente acreditar que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración"*¹⁰.

En efecto, la parte demandante acreditó la existencia del daño, consistente en la fractura del peroné de su pie izquierdo, sin que resulte imputable a la entidad, en tanto su origen no deviene simplemente de la existencia del presunto hueco por el que cayó, sino que además, influyó el desplazamiento del aquí demandante por el sector de la Autopista Sur entre la carrera 62 y la carrera 60 costado oriente-occidente de Bogotá.

Lo anterior, en la medida que para el Despacho, caminar es una actividad que hace parte del actuar diario de las personas, y el sufrir una caída en desarrollo de la misma, no es causa suficiente para imputar responsabilidad al Estado, sino que constituye una omisión en el cuidado de las personas al realizar este tipo de actividades normales, más aún cuando en el caso bajo estudio, la víctima presuntamente iba distraído al caminar, toda vez que adujo en la demanda que, se *"desplazaba por la autopista sur, observando la iluminación de la zona, sobre el sendero peatonal"*¹¹, es decir que, no tomó las medidas mínimas de precaución al caminar, como lo era observar por dónde se iba transitando, lo que influyó en que sufriera la caída de la que se pretende atribuir responsabilidad a las aquí demandadas.

Por ello, la conducta de la víctima se muestra culposa y concurre en la producción del daño cuya reparación reclama la parte actora.

Es así, como en el caso *sub judice*, estaría demostrado que el actuar imprudente de la víctima contribuyó en la configuración del daño producido con ocasión a las lesiones del señor Yeison Geovani Garzón Bernal, fundamento del medio de control de reparación directa, pues no se acreditó que por las condiciones de visibilidad de la zona, el hueco no pudiera ser perceptible, dado el tamaño del que se alega era el mismo.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19974

¹¹ Folio 108 c. principal

3.4. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, se resuelve en el sentido de indicar que, no se encontró acreditada la falla en el servicio ni mucho menos el riesgo excepcional atribuido a las demandadas Nación – Ministerio de Transporte, la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Movilidad y el Instituto de Desarrollo Urbano – IDU por la presunta omisión al no adoptar las medidas técnicas exigidas para la rehabilitación y mantenimiento del hueco ubicado en la autopista sur entre carreras 62 y la carrera 60 costado oriente-occidente.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante no hizo presencia en la audiencia inicial ni a la de pruebas, ni tampoco presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KCM



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	11001-33-36-036-2016-00127-00
Demandante	:	Luis Antonio Suárez Gómez
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 102**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Luis Antonio Suárez Gómez, Diana Carolina Angarita Torrado, Verónica Gómez Pedraza y Ángel Alberto Suárez Gómez presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional - Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la detención y privación de la libertad que sufrió el señor Luis Antonio Suárez Gómez.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f.12 c. principal).

1.2 Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el día 30 de abril de 2005, a las 05: 30 a.m., en su calidad de policía, el señor Luis Antonio Suárez Gómez acudió por la presunta comisión de un delito, y trató de conducir a los sospechosos, cuando uno de los implicados le pegó al subintendente Betancourt (compañero) un puño y una patada, por tal razón se vieron obligados hacer uso de la fuerza con el fin de cumplir con el procedimiento de traslado.

Precisó que, los hermanos Samir y Mario, detenidos el 30 de abril, interpusieron denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación en contra del demandante y su compañero, así mismo, denuncias disciplinarias por supuesto maltrato y tortura por partes de los policías a los detenidos.

Refirió que, el trámite disciplinario culminó con fallo de segunda instancia el 19 de septiembre de 2005, imponiéndole sanción al señor Luis Antonio Suárez, de suspensión de 15 días y como sanción accesoria la inhabilidad por el mismo tiempo.

Manifestó que, del proceso penal ante la Justicia Penal Militar originado por la denuncia de los hechos del 30 de abril de 2005, se estableció un vínculo entre los denunciantes y la mayor Maricela Rubio Juez 142 de Instrucción Penal Militar, quien era amiga de la Juez 148 de Instrucción Penal Militar que adelantó el proceso contra el demandante, circunstancias por la que se interpuso queja disciplinaria contra la funcionaria, lo que dio como resultado la apertura de una investigación.

Señaló que, la Juez 148 de Instrucción Penal Militar profirió medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva, sin beneficio de libertad provisional contra el señor Luis Antonio Suárez Gómez, y solicitó a la Policía Nacional la suspensión de las funciones del uniformado, decisión revocada por el Tribunal Superior Militar mediante el 31 de octubre de 2006.

Posteriormente, mediante sentencia el 17 de febrero de 2014, el Juzgado 148 de Instrucción Criminal condenó al demandante a nueve meses de arresto, por la comisión del delito de lesiones personales ocurridas el 30 de abril de 2005, decisión revocada mediante sentencia del 27 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Superior Militar, en la cual se decidió absolver al señor Luis Antonio Suárez por el delito de lesiones personales.

Indicó que, los hechos anteriormente descritos hicieron que el demandante no ascendiera al grado Intendente Jefe y así sucesivamente hasta llegar al grado máximo al que podían llegar los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, sin embargo, su compañero que compartía su misma situación si fue ascendido al grado de intendente.

1.3 Contestación de la demanda.

1.3.1. Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Mediante escrito radicado el 11 de agosto de 2017, la entidad demandada se pronunció respecto del proceso de la referencia.

Indicó que existía ausencia de responsabilidad por la falla del servicio o el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, pues no se logró demostrar los elementos el hecho, el daño y el nexo causal requeridos para que se configurara la responsabilidad.

Adicionalmente indicó que, pretender que toda detención o medida de seguridad debiera estar forzosamente precedida de un proceso íntegro, llevaría a desvirtuar su carácter preventivo y haría inoficiosa la actividad judicial.

Manifestó que, el presunto daño antijurídico y la imputación pretendida por el señor Luis Antonio Suárez Gómez, correspondía a la supuesta captura y privación del 19 de julio de 2006 al 02 de noviembre de 2006, el que no fue llevado a cabo por miembros activos de la policía, y por ende, no podía endilgarse responsabilidad a la Policía por la privación de la libertad.

Adujo que, la Justicia Penal Militar estaba adscrita al Ministerio de Defensa y no a la Policía Nacional, por tanto, existía una falta de legitimación en la casusa por pasiva. Así mismo excepcionó el cumplimiento de un deber legal, la improcedencia del servicio y la indebida escogencia del medio de control.

1.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 21 de junio de 2016, (Fol. 17 principal), seguidamente mediante auto del 04 de agosto de 2016 se inadmitió la demanda, subsanada las falencias se proferieron dos autos del 13 de octubre de 2016, por el que se rechazó de plano la demanda en lo que respectaba al posible error judicial o falla en el servicio, por haberse configurado la caducidad, y por el que se admitió la demanda en lo referente a la privación injusta de la libertad por ser oportuna su presentación (f. 29-32 c. principal).

El día 20 de marzo de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (f. 81 - 82 c. principal).

El 25 de julio de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 90-91 c. principal).

1.5 Alegatos de conclusión.

1.5.1 Parte demandante

Mediante memorial radicado el 08 de agosto de 2019, el demandante presentó sus alegatos.

Señaló que, estaba demostrado que, el señor Luis Antonio Suárez Gómez fue privado injustamente de la libertad de manera preventiva por orden del Juzgado que hace parte de la demandada, desde el 21 de julio de 2006 al 2 de noviembre de 2006, pena que cumplió en el centro de reclusión para miembros de la Policía, mientras se revocó la decisión.

Manifestó que, el Estado debía responder patrimonialmente por las infracciones en las que incurra los servidores públicos, en razón a que el señor Luis Suárez Gómez no tenía el por qué soportar la privación, cuando el resultado del proceso fue por atipicidad de la conducta y por no haberse demostrado la real ocurrencia de los hechos del CAI del Guavio.

Finalmente, solicitó que se declarara a los demandados administrativamente responsable de los daños y perjuicios económicos representados en perjuicios materiales, noriales, perjuicios morales y de vida en relación causados al señor Luis Antonio Suárez Gómez.

1.5.2 Ministerio de Defensa

Por medio de escrito radicado el 9 de agosto de 2019, la entidad presentó sus alegatos de conclusión. Indicó que, en el caso objeto de estudio no se configuraron los supuestos esenciales que permitieran estructurar ningún tipo de responsabilidad.

Refirió que, si bien el señor Luis Antonio Suárez Gómez fue privado de la libertad, esto fue en el trámite de la investigación adelantada por el Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar, quien profirió la medida de aseguramiento sin beneficio de libertad condicional y las posteriores actuaciones judiciales, que terminaron por parte del Tribunal Superior Militar revocando en su integridad la decisión proferida en primera instancia, tal actuación no configuraba el daño antijurídico que dice haber sufrido el demandante.

Afirmó que, la investigación se originó por la denuncia presentada por los hermanos

Rubio Barrera en contra del demandante y su compañero, por haber sido lesionados el 30 de abril de 2005 por los uniformados. La medida de aseguramiento ordenada por el Juzgado 148 en contra del actor, se desarrolló bajo la estructura legalmente preestablecida y se ajustó a las exigencias fundamentales que estructuraban su procedencia, por lo que, no fue impuesta injustamente, en consecuencia, no se causó ningún daño antijurídico al demandante.

1.5.3. Policía Nacional

Mediante escrito del 9 de agosto de 2019, reiteró todas las actuaciones señaladas en la contestación de la demanda.

Adicionalmente indicó que, la Dirección Ejecutiva de la Justicia Militar era una Institución independiente de la Policía Nacional, de conformidad con el Decreto 1512 del año 2000, por el cual se modificaba la estructura del Ministerio de Defensa, en consecuencia, las pretensiones no podían ser atribuidas a la Policía Nacional.

Sumado a lo anterior señaló que, el hecho de que se haya declarado la absolución en el proceso penal, no quería decir que el actuar del demandante haya llevado a la Justicia Penal Militar a tomar decisiones que en derecho le correspondían, pues se vio obligado a activar el aparato judicial y el demandante estaba en la obligación de soportar las cargas públicas que ello generara, por consiguiente, no existía una falla en el servicio.

1.5.4. Ministerio Público. No rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión del presunto defectuoso funcionamiento de la administración.

2.3. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, e la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la privación injusta de la libertad del señor Luis Antonio Suárez Gómez, por cuenta del Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar, que ordenó la reclusión preventiva desde el 21 de julio de 2006 al 2 de noviembre de 2006, proceso que culminó con la absolución del procesado.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

2.4. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba:

Parte por precisar el Despacho que los documentos aportados al plenario en copia simple, tendrán el valor probatorio correspondiente aun tratándose de documentos públicos que obren en copia simple, toda vez que, siguiendo los lineamientos señalados en sentencia de unificación, los mismos no fueron tachados de falsos¹.

De la prueba trasladada. El Consejo de Estado ha precisado que los documentos obrantes en un proceso pueden ser valorados como prueba trasladada cuando, fundamentalmente, la parte contra la que se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al que están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

*“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)”*² (se resalta).

Por lo que, en el presente asunto, obra proceso penal No. 431, conocido por los Juzgados y Tribunales Militares, adelantado en contra del señor Luis Antonio Suárez Gómez, por los delitos de lesiones personales, retención de documentos y privación injusta de la libertad, documental que será valorada por el Despacho, atendiendo que el mismo fue allegado en el trámite del proceso.

2.5. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado³, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 25022.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

2.6. Del daño antijurídico

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴ ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *"impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea 'irrazonable', en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos"*. En el presente evento, la parte actora hizo consistir el mismo en la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Luis Antonio Suárez Gómez, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que estuvo privado de la libertad desde el 21 de julio de 2006 hasta el 02 de noviembre de 2006, conforme a la boleta de encarcelamiento 1758 del 21 de julio de 2006, en la que se indicó que por decisión judicial el señor Luis Antonio Suárez Gómez, sin beneficio de libertad condicional, estuvo en el centro de reclusión de la Policía Nacional de Facatativá.⁵

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

2.7. De la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales

La responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales está regulado por el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, que preceptúa:

*"Artículo 65.- De la responsabilidad del Estado. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.
En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad."*

De acuerdo con lo dispuesto por la norma en cita, el Estado está obligado a indemnizar patrimonialmente los daños antijurídicos que se le atribuyan por tres títulos de imputación, a saber, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el error jurisdiccional y la privación injusta de la libertad.

2.8. De la Privación Injusta de la Libertad.

En relación con la privación injusta de la libertad, la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Administración de Justicia", prescribe en su artículo 68:

"Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios."

⁴ *Ibidem*.

⁵ Fol 964 del cuaderno 4 de pruebas

2.9. Régimen de responsabilidad aplicable en casos de privación injusta de la libertad.

En casos como el que aquí se estudia, de manera general, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone su declaración en todos los eventos en los cuales el implicado que ha sido privado de la libertad finalmente es absuelto o se precluye la investigación a su favor, cuando en el proceso a que haya dado lugar a su detención o restricción de la libertad se determine que *i)* el hecho no existió, *ii)* el sindicado no lo cometió o *iii)* la conducta es atípica.

De igual forma, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, había ampliado la posibilidad de que se pudiera declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva de ciudadanos ordenada por autoridad competente frente a aquellos eventos en los cuales se causaba al individuo un daño antijurídico aunque el mismo se derive de la aplicación, dentro del proceso penal respectivo, del principio universal *in dubio pro reo*, por manera que aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e incluso cuando se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si el imputado no resultaba condenado, se abría paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados al particular, siempre que éste no se encontrara en el deber jurídico de soportarlos.

3. Caso concreto

Corresponde al Despacho establecer si en el presente evento, la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional - Dirección Ejecutiva de la Justicia Penal Militar es administrativamente responsable por la privación de la libertad que afrontó el demandante Luis Antonio Suárez Gómez, a consecuencia de la investigación penal adelantada en su contra por los delitos lesiones personales y otros, que culminó con la absolución de los delitos endilgados.

Por las irregularidades advertidas en cuanto a las presuntas lesiones personales y privación de la libertad en contra de los señores Arley Rubio y Samir Rubio, el 30 de abril de 2005, se advierte que desde el 2005 hasta el año 2015, se presentaron acciones disciplinarias y penales en contra del demandante de las cuales se extrae lo siguiente:

Denuncia disciplinaria en contra del señor Luis Antonio Suárez Gómez:

“Denuncia ante la Oficina de Control Interno Disciplinario (Bacata), realizada por Mario Arley Rubio Barrera y Samir Rubio Barrera, en contra de los intendentes Carlos Betancourt y Luis Antonio Suárez Gómez, donde indican los denunciantes que estando en estado de indefensión les propinaron una golpiza, con tortura los llevaron, los maltrataron y torturaron físicamente cuando llegaron a la estación el Guavio.

Del desarrollo de la anterior denuncia disciplinaria se resolvió en decisión de primera instancia de Control Disciplinario del Departamento de Policía del 12 de julio de 2005, en la que se extrae:

Demostrado como ésta, que los disciplinados intendente SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO y Subintendente BETANCOURT CARLOS MARIO ejecutaron actos de violencia malos tratos contra el público, incurriendo de esta forma en una conducta tipificada en la ley como falta disciplinaria, sin que exista causal de justificación, es del caso imponer un correctivo disciplinario acorde con los criterios para la graduación de la sanción contenidos en el artículo 43, numeral 1,4,5,6 del Decreto 1798/00, para ello debemos tener en cuenta que la conducta desplegada por los

disciplinarios fue realizada a título de DOLO, perturbando el servicio puesto que con este comportamiento desdibujaron la credibilidad y el buen nombre de la Policía Nacional poniéndole en tela de juicio, causando perjuicios a los ciudadanos MARIO ARLEY RUBIO BARRERA y SAMIR RUBIO BARRERA relacionados con las lesiones personales de que fueron objeto por parte de los precitados policiales. En particular cabe señalar que de parte del autocontrol y control sobre su subalterno el Subintendente BETANCOURT CARLOS MARIO, dado que el grado y cargo que ostentaba para el momento de los hechos así se lo exigían siendo partícipes del hecho bajo el mismo grado de culpabilidad, por ello considera que el tipo de sanción debe ser igual para los dos inculpados no sin antes evaluar los criterios de atenuación y agravación establecidos en los artículos 44 y 45 del precitado decreto. (...).

RESUELVE: (...)

ARTICULO SEGUNDO: Responsabilizar Disciplinariamente a los policiales intendente SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO titular de la cédula de ciudadanía No. 18.389.342 de Montenegro (Quindío) y Subintendente BETANCOURT CARLOS MARIO titular de la cédula de ciudadanía No. 15.022.864 de Riosucio (Caldas) de condiciones civiles y personales conocidas en autos, al haberse establecido a través de la presente audiencia disciplinaria 078-05, que sí incurrieron en falta de tipo disciplinario prevista en el Reglamento de Disciplina y Ética para la Policía Nacional, conforme a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 38 del Decreto 1798 de 2000, por los hechos acaecidos el día 30 de abril de 2005. “(Negrillas y subrayas del Despacho)

Así mismo se allegó normativo Disciplinario No. 078 -05 DEBAC-2005-79 proferido por el Despacho del Director General de la Policía Nacional, en el que se decidió:

“(…) En declaración rendida por el señor Agente LUIS CORTES CORTES, indica que para la época de los hechos siendo aproximadamente las 04:00 a.m. a las 05:00 horas, hicieron presencia los señores intendente SUÁREZ y Subintendente BETANCOURT, con cuatro personas retenidas, quienes no estaban esposados, siendo ingresados las celdas del CAI Guavio, agrega que como uno de ellos se tomaba agresivo hubo la necesidad de utilizar la fuerza para ingresarlo a una de las celdas, al rato sacaron a uno de los retenidos por parte del intendente para llevarlo al CAI TORRES BLANCAS donde iba a ser judicializado, pero que en ningún momento los golpearon, ni los policiales, ni los particulares a ellos.
(…)

Por los anteriores acontecimientos es que este Despacho endilga responsabilidad disciplinaria a los señores Intendente LUIS ANTONIO SUÁREZ GOMEZ y Subintendente CARLOS MARIO BETANCOURT, pues con su comportamiento infringieron el Decreto 1798 de 2000, artículo 38. Faltas Graves, numeral, Numeral 5. “Ejecutar actos de violencia o malos tratos contra el público, superiores, subalterno o compañeros”, Pues a través del material probatorio no se logra establecer ninguna justificación por su comportamiento.

(…) se deduce que los dos elementos para establecer la responsabilidad referida se dan en el caso concreto, de un lado la tipicidad pues el verbo rector es “Ejecutar” encuadran perfectamente en la conducta asumida por los encartados atendiendo que maltrataron físicamente a los particulares MARIO ARLEY y SAMIR RUBIO BARRERA; de otro lado el segundo elemento como es la ilicitud sustancial también encuadra perfectamente al verse vulnerada la función pública sin justa causa esto sin que se contemple ninguna de las causales eximentes de responsabilidad y de culpabilidad

RESUELVE: -

ARTICULO PRIMERO: No acceder a las pretensiones de la apoderada del señor

*Intendente LUIS ANTONIO SUÁREZ GÓMEZ, identificado con cedula de ciudadanía No. 18.389.342 de Montenegro – Quindío, y confirmar el fallo de primera instancia”*⁷

Por otra parte, se encuentra copias de los procesos que se tramitaron en la jurisdicción Penal Militar. Respecto de las denuncias penales se tiene la presentada el 30 de abril de 2005, conforme al formato único de noticia criminal No. 11001600013200503215, radicada en la Fiscalía General de la Nación – URI PALOQUEMAO – BOGOTÁ, donde se dio a conocer las presuntas lesiones personales y privación injusta del señor Samir Rubio Barrera en contra de los policiales subintendente Betancourt y Luis Antonio Suárez Gómez.⁸

De igual manera reposa la diligencia de ratificación y ampliación de denuncia rendida por los hermanos Rubio Barrera el 5 de septiembre de 2005, en la que reiteraron los hechos del 30 de octubre de 2005, en el que afirmaron haber sido maltratados y torturados por el intendente Betancourt y el aquí demandante.⁹

Así mismo, se encuentra diligencia de indagatoria del señor intendente Luis Antonio Suárez Gómez del 22 de septiembre de 2005, quien manifestó que el delito que se le imputaba de lesiones personales, era falso, pues entendía que los denunciantes hicieran esto porque ellos fueron los que le pegaron a su compañero Betancourt y él era el único testigo de que los hermanos Rubio Barrera agredieron a un oficial de la Policía y por eso querían defenderse de esa manera¹⁰.

Por auto del 19 de julio de 2006, del Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar ordenó la medida de aseguramiento alegada en este proceso, en los siguientes términos:

“RESUELVE: Proferir MEDIDA DE ASEGURAMIENTO en la modalidad de DETENCIÓN PREVENTIVA, SIN BENEFICIO DE LA LIBERTAD PROVISIONAL, en contra de los policiales IT. SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO y SI BETANCOURT CARLOS MARIO, de condiciones civiles y anotaciones personales conocidos en autos, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este interlocutorio, por el delito de PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD en concurso con LESIONES PERSONALES, agotadas en las personas de MARIO ARLEY y SAMIR RUBIO BARRERA. “11

Por auto del 31 de octubre de 2006, el Tribunal Superior Militar revocó la medida de detención preventiva del demandante:

“(…) con todas las dudas planteadas, difícilmente podemos afirmar que a este momento procesal exista un hecho indicador plenamente probado y en estas circunstancias no podríamos deducir una inferencia lógica que nos esté llevando al hecho indicado y por ende afirmar que existe el indicio grave de responsabilidad exigido por la ley.

(…) Siendo consecuente con lo anterior, no estarían reunidos los requisitos del artículo 522 del Código Penal Militar, para imponer medida de aseguramiento a los parciales Intendente GOMEZ SUÁREZ LUIS ANTONIO y Subintendente BETANCOURT CARLOS MARIO por el delito de privación ilegal de la libertad, resultando claro que se encuentra basada en un evidente error de apreciación de las pruebas. No ocurre lo mismo respecto de la lesiones personales, pues la forma de realizar la conducción es a todas luces reprochable, al haber sido tratadas

⁷ Fls 353-371 Cuaderno 2 de pruebas

⁸ Cfr. Fls. 64- 67 Cuaderno 23 de pruebas

⁹ Cfr. Fls 96-99 Cuaderno 2 de pruebas

¹⁰ Fls 117 a 123 Cuaderno 2 de pruebas

¹¹ Fls 957-963 Cuaderno 4 de pruebas

inhumanamente faltando al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano, tratos que quedaron representados en las lesiones causadas y dictaminadas por medicina legal como quedó acreditado dentro el expediente, las que se atribuyeron como causantes a los mismos policiales GOMEZ SUÁREZ y BETANCOURT tal como fue analizado por el A- quo instructor, desconociendo los lineamientos jurisprudencias sobre la materia, la Constitución Nacional y los tratados internacionales que exigen que toda persona debe ser tratada humanamente y con respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

RESUELVE:

PRIMERO: Despachar FAVORABLEMENTE el recurso de apelación interpuesto al auto de fecha 19 de julio de 2006 mediante el cual se resolvió la situación jurídica provisional de los Policiales Intendente SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO y subintendente BETANCOURT CARLOS MARIO, y al auto de fecha 23 de agosto de 2006 mediante el cual se negó revocatoria de la medida de aseguramiento y la libertad de los procesados, para lo cual este Despacho se abstendrá por el delito de imponer medida de aseguramiento en su contra por el delito de privación ilegal de la libertad.¹² (Negrillas y Subraya del Despacho).

Por otro lado, el 10 de febrero de 2010, la Fiscalía 141 Militar en primera instancia señaló:

"En este orden de ideas y respecto al punible de PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD, es plausible reafirmar que evidentemente el acto del haber privado de la libertad a estas dos personas, no fue un acto abusivo, que no encuentre justificación alguna en el ordenamiento legal ; ya que obedeció al clamor de la ciudadanía , de aplicar la acuerdo a la sindicación de la comunidad de señalarlos como presuntas sujetos comprometido en la comisión de un punible y los autorizaba para privarlos es la libertad, máxime cuando uno de ellos atacó a un servidor público en estado de excitación difícil de controlar y ningún tipo de identificación. En este orden de ideas, el Despacho, dictará, CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO a favor de los implicados, al considerar que no observa vulneración al bien jurídico tutelado imputado.

Ahora bien, respecto al estudio del punible de LESIONES PERSONALES que en primera instancia se les endilga a los señores IT SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO Y SI BETANCOURTH CARLOS MARIO, no produce el mismo convencimiento para el Despacho, las experticias médicos legales, acerca de las lesiones que dice haber sufrido los quejosos, ocasionados por los encurtados, máxime si se tiene en cuenta el testimonio del señor BEGNINO CANO, quien es enfático en señalar que los guardianes del orden (...)

RESUELVE: PRIMERO: Dictar Resolución de CESACIÓN DE PROCEDIMIENTO respecto de los señores SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO Y SI BETANCOURTH CARLOS MARIO(...)¹³

En decisión del 31 de octubre de 2011, la Fiscalía Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar Radicado 13554 Ponal F3 TSM indicó:

" De otro lado, refulge claro, iteramos, que en el instante del embarque de los conducidos no pudieron los señalados tensionamientos concretarse, porque al respecto tampoco testigo alguno refiere esa situación, por lo que el descartarse que aquellas hubiesen podido causarse en el tal forcejeo y quedar sin piso la hipótesis de la caída y del enfrenamiento entre ellos mismos al interior de la patrulla, basamentados en las precedentes razones, es evidente que habrá que abrirse paso en este particular aspecto el dicho de los lesionados y sus acompañantes y como corolario de ello imputar responsabilidad a título de coautores en su modalidad dativa

¹² Fls. 1020-1093 Cuaderno 4 de pruebas

¹³ Fls 801-810 Cuaderno 3 de pruebas.

frente al descrito relato en contra del IT. LUIS ANTONIO SUÁREZ GOMEZ y el SI CARLOS MARIO BEATANCOURTH, por lo que ha de admitirse, como le depreca el recurrente de cara a este segmento, que se cumplen los condicionamientos en el artículo 556 de la codificación punitiva castrense, razón por la que se despacharán en sentido favorable sus pretensiones para que los aquí vinculados sean llamados a responder en sede de juicio criminal por los concursales delitos de lesiones personales, escenario procesal en el que de una vez por todas se definirá su suerte jurídica.

RESUELVE

(...)

ARTICULO TERCERO: REVOCAR la anunciada determinación cesatoria de todo procedimiento dictaminada en favor del IT LUIS ANTONIO SUÁREZ GOMEZ y SI CARLOS MARIO BETANCOURTH por los concursales punibles de lesiones personales para en consecuencia proceder a emitir en su contra RESOLUCIÓN DE ACUSACIÓN como coautores y presuntos responsables de los padecimientos de MARIO ARLET RUBIO BARRERA y SAMIR RUBIO BARRERA (...)¹⁴

Mediante sentencia del 17 de febrero de 2014, el Juzgado 148 Penal Militar en primera instancia dispuso:

" (...) El aspecto subjetivo está debidamente probado, es decir, que el resultado "lesión" se originó de la voluntad de los procesados por cuanto se conoce de autos, que los precitados MARIO ARLEY y SAMIR RUBIO BARRERA, al ser conducidos al CAI el GUAVIO resultaron lesionados en esas instalaciones.

Lo antes expuesto permite deducir, que el resultado del procedimiento policial conocido en autos y ejecutado por los Acusados terminaron (sic) una lesión física en la humanidad de los (sic) jóvenes MARIO ARLEY y SAMIR RUBIO BARREA, siendo la conducta de los policiales típica y coincide con los demás elementos estructurales del delito pues causó daño en el cuerpo de las víctimas y se enmarca dentro del tipo penal de lesiones personales descrito en el artículo 188 del C.P.M. Ley 522/99; veamos porque: (...)

Hace relación el Despacho a los mencionados derechos con el fin de determinar que los policiales hoy encausados en el presente proceso, son policiales con experiencia en la Policía Nacional, lo cual nos lleva a determinar que su actuar no fue el correcto, porque vulneraron los derechos inherentes a los ciudadanos MARIO ARLEY RUBIO BARRERA, quienes fueron golpeados y puesto en estado de indefensión uno de ellos SAMIR RUBIO BARRERA, para así llevar a cabo su objetivo final, lesionar de manera dolosa a los detenidos.

(...) Lo manifestado por este Despacho tiene sustento probatorio en el dictamen médico legal, practicado a los jóvenes MARIO ARLEY RUBIO BARRERA y SAMIR RUBIO BARRERA, prueba pericial que adquiere relevancia en el proceso, y determina con exactitud las lesiones causadas a las víctimas.

(...) Ahora bien, para el caso deen(sic) estudio, los policiales IT LUIS ANTONIO SUÁREZ GOMEZ Y SI CARLOS MARIO BETANCOURTH, actuaron conjuntamente, tomando la decisión de realizar al mismo tiempo la acción ejecutiva, produciendo con su comportamiento el resultado típico, es decir causar el daño en la integridad física de los hermanos MARIO ARLEY RUBIO BARRERA Y SAMIR RUBIO BARRERA. La acción que se dio por parte de los dos encartados ocurre en los supuestos citados anteriormente cada autor pretendió por sí mismo realizar por completo el tipo, y el hecho de que actúen conjuntamente varias personas no tiene por objeto llevar a cabo una distribución de funciones entre ellas, sino obtener el aseguramiento del resultado (lesiones personales dolosas). Por esta razón puede afirmarse que los casos de coautoría aditiva son casos de coautoría que no requieren ser clasificados como

¹⁴ Fls 866-900 Cuaderno 3 de pruebas

un supuesto especial y concreto.

RESUELVE:

PRIMERO: CONDENAR como coautores de conformidad con los razonamientos jurídicos expuestos en precedencia, a los institucionales IT, LUIS ANTONIO SUÁREZ GOMEZ y SI, CARLOS MARIO BEANCOURT, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, procesados por la conducta punible de concurso homogéneo de LESIONES PERSONALES DOLOSAS, a la pena de NUEVE (9) MESES DE ARRESTO, al tenor de lo preceptuado en el artículo 188 del Código General Militar y lo expuesto en la parte motiva.¹⁵

En sentencia de segunda instancia del 27 de febrero de 2015, el Tribunal Superior Militar - Segunda Sala de Decisión decidió:

“Así las cosas, con la claridad que nos dan las probanzas, los únicos hechos demostrados en el proceso, son los ocurridos inicialmente en el lugar de la captura de los jóvenes tantas veces mencionados y las lesiones que ameritan una incapacidad de ocho (8) días, daños corporales causados en cuello, extremidades, región lumbar, que son consecuencia del contacto físico al utilizar la fuerza en una conducción y que son compatibles con el uso de la fuerza dentro de los límites permitidos por la ley, por tanto, la acción de los gendarmes resultaría lícita y a la luz del derecho penal, la conducta atípica.

No ocurre lo mismo con las lesiones referidas en el segundo reconocimiento médico legal que hiciera Medicina Legal el día 25 de mayo de 2005, que corresponde al No. 2005C-01010509064, en el que se modifica la incapacidad médico legal de ocho (8) días sin secuelas, para fijarla en veinticinco (25) días, como definitiva sin secuelas médico legales, en tanto que resulta contraevidente y no encuentra ningún respaldo con los demás medios de prueba, por tanto, no es posible otorgarle la credibilidad conferida por el A- quo.

Este segundo evento relatado por los quejosos y sus amigos, esto es, la brutal golpiza que refieren fueron sometidos los hermanos RUBIO BARRERA en el CAI el GUAVIO, no logró demostrarse su real ocurrencia del hecho, supuesto fáctico en el que se sustentó la imputación jurídica de las lesiones personales que finalmente llevó al Juez Primario a colegir la responsabilidad penal atribuida a los policiales SI BEATANCOURTH CARLOS MARIO e IT SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO y en la que funda la sentencia condenatoria.

Consecuente con lo expresado en precedencia, se ha de señalar que no existe la certeza sobre la ocurrencia del hecho requerida para proferir sentencia condenatoria determinada en el artículo 396 de la ley 522 de 1999, grado de conocimiento que exige que obre dentro del proceso medios de prueba que tengan la capacidad de derrumbar la presunción de inocencia de la que goza todo procesado, vale decir, debe estar probado en grado de certeza la ocurrencia del hecho punible y la responsabilidad, diferente al requerido al momento de definir la situación jurídica y la calificación del mérito del sumario, como lo ha expresado la Honorable Corte Suprema de Justicia: (...)

Corolario de lo expuesto a lo largo de esta providencia, se accederá a la pretensión principal incoada por los apelantes, en consecuencia, se revocará en su integridad las condenas impuestas a los policiales SI, BETANCOURT CARLOS MARIO y al SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO como autores responsables de la comisión del delito de lesiones personales en providencia calendada el 2 de noviembre de 2012, proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía metropolitana de Bogotá, para en su lugar dictar sentencia absolutoria a favor de los encausados, en el primer evento, esto es, por las lesiones causadas en el procedimiento efectuado en el Edificio la Vegas de la Carrera 4 con calle 19, por atipicidad de la conducta, y por el segundo

¹⁵ Fls 977- 1019 Cuaderno 4 de pruebas

evento, es decir los hechos ocurridos en el CAI el GUAVIO, bajo el entendido que no está demostrada la ocurrencia del hecho, en consecuencia, no se hallan acreditados los presupuestos del artículo 396 del código penal militar, para dictar sentencia condenatoria. (...)

RESUELVE: DESPACHAR DE MANERA FAVORABLE la pretensión principal incoada por los apelantes, en consecuencia, **REVOCAR** en su integridad las condenas impuestas a los policiales **SI BETANCOURT CARLOS MARIO** y al **IT. SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO** como responsables de la comisión del delito de lesiones personales en providencia calendarada el 17 de febrero de 2014, proferida por el Juzgado de Primera Instancia de la Policía metropolitana de Bogotá, en su lugar **ABSOLVERLOS**, de un lado, por las lesiones causadas en el procedimiento efectuado en el Edificio la Vegas (sic) de la carrera a con calle 19, por atipicidad de la conducta, y de otro, bajo el entendido que no se halla demostrada la real ocurrencia de los hechos en el CAI el GUAVIO, en consecuencia, no se hallan acreditados los presupuestos del artículo 396 del código penal militar, para dictar sentencia condenatoria, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia¹⁶

Finalmente, se advierte que, dentro del trámite procesal se surtió el testimonio del señor Carlos Mauricio Betancourt, en audiencia de pruebas llevada a cabo el 25 de julio de 2019, del que se extrae:

(...) Preguntado: Recuerda cuáles fueron los hechos que dieron origen a la investigación disciplinaria y penal que se adelantó en contra de Luis Antonio. Contesto: Sí, fue un caso de apoyo a la patrulla de vigilancia Torres tres, del sector de Germania, para conducirlos al CAI (...) los hechos fueron que supuestamente que uno de los capturados se había robado un vehículo y trasladarlo al CAI GUAVIO, uno de los muchachos me golpea a mi dos veces y me rompe el labio, me hizo rodar por las escaleras, y ahí fue donde tuvimos que utilizar la fuerza y subirlos a los cuatro a la patrulla, uniformados éramos cuatro, no recuerdo los nombre de los patrulleros. uno de ellos no se dejó trasladar, yo lo cogí ir el cuello y ahí fue me pegó en la cara, y me dio una patada y me hizo rodar por las escaleras, ahí fue cuando utilizamos la fuerza, Preguntado: Qué tipo de fuerza usó: fue una fuerza proporcional para poderlos dominar y subirlos al panel, Preguntado pero qué tipo de fuerza: Fuerza de sometimiento, no teníamos esposas, lo cogimos por el cuello, se quería escapar. (...) PREGUNTADO: Qué tipo de sometimiento usaron, qué tipo de arma bolillo, esposas; Contesto: No teníamos esposas. PREGUNTADO: A efectos de subirlos a la patrulla no es necesario contar con esposas; CONTESTO: Si claro, pero el de la patrulla tenía esposas, el único que tenía esposas era Ronald, el que encontraron dentro del vehículo, los otros tres se encontraban en el pasillo. PREGUNTADO: Después de que los subieron a la patrulla a dónde los trasladaron. CONTESTO: Los trasladamos a la Estación el GUAVIO. PREGUNTADO: Qué procedimiento se realizó allá. CONTESTO: En el CAI GUAVIO se dejan allá con el agente de información y la patrulla tres era Torre 3 fue la que conoció el caso e hizo la judicialización (...)

Coligiendo el material probatorio se tiene que, se encuentra acreditado que, mediante auto del 19 de julio de 2006, el Juzgado 148 de Instrucción Penal Militar profirió la medida de aseguramiento en la modalidad de detención preventiva, sin beneficio de la libertad provisional, en contra del señor Luis Antonio Suárez Góme., decisión que fue revocada el 31 de octubre de 2006 por el Tribunal Superior Militar. (fol 962 y 975 de c. 4 de pruebas).

Posteriormente, en sentencia el 17 de febrero de 2014 adoptada el Juzgado 148 Penal militar, se condenó a 9 meses de prisión como coautores a los señores Luis Antonio Suárez Gómez y su compañero, por la conducta punible de concurso homogéneo de lesiones personales (fls 1018-1019 c. 4 pruebas)

¹⁶ Fls 1020 – 1093 Cuaderno 4 de pruebas.

Por último, en sentencia proferida el 27 de febrero de 2015, el Tribunal Superior Militar resolvió revocar la sentencia de primera instancia y absolverlos por las lesiones causadas en el procedimiento efectuado en la carrera 4 con calle 19, por atipicidad de la conducta, y por no haberse demostrado la real ocurrencia de maltrato a los hermanos Rubio en el CAI el Guavio por parte del demandante. (fol.1093 c. 4 de pruebas).

En reciente jurisprudencia¹⁷, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha ratificado que en casos de privación de la libertad, el hecho de que la persona sea exonerada penalmente, no significa que el Estado deba ser automáticamente declarado responsable por su conducta, pues previamente se tiene que examinar que el individuo no haya participado con su actuar en la materialización del daño: de ser así la entidad demandada será liberada de responsabilidad.

En efecto, ha manifestado el Consejo de Estado que la administración será responsable por la privación injusta de la libertad, salvo que opere la culpa grave o dolo de la víctima. En esa medida, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 estipula que se entenderá probada la culpa de la víctima cuando éste haya actuado "*con culpa grave o dolo*".

En ese orden de ideas, la Sección Tercera del Consejo de Estado frente a casos en los que personas que han sido privadas de la libertad por orden judicial y posteriormente absueltas, han contribuido con su actuación en la producción del daño, da lugar a la configuración de una causal de exoneración en virtud del hecho exclusivo y determinante de la víctima¹⁸.

Ahora bien, de las pruebas aportadas al proceso, si es posible advertir la configuración de culpa exclusiva de la víctima para exonerar la responsabilidad de las entidades demandadas, como se pasa a exponer.

Dentro del plenario se encuentra probado que, en primer lugar se inició investigación disciplinaria 078-2005, en el cual se le absolvió al demandante respecto de los cargos de privación injusta de la libertad y del cargo de retención de documentos, y se le sancionó por el cargo de lesiones personales ocasionadas a los señores Mario Arley Rubio Barrera y Samir Rubio Barrera, con suspensión de 15 días e inhabilidad por el mismo término, se destaca que en los dos fallos disciplinarios se dejó en claro que los investigados ejecutaron actos de violencia y malos tratos en contra de los hermanos Rubio barrera, como se aprecia a continuación en dichas providencias:

Primera instancia: "*Demostrado como ésta, que los disciplinados intendente SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO y Subintendente BETANCOURT CARLOS MARIO ejecutaron actos de violencia malos tratos contra el público, incurriendo de esta forma en una conducta tipificada en la ley como falta disciplinaria, sin que exista causal de justificación, es del caso imponer un correctivo disciplinario acorde*

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "B". Sentencia proferida el 1º de agosto de 2016, al interior del proceso 2008.00263 (42376) C. P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 2 de mayo de 2007; exp.15.463, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 30 de marzo de 2011, exp. 19565, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sección Tercera, Subsección "C", C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sentencia de 13 de abril de 2011, exp. 19889; Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 26 de febrero de 2014, exp. 29.541, C.P. Enrique Gil Botero; Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2009; C.P. Ramiro Saavedra Becerra; exp.17.188; Sección Tercera, Subsección "C", sentencia de 11 de julio de 2013, exp. 27.463, C.P. Enrique Gil Botero.

con los criterios para la graduación de la sanción contenidos en el artículo 43, numeral 1,4,5,6 del Decreto 1798/00, para ello debemos tener en cuenta que la conducta desplegada por los disciplinarios fue realizada a título de DOLO, perturbando el servicio puesto que con este comportamiento desdibujaron la credibilidad y el buen nombre de la Policía Nacional poniéndole en tela de juicio, causando perjuicios a los ciudadanos MARIO ARLEY RUBIO BARRERA y SAMIR RUBIO BARRERA relacionados (...)

Segunda instancia (...) se deduce que los dos elementos para establecer la responsabilidad referida se dan en el caso concreto, de un lado la tipicidad pues el verbo rector es "Ejecutar" encuadran perfectamente en la conducta asumida por los encartados atendiendo que maltrataron físicamente a los particulares MARIO ARLEY y SAMIR RUBIO BARRERA; de otro lado el segundo elemento como es la ilicitud sustancial también encuadra perfectamente al verse vulnerada la función pública sin justa causa esto sin que se contemple ninguna de las causales eximentes de responsabilidad y de culpabilidad (...)

Se colige que, las dos instancias estuvieron de acuerdo en que, si bien no endilgaron los cargos de privación injusta de la libertad y retención de documentos, si se presentaron las lesiones personales en la humanidad de los denunciantes del disciplinario, y esto llevó a la suspensión y sanción de 15 días a los policiales.

En las providencias de la Fiscalía 141 Militar de primera instancia y la proferida en segunda instancia por la Fiscalía Tercera Penal Militar ante el Tribunal Superior Militar Radicado 13554 Ponal F3 TSM, se extrac lo siguiente:

Primera instancia: "Ahora bien, respecto al estudio del punible de LESIONES PERSONALES que en primera instancia se les endilga a los señores IT SUÁREZ GOMEZ LUIS ANTONIO Y SI BETANCOURTH CARLOS MARIO, no produce el mismo convencimiento para el Despacho, los experticias médicos legales, acerca de las lesiones que dice haber sufrido los quejosos, ocasionados por los encartados, máxime si se tiene en cuenta el testimonio del señor BEGNINO CANO, quien es enfático en señalar que los guardianes del orden" (...)

Segunda instancia: " De otro lado, refulge claro, iteramos, que en el instante del embarque de los conducidos no pudieron los señalados tensionamientos concretarse, porque al respecto tampoco testigo alguno refiere esa situación, por lo que el descartarse que aquellas hubiesen podido causarse en el tal forcejeo y quedar sin piso la hipótesis de la caída y del enfrenamiento entre ellos mismos al interior de la patrulla, basamentados en las precedentes razones, es evidente que habrá que abrirse paso en este particular aspecto el dicho de los lesionados y sus acompañantes y como corolario de ello imputar responsabilidad a título de coautores en su modalidad dativa frente al descrito relato en contra del IT. LUIS ANTONIO SUÁREZ GOMEZ y el SI CARLOS MARIO BEATANCOURTH,

De la simple lectura se confirma la similitud entre las decisiones, disciplinarias y fiscales en el mismo caso investigado, confirmándose las lesiones personales motivados por el dictamen pericial de los denunciantes, de las que fueron víctimas los hermanos Rubio por parte del aquí demandante y su compañero.

El Despacho observa que, el 30 de abril de 2005, se presentó un incidente de un presunto hurto de un carro en el edificio La Vega, ubicado en la Carrea 4 con calle 19, ante el llamado de la ciudadanía a la fuerza pública se presentaron, entre otros, ellos policias Luis Antonio Suárez Gómez y Carlos Mario Betancourt para poyar la actividad policial, sin embargo, al parecer las personas involucradas se encontraban

en estado de alicoramiento y hubo un irrespeto a la autoridad y agresión física al policía Carlos Mario Betancourt, en consecuencia, los uniformados tuvieron que usar la fuerza para el cumplimiento de sus deberes, conduciendo a las personas a la Estación el Guavio, donde estuvieron detenidos por unas horas, y fueron objeto de golpes, lo que llevó a un dictamen médico legal de incapacidad de 8 días y postergado con 25 días de incapacidad.

Las circunstancias presentadas anteriormente, fueran la causa para que las autoridades disciplinarias y penales adelantaran las investigaciones.

Así las cosas, a juicio del Despacho se configura la culpa del señor Luis Antonio Suárez Gómez, por cuanto al margen de que penalmente no se haya proferido sentencia en su contra en segunda instancia, si se encuentra acreditado el uso de la fuerza en los hechos que dieron origen a las investigaciones formuladas por lo hermanos Rubio, quienes efectivamente resultaron heridos conforme a las pruebas que se aportaron en el proceso penal.

En efecto, si bien no se desconoce que los uniformados en dado caso pueden hacer uso de la fuerza, esta debe ser en proporción, que para el caso presente a los hermanos Rubio no se les judicializó por ningún delito de lesiones en contra de los uniformados.

La fuerza pública debe reducir al mínimo los daños y lesiones, respetar y proteger la vida humana, sin exceder en la fuerza física, como a lo largo de este proceso quedó demostrado que no se hizo por parte del señor Luis Antonio Suárez, por el contrario fue confirmado por los mismos policiales que fue necesario la fuerza para poder estabilizar la situación, argumentos que este Despacho considera que constituye el actuar por el que se iniciaron las investigaciones en su contra, y por las que disciplinariamente resultaron sancionados y por ende, se debía establecer si constituían una conducta penal.

El hecho de que en segunda instancia se hubiere resuelto absolver al señor Luis Antonio Suárez Gómez, al no encontrar suficiente material probatorio para proferir una sentencia condenatoria, ello no es óbice para que resulten imputables a la demandada los perjuicios que reclama la parte actora con ocasión a la medida de aseguramiento impuesta, en tanto lo acreditado es que, el demandante no actuó de manera prudente, frente a las circunstancias que rodearon el traslado de los señores Mario Arley Rubio Barrera y Samir Rubio Barrera a la Estación del Guavio, al punto que fue sancionado disciplinariamente por estos hechos.

Lo anterior, por cuanto independientemente que el Tribunal Militar hubiere considerado que no se acreditó la configuración de la conducta punible atribuida, esto es, lesiones personales por parte el señor Luis Antonio Suárez Gómez, y que a su parecer la fuerza utilizada estuvo proporcionada, lo cierto es que no se puede desconocer el debido ejercicio de la fuerza que se utilizó, y que en el presente caso, dada la forma en que acaecieron los hechos y lesiones que presentaron los afectados, conllevaba a que los uniformados tuvieran que soportar las investigaciones que se adelantaron en su contra.

En esa medida, al haber existido denuncias penales y disciplinarias, por las presuntas lesiones personales de los señores Arley y Samir Rubio Barrera, y existir sanción disciplinaria, son actuaciones que lo convertían en sujeto investigable y por ende objeto de medida de detención preventiva, situación que devino de la conducta asumida por él mismo demandante, actuaciones que incidieron en la investigación penal en su contra.

Bajo el análisis de la responsabilidad administrativa de la entidad demandada, el Despacho advierte que, la intervención de la víctima fue determinante para la privación de la libertad y su posterior inclusión en el proceso penal militar, en tanto que, en los hechos nunca desestimó el uso de la fuerza y la falta del uso de elementos para reducir a las personas señalada y evitar cualquier otra forma de causar lesión en la integridad del ser humano, constituye en sede de responsabilidad extracontractual, la culpa exclusiva de la víctima.

Si bien en decisión 27 de febrero de 2015, el Tribunal Superior Militar decidió absolverlo por el delito de lesiones personales, también lo es que, la conducta del demandante, al desconocer los postulados de buen trato y protector como servidor público de los derechos humanos, contribuyó a la privación de su libertad, motivo por el que, se deberán negar las pretensiones de la demanda.

4. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que, el Despacho no encontró acreditada la responsabilidad atribuida a la entidad demandada, más aún cuando frente al daño soportado por el señor Luis Antonio Suárez Gómez se constituyó la culpa del demandante.

5. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, las determinaciones de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

6. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

crr



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2016-00184-00
Demandante :	Ricardo Naranjo Riveros
Demandado :	Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 116**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Ricardo Naranjo Riveros y Jhon Fredy Ortegategate presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la investigación disciplinaria adelantada en su contra, por las supuestas irregularidades en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 34 a 36 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, la División Administrativa y Financiera de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC, profirió auto de 20 de noviembre de 2012, ordenó la apertura de investigación preliminar en averiguación de responsables, por hechos aparentemente disciplinarios al interior de la institución.

Posteriormente, mediante auto de 6 de febrero de 2013, se dio apertura de la investigación en contra del señor Ricardo Naranjo Riveros y por auto de 19 de junio del mismo año, se vinculó a dicha investigación a los señores Jhon Fredy Ortegategate y Jorge Octavio Mosquera Pineda, y se ordenó la suspensión de sus cargos.

Refirió que, el señor Ricardo Naranjo Riveros estuvo suspendido de su actividad entre el 22

de julio de 2013 y el 22 de enero de 2014, para el caso del señor Jhon Fredy Ortegate la suspensión trascurrió entre el 22 de octubre de 2013 y el 22 de enero de 2014, época en que debieron acudir a terceros para obtener ayudas económicas y suplir sus necesidades mínimas y las de su grupo familiar.

Indicó que en relación a que los demandantes fueron absueltos, se configuraba la responsabilidad del Estado por los daños causados, derivados de las actuaciones que se desprendieron por la suspensión a la que se vieron sometidos. (f. 37 y 38 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

El Despacho precisa que, mediante auto del 12 de octubre de 2017 se advirtió que en el término concedido, la **Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC** guardó silencio (f. 71 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 21 de julio de 2016 (f. 51 c. principal), mediante auto de 10 de octubre de 2016 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 15 de noviembre de 2016, se admitió la demanda (f. 63 y 64 c. principal).

En providencia del 12 de octubre de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 71 c. principal).

El 9 de abril de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas, en la que se aceptó el desistimiento de las pretensiones respecto del señor Jhon Freddy Ortegate y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 163 y 164 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 30 de abril de 2019, el apoderado judicial de la **parte actora** solicitó acceder a las pretensiones de la demanda y reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

Señaló que, conforme al expediente administrativo allegado se podía evidenciar que, el proceso disciplinario iniciado en contra del demandante Ricardo Naranjo fue debido a su participación en una audiencia de sorteo de consolidación de oferentes y audiencia de aclaración, en la que no se modificaron pliegos ni condiciones.

Sin embargo, al practicarse las pruebas con el fin de determinarse las irregularidades que se hubieren podido presentar en el proceso licitatorio No. SAMC-005-2012, y a pesar de no existir razón para continuar con la investigación, la demandada tomó la decisión de suspenderlo provisionalmente, sin la suficiente motivación para ello, ni prueba sumaria de que hubiera sido un obstáculo en la investigación.

Concluyó que, para adoptarse decisiones sancionatorias debía tenerse absoluta certeza de la conducta atribuida que, para el caso concreto debía estarse plenamente convencido que el demandante habría incurrido en falta disciplinaria y al no existir convicción plena conforme al recaudo obligatorio agotado en la investigación, debió proferirse resolución absolutoria adoptada finalmente el 22 de mayo de 2015, luego de habersele impuesto una segunda suspensión, por lo que, solicitó se accedieran a las pretensiones de la demanda, en tanto la

situación a la que fue expuesto el demandante influyó en que no pudiera mejorar su condición laboral viéndose afectados sus ingresos, el entorno social y familiar en que se desenvolvía¹.

Por su parte, la **Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC** indicó que, si bien el señor Ricardo Naranjo fue objeto de investigación disciplinaria en su contra y en virtud de la que, fue suspendido de su cargo por el término de 6 meses, también lo era que, una vez concluyó la misma, se dispuso mediante Resolución 085 de 21 de enero de 2014, se le pagara la remuneración dejada de percibir durante el periodo que estuvo suspendido, lo que desvirtuaba la pretensión encaminada a obtener el pago de dichos salarios.

Añadió que, de acuerdo a la testimonial de la señora Gladys Elvira Cely, si bien el accionante convivía con su hija para la fecha de los hechos, también lo era que, su madre y compañera permanente del demandante, también convivía con ellos y se encontraba laborando, por lo que pudo proveer lo necesario para su hija Xiomara Engret Ramírez, por lo que, contrario a lo afirmado por la parte actora, no estuvo desprotegida económicamente.

Aunado a lo anterior, tampoco se probó que la parte actora hubiere adquirido créditos o préstamos a entidades financieras o particulares, como lo alegó en la demanda, pues si bien los testigos advirtieron haber dado apoyo económico a los demandantes, ello no era suficiente para acreditar los perjuicios alegados.

Advirtió que, si bien el demandante aseguró que el proceso disciplinario adelantado en su contra había afectado su relación con su compañera permanente, lo cierto era que, de las testimoniales recaudadas, tal afirmación carecía de validez, en tanto se adujo que la separación se dio a finales del año 2014, fecha para la que ya había sido reintegrado el demandante y le habían sido cancelados los salarios dejados de percibir durante el periodo que estuvo suspendido.

Finalmente, respecto de la investigación disciplinaria de que fue objeto el demandante, aseguró que, en desarrollo del mismo se le garantizó el debido proceso, y que la decisión de suspender de su cargo, fue adoptada en virtud de la necesidad de alejar al sujeto disciplinado del cargo que ejercía con el fin de salvaguardar los intereses de la entidad y del mismo investigado.

Aseguró que, para toda entidad pública en aras de cumplir con los fines del Estado, contaba con la atribución de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores públicos a efectos de verificar el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades en el ejercicio de la función pública, razón por la que, solicitó se negara las pretensiones incoadas por la parte actora².

2.6 Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público no rindió concepto, en el término previsto para el efecto.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Escuela Tecnológica Instituto Técnico

¹ Folio 185 a 187 c. principal

² Folio 171 a 184 c. principal

Central -ITEC debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del proceso disciplinario No. 2012-012 que le fue adelantado al señor Ricardo Naranjo Riveros, en virtud del que fue suspendido de su cargo y que, culminó con el archivo del mismo.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.2. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba

Parte por precisar el Despacho que los documentos aportados al plenario en copia simple, tendrán el valor probatorio correspondiente -aun tratándose de documentos públicos que obren en copia simple, toda vez que, siguiendo los lineamientos señalados en sentencia de unificación, los mismos no fueron tachados de falsos³.

Frente a la prueba trasladada, el Consejo de Estado ha precisado que los documentos obrantes en un proceso pueden ser valorados como prueba trasladada cuando fundamentalmente, la parte contra la que se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al que están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)” (se resalta).

Por lo que en el presente asunto, las copias de las actuaciones surtidas con ocasión de la actuación disciplinaria No. 2012-0012 adelantada por la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC contra el señor Ricardo Naranjo Riveros, serán valoradas por el Despacho, atendiendo que las mismas fueron allegadas en virtud de orden judicial y dentro del trámite del proceso.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado⁴, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos

³ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 25022.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacios.

⁵ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.3.1 Del daño antijurídico

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁶ ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁷. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

En el *sub judice* la parte actora hace consistir el daño en el adelantamiento del proceso disciplinario de que fue objeto el señor Ricardo Naranjo Riveros por las presuntas irregulares en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012, acción, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que estuvo vinculado a la actuación disciplinaria No. 2012-0012 iniciada por la entidad demandada, en virtud del oficio de 22 de octubre de 2012 suscrito por la Procuraduría General de la Nación, en el que se remitieron las observaciones realizadas al proceso contractual, a efectos de que se adelantaran las investigaciones correspondientes.

Acreditado el daño, se dilucidará si el mismo le resulta atribuible a la demandada.

3.3.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Sobre el particular ha dicho el Consejo de Estado:

“En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica (nota al pie: ‘La imputación depende, pues, tanto de elementos

⁶ *Ibidem*.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

subjetivos como objetivos'. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo. Parte general.*, ob., cit., p. 927), en la que se debe determinar **la atribución conforme a un deber jurídico** (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

'La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen' (Nota al pie: Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004).

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las 'estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas'.

*(...) En concreto, la atribución jurídica debe exigir que sea en un solo título de imputación, la falla en el servicio, en el que deha encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado, sustentada en la vulneración de deberes normativos, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho*⁸ (se resalta).

3.3.2.1 De la Responsabilidad de la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central - ITEC

En el presente asunto, la parte actora presentó demanda en los siguientes términos:

"LO QUE SE DEMANDA

PRIMERA. Declarar administrativa, pecuniaria y extracontractualmente responsable a LA ESCUELA TECNOLÓGICA INSTITUTO TÉCNICO CENTRAL "ITEC", de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con motivo de vinculación al proceso disciplinario y la consecuente suspensión de sus actividades como servidor público y el no pago de sus salarios y prestaciones sociales, en contra de los intereses de RICARDO NARANJO RIVEROS (...)"

Se tiene entonces que, los perjuicios reclamados en esta demanda, derivan de la presunta irregularidad en la actuación disciplinaria adelantada por la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC contra el demandante y en virtud de la que, se dispuso la suspensión de su cargo por el término de 6 meses sin la debida justificación y que, concluyó con el archivo de la misma.

Actuaciones con la que el demandante se encuentra en desacuerdo en la medida que, adujo haberle impedido ascender a un cargo de mayor jerarquía funcional y afectó su entorno familiar al producirse la ruptura de su sociedad conyugal y al habersele obligado a solicitar préstamos de dinero que le permitieran sobrellevar económicamente el periodo en que

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección "C". Sentencia proferida el 9 de mayo de 2012, al interior del proceso 1997-03572 (22366) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

estuvo suspendido de su cargo.

Frente a la suspensión provisional del servidor público, debe referirse lo dispuesto por la Ley 734 de 2002 contentiva del Código Disciplinario Único, que indica lo siguiente:

"Artículo 157. Suspensión provisional. Trámite. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia.

El auto que decreta la suspensión provisional será responsabilidad personal del funcionario competente y debe ser consultado sin perjuicio de su inmediato cumplimiento si se trata de decisión de primera instancia; en los procesos de única, procede el recurso de reposición.

Para los efectos propios de la consulta, el funcionario remitirá de inmediato el proceso al superior, previa comunicación de la decisión al afectado.

Recibido el expediente, el superior dispondrá que permanezca en secretaría por el término de tres días, durante los cuales el disciplinado podrá presentar alegaciones en su favor, acompañadas de las pruebas en que las sustente. Vencido dicho término, se decidirá dentro de los diez días siguientes.

Cuando desaparezcan los motivos que dieron lugar a la medida, la suspensión provisional deberá ser revocada en cualquier momento por quien la profirió, o por el superior jerárquico del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

Parágrafo. Cuando la sanción impuesta fuere de suspensión e inhabilidad o únicamente de suspensión, para su cumplimiento se tendrá en cuenta el lapso en que el investigado permaneció suspendido provisionalmente. Si la sanción fuere de suspensión inferior al término de la aplicada provisionalmente, tendrá derecho a percibir la diferencia.

Artículo 158. Reintegro del suspendido. Quien hubiere sido suspendido provisionalmente será reintegrado a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión, cuando la investigación termine con fallo absolutorio, o decisión de archivo o de terminación del proceso, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia"

Al respecto es dable remitirnos a lo dispuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹ sobre la suspensión provisional en procesos disciplinarios indicando, lo siguiente:

"Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de las relaciones especiales de sujeción existentes entre el servidor público y la administración y la finalidad de la acción disciplinaria que no es otra que velar por el cumplimiento y efectividad de los fines esenciales del Estado y el respeto a los principios de la función pública consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política¹⁰, el sometimiento de quienes colaboran con el Estado ejerciendo funciones públicas a las previsiones de un proceso disciplinario y a las resultas del mismo, es una carga que ellos están llamados a soportar, teniendo en cuenta el

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Consejera Ponente: Olga Mélida Valle de La Hoz, Bogotá, D.C., 24 de octubre de 2013. Radicación Número: 25000-23-26-000-2002-00155-01(26579)

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-561 del 4 de agosto de 1999.

interés general involucrado en el cumplimiento de los deberes funcionales.

De igual forma, la imposición de una medida de suspensión provisional cuando se cumplen los requisitos establecidos en la ley para su adopción, no puede considerarse un acto arbitrario o injusto, sino un claro desarrollo de la función de vigilancia y control que le asiste a la administración respecto del cumplimiento de los deberes funcionales que cobijan a los servidores públicos.

No obstante lo anterior, es posible que en algunos eventos con la imposición de la medida de suspensión provisional se cause un daño al investigado, caso en el cual deberán valorarse las circunstancias particulares de cada caso y acreditarse la existencia de una falla en el servicio, con todos los elementos que la configuran.

La suspensión provisional del servidor público del cargo que desempeña, durante el trámite de un proceso disciplinario es una medida cautelar, que afecta la vida laboral del investigado, en cuanto se encuentra cesante en sus funciones, se halla privado temporalmente del derecho a percibir la remuneración correspondiente, y no puede vincularse a otro empleo público o privado, dado que la relación laboral sólo se encuentra suspendida pero no extinguida, pero al hacer el análisis de constitucionalidad de la norma que la consagraba tanto en la Ley 200 de 1995 como en el actual Código Disciplinario Único, la Corte Constitucional consideró que pretende amparar el interés general, garantizar la buena marcha del proceso y evitar que aquél pueda interferir en la investigación o reitere en la falta por la cual se le investiga y por ello es constitucionalmente válida¹¹.

(...) De acuerdo con lo anterior, para que se presente un daño cuyo origen sea la suspensión provisional del cargo desempeñado, es necesario que la medida se adopte sin el cumplimiento de los requisitos previstos en la norma para su imposición, es decir, que en el acto administrativo mediante el cual se decreta la suspensión provisional se presente una falla, (lo cual en el proceso disciplinario adelantado por el Consejo Superior de la Judicatura que tiene naturaleza de jurisdiccional equivale a un error judicial), pero analizada la resolución proferida por la Procuraduría, es dable concluir que no se presentó ninguna irregularidad o arbitrariedad en la imposición de la medida."

Así mismo, en sede de tutela el órgano de cierre de esta jurisdicción advirtió lo siguiente, respecto a la procedencia de la medida de suspensión provisional en procesos disciplinarios¹²:

"La aplicación de esta medida, como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, no es absolutamente discrecional¹³, por cuanto está sometida al cumplimiento de los presupuestos fijados en las precitadas normas, los cuales han sido sintetizados por la Corte Constitucional¹⁴ así:

a. Se trata de una medida que procede durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento. Es decir, no hay lugar a ella durante la indagación preliminar.

b. Procede por faltas calificadas como gravísimas o graves, no por faltas leves.

c. El competente para disponerla es el funcionario que está adelantando la investigación disciplinaria o el juzgamiento.

d. Debe tomarse por decisión motivada.

e. Durante el término de su vigencia el servidor no tiene derecho a remuneración alguna.

f. La medida sólo puede adoptarse si se evidencian serios elementos de juicio que

¹¹ Sentencia C-1076 de 2002, 5 de diciembre de 2002 Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero Ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés. Bogotá, D.C., 3 de noviembre de 2016. Radicación Número: 11001-03-15-000-2016-02477-01(AC)

¹³ Cfr. Sentencia C-280 de 1996, Corte Constitucional.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-241 de 2004, Corte Constitucional.

permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

g. El término de la suspensión es de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto siempre que en este caso se reúnan también los requisitos establecidos para la suspensión inicial. La suspensión puede prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo sancionatorio de primera o única instancia (Sentencia C-450-03).

h. El auto que decreta la suspensión es responsabilidad personal del funcionario competente.

i. Tal auto es de inmediato cumplimiento y debe ser consultado -si se proferió en primera instancia- o contra el procede el recurso de reposición -si se proferió en única instancia-.

j. Para efectos de la consulta, el proceso se remite de inmediato al superior; en el despacho de éste el proceso permanece en traslado por tres días para presentación de alegaciones y pruebas y luego se decide dentro de los diez días siguientes.

k. La suspensión debe revocarse si desaparecen los motivos que dieron lugar a ella. Tal revocatoria procede en cualquier momento por quien la proferió o por el superior del funcionario competente para dictar el fallo de primera instancia.

l. Si la investigación termina con fallo absolutorio, decisión de archivo o de terminación, o cuando expire el término de suspensión sin que se hubiere proferido fallo de primera o única instancia, el suspendido debe ser reintegrado y tiene derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión."

Así mismo, al declarar la exequibilidad de la suspensión provisional regulada en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002¹⁵, la Corte Constitucional señaló que

"La norma acusada, además de señalar que la suspensión provisional es una facultad que procede sólo en caso de un proceso adelantado por faltas gravísimas o graves, exige que la medida se adopte cuando "se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere."

De tal manera que existen sólo tres causas que podrían justificar que el funcionario que adelanta la investigación o el juzgamiento, ordene la suspensión provisional del servidor:

(a) Que permanecer en el cargo, función o servicio posibilita la interferencia del servidor en el trámite de la investigación.

(b) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita la continuación de la comisión de la falta por la que se le investiga o juzga.

(c) Que permanecer en el cargo, función o servicio permita que se reitere la falta por la que se le investiga o juzga.

En cuanto a las tres causales de suspensión provisional de un servidor dentro de un proceso disciplinario, es posible deducir que el fin que persigue el legislador con la causal primera, es asegurar que el proceso se adelante en correcta forma evitando que quien es investigado o juzgado pueda llegar a interferir en el valiéndose de su cargo, función o servicio, entorpeciendo así el proceso disciplinario.

(...)
No basta la sospecha de que estas causales pueden llegar a presentarse. Es necesario que respecto de su ocurrencia "se evidencien serios elementos de juicio".

Es importante, también, subrayar que la medida provisional es justificada por el propio legislador a la luz de unos fines específicos. El fin de evitar que se interfiera la investigación consulta la protección de todos los principios e intereses constitucionales

desarrollados por el derecho disciplinario".

En una decisión anterior, al declarar la constitucionalidad del artículo 116 de la Ley 200 de 1995, cuyo contenido normativo reproduce el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, la Corte Constitucional señaló que: "la regulación prevista garantiza la buena marcha y la continuidad de la función pública, sin que con ello se afecte el empleo ni se atente contra la honra ni el debido proceso del disciplinado, porque en el curso de la investigación el servidor público tiene la oportunidad de desvirtuar la acusación que se le imputa a fin de que sea reintegrado al servicio, con el reconocimiento de lo dejado de percibir"¹⁶.

Advertido lo anterior y revisada la documental allegada al plenario, el Despacho encuentra acreditado que, mediante auto de 20 de noviembre de 2012, la Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central -ITEC abrió indagación preliminar en averiguación de presuntos responsables, por los hechos dados a conocer por el representante legal de la empresa FF Soluciones S.A. relacionados con las supuestas irregularidades en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012 y que fueron puestas en conocimiento de la Secretaría de la Transparencia de la Presidencia de la República y de la Procuraduría General de la Nación, siendo ésta última quien remitió las actuaciones al ente universitario, para lo pertinente (f. 4 cuaderno 2).

Posteriormente, mediante auto de 6 de febrero de 2013 abrió investigación disciplinaria contra el señor Ricardo Naranjo Riveros como asistente administrativo encargado de las funciones de contratación por haberse "negado a publicar y atender las observaciones hechas por la empresa FF SOLUCIONES S.A. en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012 (...). Por estos hechos y por las irregularidades que se hubieren podido presentar en el proceso licitatorio en referencia (...)" (f. 33 cuaderno 2). Decisión notificada tal como consta a folio 34 cuaderno 2 y a quien se le recibió versión libre el 18 y 25 de febrero de 2013 (f. 40 a 45 cuaderno 2).

Mediante auto de 22 de julio de 2013, se ordenó la suspensión provisional del señor Ricardo Naranjo Riveros "funcionario público, con cargo en propiedad de auxiliar administrativo 4044-15 y actualmente en encargo del cargo de profesional universitario código 2044-11 en el área de bienes muebles de Escuela Tecnológica Instituto Técnico Central, por el término de tres (3) meses, sin derecho a remuneración (...)" (f. 98 a 105 cuaderno 2). Decisión notificada tal como consta a folio 106 cuaderno 2.

Se acreditó además que, surtido el grado de consulta, a través de auto de 13 de agosto de 2013, el rector del ITEC confirmó la decisión de suspensión provisional adoptada contra el demandante (f. 250 a 256 cuaderno 3).

Posteriormente, mediante auto de 21 de octubre de 2013 se prorrogó por otros 3 meses la suspensión provisional decretada contra el señor Ricardo Naranjo (f. 271 a 282 cuaderno 3). Decisión notificada conforme a la documental visible a folio 287 cuaderno 3.

Mediante auto de 20 de enero de 2014 se revocó la suspensión provisional impuesta al señor Ricardo Naranjo Riveros a través de la decisión de 22 de julio de 2013, lo anterior, bajo el fundamento que "expiró el término de suspensión, sin que se hubiere proferido fallo

¹⁶ En el mismo sentido, ver Sentencias C-406 de 1995 y C-108 de 1995.

de primera instancia y por lo tanto se cumple uno de los requisitos que establece la norma para que se produzca el reintegro del servidor público RICARDO NARANJO RIVEROS" (f. 449 a 456 cuaderno 3).

Se acreditó además que, mediante Resolución No. 085 de 21 de enero de 2014 se ordenó el reintegro del señor Ricardo Naranjo al cargo de Auxiliar Administrativo Código 4044 Grado 15, siendo su cargo en propiedad y se le reconoció pagar la remuneración dejada de percibir (f. 505 a 508, 510, 513 a 516 cuaderno 3)

Finalmente, mediante decisión del 22 de mayo de 2015 se declaró terminado el proceso disciplinario adelantado contra el señor Ricardo Naranjo y se ordenó el archivo definitivo del mismo, al considerar que, los hechos denunciados no constituían falta disciplinaria (f. 470 a 495 cuaderno 3). Decisión notificada como se acredita a folio 497 cuaderno 3.

En ese orden de ideas, el Despacho precisa que, una vez revisada la actuación disciplinaria adelantada en contra del señor Ricardo Naranjo no se observa la configuración de falta alguna que permita endilgar responsabilidad a la entidad, lo anterior toda vez que, no se acreditó en primer lugar que, la actuación disciplinaria adelantada en su contra se hubiere iniciado por una actuación caprichosa o arbitraria por parte del ITFC, como lo afirmó la parte actora en su escrito de demanda.

El actuar del órgano disciplinario se produjo con ocasión de los hechos dados a conocer por el representante legal de la empresa FF Soluciones S.A. relacionados con las supuestas irregularidades en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012 ante la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República y la Procuraduría General de la Nación, quien remitió las actuaciones a la institución educativa para las averiguaciones pertinentes.

Si bien la parte actora advirtió que, fue suspendido de manera arbitraria toda vez que, la "argumentación de la misma no fue lo suficientemente motivada, ni hay prueba sumaria de ello en el expediente, además que (...) no era un obstáculo en la investigación" carece de asidero dicha afirmación, dado que, la entidad demandada en cumplimiento a su función constitucional al investigar presuntas fallas disciplinarias respecto de hechos en los que apareció involucrado el citado demandante, decidió suspenderlo provisionadamente luego de la práctica de las pruebas correspondientes durante la indagación previa.

Aunado a que, en la decisión existían argumentos para ordenar la suspensión a efectos de garantizar la buena marcha y la continuidad eficaz de la función pública:

"(...) Como se puede observar, el "documento adicional", de fecha 11 de mayo de 2012, fue registrado en la página del SECOP en dos oportunidades: la primera a las 12:20 p.m. y la segunda a las 12:22 p.m. del 29 de enero de 2013, con lo que se evidencia que las publicaciones se realizaron por fuera del límite temporal señalado por la norma en cita, pues a pesar de que el plazo máximo que se tenía para realizar la publicación del contrato 30 de 2012 vencía el 16 de mayo de 2012 a las 23:59 p.m., se realizó el 29 de enero de 2013, vale decir, más de doscientos cincuenta (250) días calendario.

Con esta circunstancia se establece que el servidor público RICARDO NARANJO RIVEROS habría actuado indebidamente en la etapa contractual en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012 y lo que más llama la atención del suscrito funcionario, es que haya hecho esta publicación después de recibido el oficio de la

Procuraduría General de la Nación, radicado en esta Institución Educativa el 22 de octubre de 2012, con el número 002231 con el cual remite por competencia a la "(Oficina de Control Interno de la ETITC el documento suscrito por el representante legal de la empresa "FF SOLUCIONES", el señor HUGO ALBERTO FOREIRO VARGAS, con algunos anexos relacionados con el mencionado proceso de selección abreviada y aún más, cuando ya se había abierto indagación preliminar, iniciada por auto del 20 de noviembre de 2012.

Esta actuación del señor NARANJO RIVEROS constituye un hecho revelador de que su permanencia en esta Institución Educativa puede inferir en el trámite de la presente investigación, pues empezó que ya no desempeña las mismas funciones que tenía para la época en la que se llevó a cabo el proceso de selección abreviada, tiene real y potencial posibilidad de acceder a los archivos y documentos de la Entidad, prevaleciendo de su antigüedad en la Institución y especialmente de su condición de funcionario de un área directiva, en la que ostenta influencia."

De los anteriores argumentos se concluye que, si bien parte actora considera que, la actuación disciplinaria adelantada en su contra, así como la suspensión provisional decretada al interior de la misma, carecían de fundamentos fácticos y jurídicos, lo cierto es que, revisada la actuación se encuentra que, los argumentos que soportaron la suspensión provisional del demandante, guardan sustento con las actuaciones posteriores al proceso contractual y durante el desarrollo de la investigación disciplinaria por las presuntas irregularidades en el proceso de selección que se encontraba a su cargo, lo que contradice lo expuesto por la parte actora frente a la falta de fundamentos para haberse decidido suspenderlo provisionalmente de su cargo.

Adicionalmente el Despacho considera que, no se le puede endilgar responsabilidad a la demandada, por la actuación disciplinaria adelantada en contra del demandante, en tanto no existe en el plenario prueba que acredite la responsabilidad atribuida, ni mucho menos se advierte la configuración del daño alegado, en la medida que, si bien el demandante fue suspendido temporalmente de su cargo, también lo es que, le fueron reconocidos y pagados los salarios dejados de cancelar durante el período que estuvo suspendido del mismo, tal como consta en la documental visible a folio 505 a 508, 510 y 513 a 516 cuaderno 3.

De tal manera que, la parte actora siempre tuvo conocimiento conforme a lo previsto en el artículo 158 de la Ley 734 de 2002 que, pese a haber sido objeto de suspensión provisional de su cargo de proferirse fallo absoluto o decisión que archivara o terminara el proceso, debía reintegrarse al "suspendido provisionalmente (...) a su cargo o función y tendrá derecho al reconocimiento y pago de la remuneración dejada de percibir durante el período de suspensión".

Por lo tanto, si bien el accionante alegó que debió suscribir préstamos bancarios para subsistir durante el término en que estuvo suspendido de su cargo, no acreditó en el plenario las obligaciones bancarias adquiridas durante el período en que dejó de percibir su salario, aunado a que, dichas sumas de dinero le serían reembolsadas una vez finalizara la actuación disciplinaria a su favor como efectivamente ocurrió, distinto sería que, no le hubieren sido reembolsados los salarios dejados de cancelar, a efectos de estructurarse un eventual daño y responsabilidad de la entidad, situación que no ocurrió en el presente asunto.

Aunado a lo anterior se tiene que, tal como lo afirmó y acreditó la parte actora, para la época de la investigación disciplinaria y suspensión de que fue objeto, tenía constituida una sociedad marital de hecho con su pareja Xiomara Engret Ramirez Vargas, sin que se

acreditara que, en virtud del vínculo existente entre ambos su pareja no podía suministrarle los ingresos para unas condiciones mínimas de subsistencia, durante el periodo que durara la suspensión de que fue objeto.

Así las cosas, si bien el señor Ricardo Riveros estuvo vinculado a la investigación disciplinaria por más de 3 años y en virtud de la misma, fue suspendido provisionalmente por 6 meses, lo cierto es que, fue producto del desarrollo de la actuación disciplinaria prevista en la Ley 734 de 2002, sin que dicho trámite pueda atribuir responsabilidad a la entidad, en tanto no se acreditó falla alguna en su actuar que determinara una conducta caprichosa o arbitraria al interior del proceso disciplinario adelantado en contra del aquí demandante, que no hubiere estado en la capacidad de soportar, ni mucho menos que se prohibió alguna decisión arbitraria al interior del proceso adelantado en su contra.

En efecto, no se avizora que la decisión de suspensión no haya sido motivada y que careciera de los requisitos para ser emitida, pues se adoptó por evidenciarse elementos de juicio que permitían establecer que la permanencia en el cargo del funcionario, posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación.

Sea dable advertir que, en los términos del artículo 122 Constitucional, todo servidor público debe desempeñar los deberes que le incumben, y por ende es susceptible de ser objeto disciplinable atendiendo la queja en su contra, por lo que, al señor Ricardo Naranjo Riveros le correspondía comparecer al proceso al que fue llamado como efectivamente lo hizo, colaborar con el debate probatorio, conocer las decisiones adoptadas al interior del mismo y estarse a lo resuelto, sin que se advierta irregularidad alguna por parte de la entidad demandada en el curso de la actuación disciplinaria, tanto así que, una vez agotadas las etapas procesales se resolvió archivar la actuación al considerar que las irregularidades advertidas no configuraban falta disciplinaria.

En todo caso, de considerar el demandante que su vinculación al proceso disciplinario y estarse a las resultas del mismo fue lo que configuró el daño deprecado, se tiene que, tal actuación no devino del querer de la Escuela IPEC, sino de la queja que elevara el señor Hugo Alberto Forero Vargas en calidad de representante legal de la empresa FF Soluciones S.A., quien activó la actuación disciplinaria para que se investigaran las presuntas irregularidades en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SAMC-005-2012, ordenándose su vinculación debido a que estaba encargado de la contratación de la entidad, razón por la que, estaba obligada la entidad en esclarecer si efectivamente en el ejercicio de sus funciones el demandante, había incurrido o no en alguna falta disciplinaria.

Así las cosas, no se probó dentro del presente caso, que la investigación disciplinaria haya sido iniciada por un querer caprichoso o arbitrario ajeno a esta institución y que la misma careciera de fundamento, y por lo tanto no estaba en el deber jurídico de soportarla, de suerte que si bien el demandante fue absuelto, ello conlleva a establecer que dentro de dicha actuación se logró probar que no se configuraba la materialización de una actuación censurable disciplinaria, más no que, no se ha debido adelantar la correspondiente investigación para determinar tal aspecto.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que el daño alegado respecto a la investigación disciplinaria y suspensión provisional de que fue objeto

el señor Ricardo Naranjo Riveros, no resulta imputable a la demandada por cuanto no se acreditó la falla en el servicio alegada, sino que por el contrario, se acreditó que su actuación estaba amparada por la Ley 734 de 2002. En ese sentido, el Despacho negará las pretensiones de la demandada.

3.5 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se profetizará sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

KCM



JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2016-0248-00
Demandante :	Jhon Alonso Garcés Caicedo
Demandados :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 92

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO y otros presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable por las lesiones padecidas el 19 de enero de 2015, mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 1-2 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO estuvo vinculado al Armada nacional como infante de marina, adscrito al Puesto Fluvial Avanzado Nro. 31 con sede en la ciudad de Barrancabermeja - Santander

El 15 de enero de 2015, el soldado sufrió una lesión descrita en el informativo administrativo por lesión No. 31 de 20 de enero de 2020, causada por un golpe en la rodilla izquierda y mano derecha, cuando por una instrucción impartida por un superior le dio 10 vueltas a la cancha de microfútbol llevando en el hombro un saco de arena de 15 kilos y al evadir un tronco que se encontraba en la cancha, dio un salto que le produjo la caída que le ocasionó las lesiones.

Sostuvo que, el señor JHON ALONSO GARCÉS CAICEDO ha sufrido graves perjuicios, en tanto que su capacidad productiva se ha visto disminuida en razón a las secuelas de orden físico y funcional que padeció.

2.3.Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 16 de agosto de 2017, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que, carecía de sustento jurídico y probatorio.

Propuso como excepciones de mérito: la culpa de la víctima, puesto que independientemente de la orden impartida por su superior, el hecho generador del daño provino del actuar imprudente y descuidado la realizar una actividad propia del ser humano como era de camuinar.

Finalmente argumentó que, no se configuraba en la demanda un daño antijurídico, ya que no se demostró que se haya causado una pérdida de capacidad laboral, y por lo tanto, no era posible imputable a la entidad.

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 8 de septiembre de 2016 (f. 48 c. principal), seguidamente, mediante auto proferido el 15 de diciembre de 2016, el juzgado admitió la demanda (f. 71 c. principal).

Mediante auto de 15 de diciembre de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 113 c. principal).

El 5 de febrero de 2019 y 19 de julio de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 308 y ss c. principal).

2.5.Alegatos de conclusión.

La parte demandante argumentó que la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional se daba en aplicación del régimen objetivo por riesgo excepcional, toda vez que la parte demandada sometió a la víctima directa a un rompimiento de la cargas públicas que no tenía la obligación jurídica de soportar, razón por la cual debía imputarse el daño sufrido a título de daño especial, teniendo en cuenta que al estar el soldado prestando su servicio militar obligatorio, se le sometió a los riesgos de la actividad militar que derivaron en las heridas que padeció el 15 de enero de 2015 (f. 318 c-1).

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

Ministerio público no presentó concepto.

III. CONSIDERACIONES

3.1.Precisión previa

En torno a la competencia sobre la que se debe centrar el estudio del presente caso, debe señalarse que las pretensiones en armonía con los hechos expuestos en la demanda, indicaron únicamente las afecciones relacionadas con el golpe en la rodilla, sin que se hiciera alusión a ningún otro tipo de afección, motivo por el que, si bien mediante memorial de 13 de enero de 2019, el apoderado de la parte actora allegó Acta de Junta Médico Laboral nro. 364 de fecha 23 de diciembre de 2019 en cumplimiento de la acción de tutela de fecha 27 de septiembre de 2019, en la cual el diagnóstico “estrés posttraumático”, el Despacho no estudiará dicha patología, en la medida que no fue objeto de reparo algún en la demanda, adicional a las siguientes razones:

1. La fijación del litigio se suscribió a las circunstancias de tiempo modo y lugar consignadas en el informe administrativo de lesión, esto es por los hechos ocurridos el 15 de enero de 2015 consiste en el golpe en la rodilla izquierda y mano mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

2. Si bien el hecho 7 de la demanda, obrante en el folio 3 de la demanda indicó que quedó con limitaciones físicas para desarrollar varias de sus actividades cotidianas, también es que no indicó que hacia referencia al presunto estrés posttraumático y no obra historia clínica con anterioridad a la presentación de la demanda que permitiera el debate de dicha patología.

3. El Despacho observa que, durante el trámite del proceso, en ninguna de las actuaciones de la parte actora, esto es, la demanda, la audiencia inicial, ni en los alegatos de conclusión presentados por la parte actora se adujo que a causa del golpe sufrido en la rodilla y la mano le había causado un “estrés posttraumático” a la víctima directa, a fin de estudiar la responsabilidad por dicha patología.

4. Por otra parte, en el campo de la controversia jurídica y de la decisión del juez, encuentra su límite en las pretensiones, en los hechos aducidos en la demanda y en los exceptivos alegados por el demandado; por tanto no le es dable ni al juez ni a las partes modificar la causa petendi a través del señalamiento extemporáneo de nuevos hechos, o a través de una sutil modificación de las pretensiones, oportunidad diferente a la legalmente prevista para la modificación, adición o corrección de la demanda, respectivamente, so pena de incurrir en la violación al principio de congruencia. El actor sólo cuenta con dos oportunidades para precisar la extensión, contenido y alcance de la controversia que propone, es decir para presentar el relato histórico de los hechos que originan la reclamación y para formular las pretensiones correspondientes: la demanda y la corrección o adición de la misma.¹

3.2.Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo art. 173, 187

actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el soldado en hechos ocurridos el 15 de enero de 2015, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.3.Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado², de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extraccontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extraccontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho, para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que, una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

3.2.1 El daño antijurídico.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³ ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extraccontractual y del Estado “*impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos*”.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la “*(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*”⁴. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser

² Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Caamha.

³ *Ibidem*.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o indeterminable, iv) anormal y que se trate de una v) situación jurídicamente protegida.

En el caso bajo estudio, la parte actora hizo consistir el daño en las lesiones padecidas por el soldado regular JHON ALONSO GARCES CAICEDO el 15 de enero de 2015, derivadas del golpe en la rodilla izquierda y mano mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Así lo demuestra con el informe suscrito por el lesionado, dirigido al comandante del Batallón de 20 de enero de 2015, rendido en los siguientes términos:

"(...) EL DÍA 19 DE ENERO DE 2015 SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 13:30 EL IMAR SE ENCONTRABA EN LA FORMACIÓN DE RELACIÓN DE LA CIA EN LA AVENIDA DE FORMACIÓN DE LA UNIDAD CUANDO CDTE DE LA CIA LE IMPARTIÓ LA ORDEN DE DAR 10 VUELTAS A LA CANCHA DE MICROFUTBOL DE LA UNIDAD LAS CUALES CONSTABA DE LLEVAR EN EL HOMBRO UN SACO DE ARENA DE 15K APROXIMADAMENTE, CUAL EL IMAR GARCES SE DISPONIA AL CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN TRATO DE EVADIR UN TRONCO QUE SE ENCONTRABA EN LA CANCHA DE MICROFUTBOL DANDO UN SALTO EN EL CUAL SE PRODUJO UNA CAÍDA OCASIONÁNDOSE HERIDAS DE RASPÓN EN LA MANO DERECHA Y LESIONÁNDOSE LA RODILLA IZQUIERDA, INMEDIATAMENTE FUE TRASLADADO AL ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 240042 EN DONDE LE BRINDARON LOS PRIMEROS AUXILIOS (...)"

Conforme a la historia clínica allegada al planario, se extrae que el 25 de septiembre de 2015, el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO ingresó al Dispensario médico de la Armada Nacional⁵, reflejando como hallazgos los siguientes:

"Paciente que sufrió trauma hace aproximadamente 9 meses, caída de su propia altura cuando cargaba saco de arena de 15kg aprox desde ese momento ha presentado dolor a nivel articular de rodilla izquierda"

Con fundamento en dicho informe de lesión y la historia clínica le fue practicada Acta de Junta Médico Laboral nro. 314 de 9 de noviembre de 2016, donde se observan las siguientes valoraciones realizadas al señor Jhon Alonso Garces Caicedo

CONCEPTO DE ESPECIALISTA

ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA septiembre 22 de 2016... Refiere dolor en rodilla izquierda respuesta de trauma

DIAGNOSTICO. Ruptura menisco interno rodilla izquierda

b. Clasificación de las lesiones

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL – NO APTO PARA LA ACTIVIDAD FISICA

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución de la capacidad laboral de los TREINTA Y CUATRO PUNTO SETENTA Y NUEVE PORCIENTO (34.79%).

D. Imputabilidad del servicio

En el servicio por causa y razón del mismo (AT), acuerdo Informe Administrativo por lesiones.

Frente a la anterior Acta de Junta Médico Laboral la víctima directa presentó recurso para solicitar convocatoria a Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, la cual fue resuelta mediante Acta de fecha 4 de mayo de 2017 nro. TML 17-1-174, quien decidió modificar los resultados del acta antes señalada, en los siguientes términos:

"(...) 1.- Que el calificado presentó trauma en rodilla izquierda con ruptura de menisco interno tratado quirúrgicamente con artroscopia... evidenciando el examen físico realizado que presenta roce patelofemoral de la rodilla izquierda, por lo anterior la Sala decide RATIFICAR

2. En cuanto a la cirugía del biceps femoral izquierdo la sala decide modificarla... estableciendo que su origen es común.

3.- Frente al lumbago crónico de manejo médico, la sala RATIFICA, los índices asignados por la primera instancia.

DECISIONES

c. evaluación de la disminución de la capacidad

Actual: TREINTA Y CUATRO PUNTO SETENTA Y NUEVE PORCIENTO (34,79%).

Total: TREINTA Y CUATRO PUNTO SETENTA Y NUEVE PORCIENTO (34,79%). (...)"

Para el Despacho, se encuentra acreditado que, el señor JHON ALONSO GARCÉS CAICEDO encontrándose como infante de marina de la Armada Nacional por órdenes del superior, estaba cumpliendo tareas de entrenamiento y en el desplazamiento al evadir un tronco cayó al suelo causándole lesiones en la rodilla y raspándose la mano derecha, de manera que se encuentra acreditado el daño alegado, motivo por el que se estudiará si es imputable a la entidad demandada el mismo.

3.2.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado en casos de muerte o lesiones a soldados conscriptos.

Para dilucidar si el daño resulta atribuible a la entidad demandada, es necesario señalar que el contenido obligatorio de la prestación del servicio militar se encuentra previsto en la Ley 48 de 1993, norma que contempla el deber a cargo de todo varón mayor de edad de definir su situación militar, precisando las modalidades en que se ha de cumplir la mencionada carga. La disposición normativa desarrolla el mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política, que impone a todos los colombianos el deber de "tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas", sin que exista ninguna vinculación laboral, por lo que se ven en la obligación de soportar tal situación.

No obstante, la mencionada carga no es absoluta, en la medida que le asiste al Estado un deber de reintegrar a la persona que presta el servicio militar en las mismas condiciones en que fue incorporada; cuando ello no ocurre, surge la exigencia jurídica de reparar, al tenor de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución y demás normas que lo desarrollan, entre otras, el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

Partiendo de la anterior consideración, se collige que corresponde al demandante demostrar la existencia del daño y su ocurrencia durante la prestación del servicio militar obligatorio; entre tanto, a la entidad, para exonerarse del deber de reparar, le corresponde acreditar la existencia de una causa extraña o eximente de responsabilidad.

3.2.3 De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de defensa – Ejército Nacional

De las pruebas allegadas al proceso, está demostrado que en cumplimiento del deber constitucional previsto en el artículo 216 de la Constitución Política, el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO ingresó al servicio militar obligatorio en condición de

IMAR de la Armada Nacional

Se acreditó además que tuvo trauma en rodilla izquierda con ruptura de menisco interno, pues el Tribunal de Revisión Militar estableció (f. 63 C-1):

"(...) 1.- Que el calificado presentó trauma en rodilla izquierda con ruptura de menisco interno tratado quirúrgicamente con artroscopia... evidenciando el examen físico realizado que presenta roce patelofemoral de la rodilla izquierda, por la anterior la Salada decide RATIFICAR

Así mismo se aportó hoja de apertura emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la que diagnosticó:

"Paciente que sufrió trauma hace aproximadamente 9 meses, caída de su propia altura cuando cargaba saco de arena de 15kg aprox desde ese momento ha presentado dolor a nivel articular de rodilla izquierda"

Se acreditó además que fue en el servicio: "D impuntabilidad del servicio... En el servicio por causa y razón del mismo (AT), acuerdo Informe Administrativo por lesiones"

Entonces, conforme a los hechos probados, considera el Despacho que el daño antijurídico sufrido por el entonces IMAR de la Armada Nacional JHON ALONSO GARCES CAICEDO, además de ser antijurídico es imputable a la entidad demandada, por lo siguiente:

El señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO prestó su servicio militar obligatorio, pues era integrante de la Armada Nacional y así lo certificó el 29 de agosto de 2017 el Comandante de las Fuerzas Militares de Colombia (Fol. 104 c-1).

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha señalado que:

"En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el "daño" tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio

que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos (...) ". Negritillas del despacho.

En esa medida, frente a la imputabilidad de las lesiones señaladas, tal y como lo indicó el Consejo de Estado, "el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Por consiguiente no es suficiente acreditar que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración".

Si bien en principio la las lesiones sufridas por el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO, ocurrieron mientras el prestaba servicio militar obligatorio y teniendo en cuenta el deber del Estado de reintegrar a la sociedad civil al soldado conscripto en las mismas condiciones en las que se encontraba al momento de ingresar a la institución castrense, lo cierto es que esa obligación de reparación en cabeza del Estado no es absoluta cuando se presenta algunas de las causas extrañas (fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima y hecho de un tercero) que rompen la imputación del daño la entidad demandada.

3.2.4 Del rompimiento del nexo causal – culpa exclusiva de la víctima

Conforme lo anterior, el Despacho considera necesario recordar que los eximientes de responsabilidad pueden ser los siguientes eventos: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

Circunstancias que pueden acontecer por cuanto a pesar de existir un daño antijurídico y un título de imputación, éste no puede atribuirse a la demandada en razón a que se rompe el nexo causal por alguna de esas circunstancias.

En ese sentido el eximiente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima el Consejo de Estado ha considerado:

"Para efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario determinar, en cada caso concreto, si el proceder –activo u omisivo– de aquella tuvo, o no, inferencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta factible concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto la causa exclusiva, esto es, única del daño, como que constituya la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada".

La naturaleza de eximente de responsabilidad que conlleva el concepto de culpa, ha sido entendida bajo dos aspectos bien diferenciados:

- Reducción de la indemnización por concurrencia de culpas.
- Eximente total de indemnización por culpa exclusiva de la víctima.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de julio de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 19974
* CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejo ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E), doce (12) de marzo de dos mil quince (2015), Radicado (31404).

En virtud de lo expuesto con antelación, considera el Despacho analizar la conducta del señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO y determinar si la misma fue o no adecuada en la causación del daño antijurídico.

El Despacho observa que hay un rompimiento del nexo causal, por una culpa exclusiva de la víctima en el caso concreto, por las siguientes razones:

- La lesión de JHON ALONSO GARCES CAICEDO se ocasionó cuando (...) CDTE DE LA CIA LE IMPARTIÓ LA ORDEN DE DAR 10 VUELTAS A LA CANCHA DE MICROFÚTBOL DE LA UNIDAD LAS CUALES CONSTABA DE LLEVAR EN EL HOMBRO UN SACO DE ARENA DE 15K APROXIMADAMENTE, CUAL EL IMAR GARCES SE DISPONIA AL CUMPLIMIENTO DE LA ORDEN TRATO DE EVADIR UN TRONCO QUE SE ENCONTRABA EN LA CANCHA DE MICROFÚTBOL DANDO UN ASALTO EN EL CUAL SE PRODUJO UNA CAÍDA OCASIONÁNDOSE HERIDAS DE RASPÓN EN LA MANO DERECHA Y LESIONÁNDOSE LA RODILLA IZQUIERDA, INMEDIATAMENTE FUE TRASLADADO AL ESTABLECIMIENTO DE SANIDAD MILITAR 240042 EN DONDE LE BRINDARON LOS PRIMEROS AUXILIOS (...) (Fol. 20 informe de lesión c de pruebas).

- Si bien es cierto, el entrenamiento era en cumplimiento de una orden del superior, también es que el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO, sin el mínimo cuidado, "TRATÓ DE EVADIR UN TRONCO", luego el daño se produjo por el actuar imprudente de la propia víctima, pues el hecho ocurrió sin que hubiera mediado orden militar de un superior de que "TENIA QUE SALTAR EL TRONCO" y sin que se hubiera construido al soldado conscripto a realizar tal actividad, pues de acuerdo con la narración de los hechos en el informativo administrativo por lesiones y de la demanda, se evidencia que la actividad de evadir el tronco se realizó de manera voluntaria pues la orden iba dirigida solamente a " A DAR 10 VUELTAS A LA CANCHA DE MICROFÚTBOL" y dicho ejercicio tenía como orden "DE LLEVAR EN EL HOMBRO UN SACO DE ARENA DE 15K APROXIMADAMENTE".

- De manera que si bien el informe aduce la existencia de un tronco en la cancha, la parte actora no desplegó actividad probatoria alguna tendiente probar que para realizar la actividad de trote ordenada, debía obligatoriamente realizar la actividad de salto, con la que finalmente se lesionó, aspecto que debía ser probado por el interesado de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del C.G.P.
- Conforme las pruebas aportadas, se puede concluir que las secuelas padecidas por el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO se causaron cuando tropezó con un obstáculo al saltar y no trota, pierde el equilibrio y cae, lo que propició que se lesionara, por lo que participó de manera cierta y eficaz en el desenlace del resultado fatal.

- Lo anterior teniendo en cuenta que el señor Jhon Alonso Garces Caicedo, es quien debía de tener cuidado al momento de trota y de no tropezar con algún obstáculo, y más aún, no perder el equilibrio a fin de no tener accidentes como en el presente asunto, es decir, a juicio del Despacho sale de la órbita de cuidado de la entidad demandada que, el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO no tomara las medidas pertinentes para el cumplimiento de las actividades encomendadas, puesto que le era previsible considerar que al saltar el tronco con peso encima, podía

tropezar o perder el equilibrio y sufrir alguna caída, lo que podía ocasionar lesiones en su integridad.

- Se puede concluir que fue la autonomía personal del soldado la que lo impulsó a realizar una maniobra absolutamente imprudente e irresponsable, puesto que las reglas de la experiencia indican que SALTAR UN TRONCO con un saco de arena de 15Kg en el hombro, podría conllevar una caída por la pérdida del equilibrio. Así mismo, no puede perder de vista que la motivación de ir a SALTAR EL OBSTACULO fue netamente personal, pues el objetivo era dar 10 vueltas a la cancha de fútbol con un saco de arena en el hombro, sin que dicha situación pueda comprometer de manera alguna la prestación del servicio
- De lo anterior considera relevante el Despacho resaltar que la prestación del servicio militar obligatorio es un deber constitucional, donde quienes se encuentran en cumplimiento del mismo, asumen una estructura jerárquica de mando dentro de la institución castrense, circunstancias que no se pueden desconocer en el evento de analizar la conducta de la víctima, en los hechos que concluyeron con las lesiones ocasionadas a JHON ALONSO GARCES CAICEDO.

Por lo tanto, a juicio del Juzgado, en el caso bajo estudio se configuró el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, pues fue la actuación irresponsable e imprudente del demandante la causa eficiente del daño que se alega, pues si el señor JHON ALONSO GARCES CAICEDO hubiera tomado las medidas de seguridad, esto es, de observar que clase de obstáculos había al su alrededor, a fin de tomar el camino más seguro para ir a cumplir la orden de las 10 vueltas, lo más seguro es que no hubiera recibido tal golpe, pues fue precisamente el contacto con el tronco que le causó las lesiones, razones suficientes para establecer que constituye una omisión en el cuidado al realizar este tipo de actividades normales.

En ese sentido se concluye que, no se acreditó el nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el actuar de la accionada, en tanto lo realmente acreditado es que, el proceder imprudente en que incurrió la víctima en sus actividades cotidianas, tuvo injerencia directa en la producción del daño, al punto que no estuvo pendiente de que clase de obstáculos rodeaba a su alrededor, resultando lesionado al tratar de saltar un tronco, siendo esta la causa exclusiva y única, del daño por tanto, constitutiva de la raíz determinante del mismo, lo que provocó la lesión de que fue objeto mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

3.3 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se profirió sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas

en el numeral 1 del artículo 5º, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, el Juzgado Tercero y Seis Administrativo de Oralidad Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

A.M.R.



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362016-0025800
Demandante	:	Emigdio Quesada y Otros
Demandado	:	Nación – Rama Judicial

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 98**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Joe Alexander Quesada, Emigdio Quesada, Aura Patricia Osorio y Eyder Yesid Palacios Mena presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial a efectos de que, se le declare responsables como consecuencia del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por parte del Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza, al dejar prescribir la acción penal dentro del proceso adelantado contra el señor Luis Ernesto Valencia Jiménez.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 14 - 15 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que, el día 3 de julio de 2003, los demandantes fueron víctimas de un accidente de tránsito, cuando el vehículo de placas UTW 995 conducido por Arnulfo Campos Campo de propiedad de Transportes Arimena S.A. se precipitó a un abismo en la vía que conduce de Bogotá a Villavicencio.

Señaló que, como consecuencia del accidente de tránsito, falleció la menor Aura Daniela Palacios Osorio y la señora Dolly Raquel Velásquez Ramírez y así mismo resultaron lesionados los señores Eyder Yesid Palacios, José Alexander Quesada Velásquez y Emigdio Quesada Martínez quienes se constituyeron en parte civil en el proceso penal adelantado en primera instancia por la Fiscalía Seccional de Cáqueza y posteriormente en el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza con radicado No. 2009 - 00060.

Indicó que, el 10 de abril de 2014, se profirió sentencia de primera instancia en la que se condenó al señor Luis Valencia Jiménez como responsable del delito de homicidio culposo por la muerte de Aura Daniela Palacios Campos y Dolly Velásquez Ramírez, y como responsable civilmente a Transportes Arimena S.A., la empresa Cootransaguazul Ltda. y a la compañía de seguros Aseguradora de Colombia Ltda.

Manifestó que, en el fallo condenatorio se dispuso el reconocimiento y pago de perjuicios morales en favor de los aquí demandantes.

Adujo que, dicha sentencia fue apelada por el defensor del condenado, conociendo de la

misma el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que mediante providencia del 25 de junio de 2014, revocó la decisión al advertir que se había configurado el fenómeno de la prescripción y declaró la cesación de procedimiento a favor del condenado Luis Ernesto Valencia Jiménez.

Refirió que, el Juez Penal del Circuito de Cáqueza dilató el trámite del proceso sin darle la debida diligencia al juzgamiento, al punto de que prescribió la acción penal, por lo tanto, se configuraba una falla en el servicio de justicia a cargo de la administración, en tanto que, el proceso duró por más de 5 años, esto es, desde el 15 de mayo de 2009 hasta el 22 de mayo de 2014.

Finalmente indicó que, la obligación de la autoridad judicial era evitar la prescripción de la acción penal tal y como ocurrió, por lo que, su actuar fue negligente, circunstancia que causó un perjuicio a los demandantes, toda vez que, el daño causado no había sido objeto de resarcimiento debido a la conducta omisiva desplegada por el operador judicial.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. Rama Judicial

Mediante escrito radicado el 9 de agosto de 2017, la entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda, oponiéndose a las pretensiones solicitadas por la parte demandante.

Señaló que, una vez analizado el caso objeto de estudio, en el presente asunto se encontraban acreditada una de las causales de eximente de responsabilidad, esto es, *la culpa exclusiva de la víctima*, en tanto que, no se encontraba acreditado que los demandantes hubiesen estado pendientes del proceso e incluso haber solicitado un impulso procesal.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 15 de septiembre de 2016 (f. 30 c. principal), seguidamente, mediante auto proferido el 20 de octubre de 2016 se admitió la demanda (f. 32).

El 20 de septiembre de 2018 se realizó la audiencia inicial, en la que se decretaron las pruebas solicitadas por la parte actora (fl. 84 - 85).

Posteriormente el 21 de noviembre de 2018, se llevó a cabo audiencia de pruebas en la que, se recepcionó testimonio (fl. 103 - 104).

Finalmente, el día 9 de abril de 2019 se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas y se corrió traslado para que las partes presentaran escrito de alegatos de conclusión (fl. 106 – 107).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

A través de escrito del 26 de abril de 2019, el apoderado de la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión.

Aludió que, el caso objeto de análisis debía entenderse desde el punto de vista del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en tanto que, los hechos constitutivos de reproche se encontraban relacionados con la justicia penal, dado que dentro de un proceso se decretó la preclusión de la acción penal, con ocasión a la tardanza del operador en adoptar una decisión de fondo.

Indicó que, en lo que respectaba a la administración de justicia, en la Constitución Política

se encontraban instituidas una serie de garantías y principios, tales como el debido proceso, sin retardo injustificados, así como, los principios de celeridad y eficacia.

Manifestó que, conforme al material probatorio que reposaba en el expediente, se evidenciaba que, de manera injustificada se había dilatado el proceso penal.

Así mismo refirió que, la entidad demandada no allegó prueba alguna con la que se pudiera advertir que, el Juzgado Penal del Circuito de Cárquez se encontraba congestionado y que con ocasión a dicha circunstancia no se había emitido decisión de fondo dentro del término dispuesto por el ordenamiento jurídico.

1.5.2. Rama Judicial

A través de memorial radicado el 26 de abril de 2019, la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión, en los que señaló que, en el presente asunto los demandantes podían acudir ante la jurisdicción civil para constituirse como parte civil y obtener el resarcimiento de sus derechos patrimoniales lesionados, en tanto que, la configuración de la prescripción de la acción penal no daba el carácter de cierto al daño, en tanto que, en casos como el que aquí se estudiaba, se requería de que el particular haya perdido cualquier oportunidad de obtener el resarcimiento solicitado como parte civil en el proceso penal.

Adujo que, conforme a los criterios jurisprudenciales emitidos por el Alto Tribunal Contencioso, se advertía que no existía dilación o mora atribuible a la Rama Judicial, toda vez que las actuaciones de los Despachos se encontraban ajustada a derecho y así mismo, se observaba que la actuación de las partes fue la que impidió dictar sentencia en un tiempo más corto, circunstancias que no eran atribuibles a la entidad.

Finalmente indicó que, la presunta mora que conllevó a la prescripción penal no obedecía al capricho injustificado o a la negligencia de operador judicial, sino a la actuación desplegadas por las partes.

1.5.3. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del presunto defectuoso funcionamiento de la administración.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el presente evento, la Nación - Rama Judicial debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, con ocasión del presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por parte del Juzgado Penal del Circuito de Cárquez, al dejar prescribir la acción penal dentro del proceso penal adelantado en contra del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez.

3.2. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba:

Parte por precisar el Despacho que, los documentos aportados al plenario en copia simple tendrán el valor probatorio correspondiente -aun tratándose de documentos públicos que obren en copia simple, toda vez que, siguiendo los lineamientos señalados en sentencia de unificación, los mismos no fueron tachados de falsos¹.

Frente a la prueba trasladada, el Consejo de Estado ha precisado que los documentos obrantes en un proceso pueden ser valorados como prueba trasladada cuando, fundamentalmente, la parte contra la que se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al que están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)”² (se resalta).

Por lo que, en el presente asunto, las copias de las actuaciones surtidas con ocasión del proceso penal adelantado ante el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza serán valorados por el Despacho, atendiendo que las mismas fueron allegadas en virtud de orden judicial y dentro del trámite del proceso.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado³, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

¹ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 25022.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

3.3.1 Análisis del daño derivado de la declaratoria de prescripción de la acción penal a la luz de la pérdida de oportunidad

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁴ ha señalado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(...) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁵. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

En atención a lo expuesto en la demanda, el Despacho encuentra que la responsabilidad reclamada en el presente caso se fundamentó en la dilación injustificada del proceso penal, circunstancia que conllevó a que se declarara la prescripción de la acción penal, circunstancia que, a su vez, habría impedido a los aquí demandantes, constituidos en parte civil en el citado proceso, acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta del sindicato derivada del delito de homicidio.

Así las cosas, es importante indicar que en lo referido a la responsabilidad del Estado derivada de la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad para que la víctima del delito obtenga la reparación de perjuicios presuntamente causados por la comisión del mismo, dicho supuesto se enmarca dentro de los presupuestos establecidos en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996⁶, es decir bajo la óptica de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Por otra parte, el Despacho encuentra que en casos como el que aquí se estudia, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha referido que este tema puede ser estudiado desde la óptica de la pérdida de la oportunidad, al respecto se indicó:

“En este punto, conviene precisar que la pérdida de oportunidad debe considerarse como un daño autónomo distinto del análisis de la imputación, habida cuenta de que se trata de un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. Así también lo ha entendido la jurisprudencia:

[L]a pérdida de oportunidad, como daño autónomo, demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño.

En otras palabras, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que sí abría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización (...).”

4. Caso concreto

4.1. Hechos probados

De conformidad con el material probatorio que obra en el expediente, el Despacho encuentra

⁴ *Ibidem*.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁶ expediente 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

acreditado lo siguiente:

El 6 de julio de 2003, se presentó un accidente de tránsito en la vía Bogotá – Villavicencio, lugar en el que el taxi conducido por el señor Arnulfo Campos Campos de placas No. UTW-995 afiliado a la empresa Transportes ARIMENA, momento en el que realizaba la ruta Bogotá – Villavicencio al parecer fue sacado de la vía, por la buseta de placas UFS-884 conducida por el señor Luis Ernesto Valencia Jiménez y como consecuencia de dicho suceso, perdieron la vida el conductor del taxi, el señor Arnulfo Campos Campos, la señora Dolly Raquel Velásquez Ramírez, la menor Aura Daniela Palacios y resultaron lesionados los señores Emigdio Quesada Martínez y José Alexander Quesada Velásquez⁷.

El 4 de septiembre de 2003, se abrió investigación en contra del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez, por los punibles de homicidio culposo y lesiones personales, por los hechos relacionados en precedencia.

De igual modo, se encuentra probado que, en providencia del 6 de julio de 2003 se admitió la demanda de constitución de parte civil presentada por los señores Aura Patricia Osorio y Aider Yesid Palacios Mena⁸.

Así mismo, se encuentra que en providencia del 4 de septiembre de 2003 el Fiscal Seccional 1 admitió como parte civil al señor Emigdio Quesada Martínez, en calidad de compañero permanente de la señora Dolly Raquel Velásquez Ramírez, respecto del señor José Alexander Quesada Velásquez se inadmitió la demanda⁹.

Mediante auto del 2 de octubre de 2007, la Fiscal Seccional 1 vinculó como terceros civilmente responsables al señor Edgar Hernando Montenegro Flórez, propietario del vehículo taxi de placa UTW-995, a la señora Ana Delia Villamizar, propietaria del vehículo de placa UFS 884, la empresa Arimena S.A. al cual estaba afiliado el vehículo de placa UTW- 995 y a la empresa Cooperativa de Transportadores de Aguazul Ltda. a la cual estaba afiliado el vehículo de placas UFS-884.¹⁰

El 1 de noviembre de 2007, la empresa de transportes Arimena S.A presentó la contestación de la demanda¹¹ y se opuso a las pretensiones de la parte civil.

A su vez, a través de apoderado, la empresa Cooperativa de Transportadores de Aguazul Ltda. presentó contestación y de igual manera solicitó llamar en garantía a la Aseguradora Solidaria de Colombia LTDA¹² en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual No. 039015000, que amparaba al vehículo de placas UFS 884, involucrado en el accidente, el cual fue admitido por auto del 14 de mayo de 2008¹³.

El 23 de junio de 2008, la Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda. presentó escrito de contestación¹⁴, solicitando que se adelantara la respectiva investigación a efectos de establecer la responsabilidad del conductor del vehículo asegurado.

De la lectura de las piezas procesales, se encuentra que, el 19 de septiembre de 2008 se decretó el cierre de la investigación¹⁵ y el 20 de febrero de 2009, la Fiscalía Primera Delegada de la Unidad Seccional de Fiscalías de Cáqueza calificó el mérito del sumario en contra Luis Ernesto Valencia, acusándolo como autor del delito de homicidio culposo¹⁶, resolución de acusación que fue objeto de recurso, resuelta mediante providencia del 14 de

⁷ De conformidad con el informe del accidente No. 01-0023376 realizado por la autoridad de tránsito, que obra a folios 12 a 14 del cuaderno de pruebas número 4.

⁸ Cuaderno No. 3

⁹ Cuaderno No. 3 folio 10-11

¹⁰ Cuaderno No. 2 folio 6 a 8

¹¹ Cuaderno No. 2

¹² Cuaderno No. 2

¹³ Cuaderno No. 2

¹⁴ Cuaderno No. 2

¹⁵ Cuaderno No. 3

¹⁶ Cuaderno No. 4 folios 214 a 225.

prescribió, para que el daño sea cierto, la parte civil que se había constituido debe demostrar que, como consecuencia de la prescripción de la acción penal, perdió la oportunidad de ser reparada por los perjuicios ocasionados tras la comisión de un delito.

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales emitidos por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo²¹, para tener por acreditada la pérdida de oportunidad deben reunirse los siguientes requisitos:

"(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo -pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual- (...).

"(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida²²; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el 'chance' aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar (...).

"(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba (...)".

Conforme a lo expuesto, es claro que para que el daño se tenga por acreditado, el Despacho advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la oportunidad que se pierde, la imposibilidad en que se encontraría los demandantes de obtener el resarcimiento de los perjuicios en un escenario diferente al de la constitución de parte civil en el proceso penal, y finalmente que la parte actora se encontrara en una posición potencialmente apta para la consecución de la indemnización. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá tomarse el daño como cierto²³.

- La prescripción de la acción civil en el proceso penal

En relación con la prescripción de la acción civil ejercida dentro del proceso penal, los artículos 98 y 99 del Código Penal –Ley 599 de 2000- vigente para la época en que se cometió el presunto delito, en el que se, establecían

Artículo 98. Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil.

Artículo 99. Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

De las normas transcritas, es posible concluir que el término de prescripción de la demanda civil iniciada dentro del proceso penal se encuentra ligado a la prescripción de este último, pero únicamente en relación con los penalmente responsables, ya que la norma dejó a salvo

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Hernán Andrade Rincón, sentencia del 8 de febrero de 2017, radicado número: 520012331000200800505 01 (41.073), reiterada por la misma subsección en sentencia del 24 de mayo de 2018, radicado número: 44.861.

²² Cita del original: "HENAÑO, Juan Carlos, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160".

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de julio de 2009, exp. 41.749.

cualquier otro evento cuando estableció que a “los demás casos se les aplicarán las normas pertinente de la legislación civil”, Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁴:

[L]a declaratoria de prescripción de la acción penal no abarca al tercero civilmente responsable y al llamado en garantía, porque de acuerdo con lo dispuesto en el precepto 98 de la Ley 599 de 2000, la acción civil proveniente de la conducta antijurídica, cuando se ejerce al interior del proceso penal prescribe en relación con los penalmente responsables, en tiempo equivalente al de la respectiva acción punitiva; en los demás eventos –como los que se analizan aquí: terceros civilmente responsables y el llamado en garantía– aplican las normas pertinentes de la legislación civil.

En virtud de lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico consagró dos figuras procesales independientes y principales para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una conducta punible. En ese sentido, la finalidad de ambos instrumentos es la misma, e inclusive, la sentencia penal puede tener efectos de cosa juzgada en materia civil, pero sólo en las hipótesis contempladas por el artículo 57 de la Ley 600 de 2000, esto es:

La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

Ahora bien, sumado a lo expuesto en procedencia, se observa que el II. Consejo de Estado²⁵ ha referido que, en aquellos asuntos en los cuales se demanda la ocurrencia de una falla del servicio por mora judicial se debe verificar el cumplimiento de tres requisitos, para demostrar el daño de “pérdida de oportunidad”, que son:

- i) Que la parte civil del proceso penal tenía la oportunidad de obtener la reparación patrimonial de los perjuicios que sufrió como consecuencia de una conducta delictiva;*
- ii) Que la posibilidad de obtener tal reparación se extinguió definitivamente al declararse la prescripción de la acción penal;*
- iii) Finalmente, que los demandantes se encontraban en una situación “potencialmente apta” para obtener la indemnización de los perjuicios causados.*

De conformidad con los anteriores criterios, se tiene que, los demandantes se constituyeron como parte civil en el proceso penal adelantado en contra del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez por el delito de homicidio culposo y que dicho proceso terminó con la declaratoria de prescripción de la acción penal, lo cierto es que el daño alegado por los aquí demandantes consistente en la pérdida de la oportunidad.

En el caso concreto, los demandantes tenían la expectativa de obtener una reparación en el proceso penal, la cual se vio truncada por causa de la declaratoria de la prescripción de la acción penal.

Sobre el particular el Despacho encuentra que, la parte actora no tuvo posibilidad real de acudir a la jurisdicción civil tal y como pasa a exponerse:

En primer lugar, debe indicarse que, una vez declarada la prescripción de la acción penal, los demandantes no contaban con la posibilidad de acudir a la jurisdicción civil, respecto de todos aquellos civilmente responsables diferentes al imputado, puesto que el término de 10 años de la prescripción civil²⁶ venció en relación frente a los obligados solidariamente el 6 de julio de 2013 – término contado a partir de la ocurrencia del hecho, fecha en la que ha aún no se había decretado la prescripción de la acción penal.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 19 de enero de 2011, radicado 35.406, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020120079001 (52941), Jun. 14/19

²⁶ El artículo 2536 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002, estableció la prescripción de la acción ordinaria en 10 años

abril de 2009¹⁷.

Mediante auto del 15 de mayo de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza asumió el conocimiento del asunto, corriéndose traslado de que trata el artículo 400 del C. de P.P., se aceptó renuncia del defensor de oficio del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez, así mismo, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia preparatoria el 27 de agosto de 2009, diligencia que no se llevó a cabo por la no comparecencia del apoderado de la parte civil y del tercero civilmente responsable.

Se advierte que, durante el lapso comprendido durante el 8 de octubre de 2009 al 25 de noviembre de 2009, respecto de las actuaciones surtidas en dicho proceso penal, se presentaron solicitudes de aplazamientos elevados por las partes.

De igual manera, se encuentra que el 5 de septiembre de 2010, se efectuó audiencia de conciliación con la comparecencia de todos los sujetos procesales, declarándose fallidas ante la ausencia de acuerdo.

Por otra parte, se observa que diferentes decisiones emitidas por el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza fueron objeto de recurso de apelación, circunstancia que conllevó a que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca - Sala Penal resolviera los mismos¹⁸.

Así mismo, se observa que mediante providencia del 10 de abril de 2014, el Juzgado Penal del Circuito de Cáqueza dictó sentencia¹⁹ dentro de las diligencias seguidas en contra del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez, por el delito de homicidio culposo. De la lectura de dicha providencia se extrae:

PRIMERO: NEGAR la prescripción de la acción penal solicitada por el defensor del procesado LUIS ERNESTO VALENCIA JIMENEZ y apoderados de los Terceros Civilmente responsables - Doctores GLORIA ISABEL PEÑA TAMAYO y HECTOR AUGUSTO QUEVEDO ROJAS URREGO, por las razones expuestas en procedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a LUIS ERNESTO VALENCIA JIMENEZ identificado con C.C No 7.537.585 de Armenia, a la pena principal de CINCUENTA (50) MESES DE PRISIÓN, MULTA DE VEINTICINCO (25) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES y suspensión del ejercicio de conducir vehículos automotores por el lapso de treinta y seis (36) meses, como autor responsable del delito de HOMICIDIO CULPOSO, en concurso homogéneo y sucesivo en las personas de Armulfo Campos Campos, Dolly Raquel Velásquez Ramírez y la menor Aura Daniela Palacios Osorio, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que da cuenta el investigativo.

(...)

CUARTO: Excluir a la Compañía de Seguros Aseguradora Solidaria de Colombia Ltda., en su calidad de Llamada en garantía, así como a la Empresa de Transportadores ARIMENA S.A. como terceros Civilmente Responsables, al pago de perjuicios, en orden a lo reseñado en el cuerpo de esta decisión.

QUINTO: CONDENAR al sentenciado LUIS ERNESTO VALENCIA JIMENEZ, la señora ANA DELIA VILLAMIZAR PENILLA, como tercera civilmente responsable al igual que la Empresa COOTRANSAGUAZUL LTDA, también tercero civilmente responsable, al pago de daños y perjuicios de orden moral a favor de los señores EYDER YESID PALACIOS MENA y AURA PATRICIA OSORIO, la suma de CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTE, para cada uno, esto en calidad de progenitores de AURA DANIELA PALACIOS OSORIO, dentro de un plazo superior a doce (12) meses, a partir de la ejecutoria del fallo, atendiendo a lo puntualizado en la parte motiva del presente fallo.

En cuanto a daños materiales de toda índole, este Despacho se abstendrá de tasarlos, sin que esto sea óbice para que éstos acudan ante la jurisdicción civil para que exijan el pago de los

¹⁷ Cuaderno No. 4 folios 255 a 257

¹⁸ Cuaderno No. 3 - providencia del 31 de mayo de 2011 resolvió recurso de apelación presentado por Luis Ernesto Valencia, en contra del auto que se negó la nulidad. y 23 de julio de 2013 resolvió recurso de apelación presentado por el apoderado de Yesid Palacios Mena y Aura Patricia Osorio, en contra del auto que se abstuvo de dar trámite al incidente de objeción al dictamen pericial relacionado con la tasación de perjuicios.

¹⁹ Cuaderno No. 5 folio 174 a 217

mismos.

(...)

SEPTIMO: CONDENAR al sentenciado LUIS ERNESTO VALENCIA JIMENEZ, a ANA DELIA VILLAMIZAR PENILLA y la Empresa de Transportes COOTRANSAGUAZUL LTDA, estas últimas en calidad de Terceros Civilmente Responsables, al pago en forma solidaria de la inmunización de los perjuicios morales en cuantía de CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, a favor de los señores EMIGDIO QUESADA MARTINEZ y su hijo JOE ALEXANDER QUESADA JIMENEZ, esposo y progenitor de la fallecida DOLLY RAQUEL QUESADA JIMENEZ, en los términos referidos en el acápite respectivo.

Y respecto a daños materiales, este Despacho se abstendrá de tasarlos, sin que esto sea óbice para que éstos acudan ante la jurisdicción civil para que exijan el pago de los mismos, si lo consideran pertinente.

Por último, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Penal, al resolver los recursos de apelación presentados, en providencia del 25 de junio de 2014²⁰, se dispuso:

"Se observa que el artículo 109 de la Ley 599 de 2000 prevé para el delito de homicidio culposo una pena de prisión que oscila entre dos (2) y seis (6) años de prisión, siendo el último límite el término máximo de prescripción en la fase instructiva, el cual fue interrumpido con la ejecutoria de la resolución de acusación ocurrida el 24 de abril de 2009, contándose a partir de allí con un lapso prescriptivo de 5 años para la fase de juzgamiento, que se concreta el 24 de abril del año en curso (antes de la remisión de la actuación por parte del juzgado de primera instancia) por lo que no cabe duda que ya ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, que debe ser declarado.

En este evento el artículo 39 de la Ley 600 de 2000 reza:

"En cualquier momento de la investigación en que aparezca demostrado que la conducta no ha existido, o que el sindicado no la ha cometido, o que es atípica, o que está demostrada una causal excluyente de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o no puede proseguirse, el Fiscal General de la Nación o su delegado declarará precluida la investigación penal mediante providencia interlocutoria". (Subraya del despacho)

(...)

En estas condiciones no le queda otra alternativa a la Sala, que declarar la prescripción de la acción penal, - causal objetiva de improseguibilidad - y en consecuencia, disponer la cesación de todo procedimiento seguido en contra de LUIS ERNESTO VALENCIA JIMÉNEZ.

(...)

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR que la acción penal en este proceso no puede proseguir por haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, se **DECLARA LA CESACIÓN DE TODO PROCEDIMIENTO** adelantado en contra de **LUIS ERNESTO VALENCIA JIMÉNEZ** por los delitos de homicidio culposo y lesiones personales culposas.

Advertido lo anterior, es importante precisar que, el primer elemento que se debe observar en el análisis de la responsabilidad Estatal es la existencia del daño, el cual, además, debe ser antijurídico, y en consecuencia ante su acreditación hay lugar a estudiar la imputación de responsabilidad de la administración.

Para el caso que nos ocupa, tenemos que, la parte actora manifestó que el daño antijurídico le fue ocasionado por la Rama Judicial, dado que, mediante providencia del 25 de junio de 2014, se declaró prescrita la acción penal en favor del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez, quien era procesado por el delito de homicidio culposo, decisión que les impidió obtener, a quienes se habían constituido como parte civil, una reparación por los daños y perjuicios que les habría causado el enjuiciado con su conducta.

- De la pérdida de la oportunidad de obtener el pago de la indemnización

En relación al tema objeto de análisis, encontramos que cuando se demanda la existencia de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia porque la acción penal

²⁰ Cuaderno No. 3

Es decir que, para la fecha en que se decretó la prescripción de la acción penal – 25 de junio de 2014– los demandantes se encontraban imposibilitados de manera definitiva para obtener su reparación, en tanto que, no contaba con un medio para reclamar su indemnización.

Aunado a lo anterior, el Despacho encuentra que se encuentra demostrado el tercer requisito de la pérdida de la oportunidad *"encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado"*. En tanto que, la parte actora se encontraba en una posición de alta probabilidad de obtener el resultado esperado en el proceso penal, por cuanto a pesar de la declaratoria de la acción penal, se advierte que en la parte motiva de la sentencia condenatoria emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Cárquez²⁷, se indicó:

(...) las causas generadoras del accidente principalísimas fueron la imprudencia y violación de normas de tránsito de parte del señor LUIS ERNESTO VALENCIA JIMENEZ, al parecer de manera intempestiva invadiendo el carril contrario por donde se movilizaba el taxi conducido por quien en vida respondía al nombre de ARNULFO CAMPOS CAMPOS, no dándole prácticamente opción de maniobrar para evitar la colisión (...)

Así dispuestos el análisis y las pruebas sobre la existencia de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, obvio es concluir que se han congregado los presupuestos procesales para proveer con sentencia condenatoria en su contra de conformidad con el artículo 232 del Código Procesal Penal, por el cargo de HOMICIDIO CULPOSO.

En este orden de ideas, se tiene que en el plenario obra copia de la providencia en la que se condenó al procesado señor Luis Ernesto Valencia Jiménez y a los terceros civilmente responsables, es decir que se profirió providencia de primera instancia favorable a los demandantes. Por lo tanto, es claro que, existía probabilidad de obtener el pago de los perjuicios solicitados en el proceso penal, en la medida que conforme a los elementos materiales probatorios allegados en la causa penal, la causa probable del accidente de tránsito en el que resultaron afectadas Aura Daniela Palacios Osorio y Dolly Raquel Velásquez Ramírez, se dio por la violación de normas de tránsito de parte del señor LUIS ERNESTO VALENCIA JIMENEZ, encontrándose comprometida en un alto grado de responsabilidad, la participación de este, y de manera solidaria la señora Ana Delia Villamizar, propietaria del vehículo de placa UFS 884 y la empresa Cooperativa de Transportadores de Aguazul Ltda., a la que se encontraba afiliado el vehículo.

Por lo expuesto, el Despacho encuentra que se cumple con los criterios jurisprudenciales de la pérdida de la oportunidad referidos a la *"imposibilidad definitiva de obtener un provecho"* y de *"encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado"*, ya que los demandantes no contaron con la posibilidad de reclamar el resarcimiento esperado.

Así las cosas, el daño, entendido como la privación del derecho a la reclamación de una indemnización, es imputable a la entidad demandada, a cuyo cargo estuvo la demora que dio lugar a la imposibilidad de que los aquí demandantes obtuvieran un reconocimiento con ocasión a la conducta ejecutada por el sindicado.

5. Liquidación de los Perjuicios:

5.1 Perjuicios Morales

En el presente asunto, se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de los señores Alexander Quesada, Emigdio Quesada, Aura Patricia Osorio y Eider Yesid Palacios Mena

En relación con el reconocimiento de este perjuicio, se advierte que el H. Consejo de Estado²⁸ ha señalado:

²⁷ Cuaderno No. 5 folio 202

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00506-01(37111)

"En efecto, sería lo ideal poder reparar la transgresión a la garantía constitucional vulnerada mediante medidas de carácter no pecuniario que pudieran derivar en un restablecimiento material del derecho al recurso judicial efectivo del demandante. Sin embargo, se aprecia que ante la evidente extinción de la posibilidad de ejercer la acción penal, según lo estableció con carácter definitivo la justicia penal, no existe medida idónea para resarcir a la víctima, por lo que se impone aplicar una reparación pecuniaria, se insiste, ante la inexistencia de alguna medida restaurativa que permita indemnizar el daño en su forma natural y plena".

En el mismo pronunciamiento, dicha Corporación precisó *"Tratándose del daño producido como consecuencia de la afectación específica al derecho al acceso a la administración de justicia cuando se ve afectado por la prescripción extintiva, se ha estimado que la indemnización corresponda a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales, por lo que se considera justo y equitativo aplicar ese mismo criterio a casos similares. Debe tenerse en cuenta que el referido daño solo se ha de reconocer a favor de la víctima directa, que en este caso es la sociedad actora, que a su vez fungió como demandante y parte civil en la acción penal prescrita".*

Así mismo, en otros pronunciamientos, a efectos de cuantificar la indemnización de perjuicios, el Consejo de Estado²⁹ ha indicado:

Frente a la constatación del daño antijurídico provocado por su omisión, asiste al Estado el deber de adoptar las medidas necesarias para reparar el daño causado a las víctimas.

La Sala considera que este daño no es material pues si bien se solicitó una indemnización, no está debidamente acreditado ni justificado como derivado de la prescripción de la acción penal.

Para estimar el monto a indemnizar por concepto de daño moral, la Sala, acudiendo a un criterio de justicia o equidad, tiene en cuenta que las accionantes, además de ser afectadas por una conducta punible de lesiones personales que implicó serias lesiones para cada una de ellas, particularmente a una niña cuya fisonomía fue afectada de por vida, y la angustia a una madre cabeza de familia por haber visto afectado su derecho al trabajo, sufrieron una situación de revictimización al ver que el Estado no garantizó dentro del proceso penal sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación, tan sensibles en la sociedad colombiana pues ellos la base de cualquier proceso de reconciliación y convivencia pacífica.

Tomando en cuenta que el monto máximo reconocido por concepto de daño moral es de 100 salarios mínimos en caso de muerte (del padre, madre, hijos y cónyuge) o en caso de lesiones graves (para la víctima, padre, madre e hijos), la Sala considera que cuando un derecho como la tutela judicial efectiva es vulnerado a una víctima de un delito, el monto a reconocer por concepto de daño moral para cada uno de los afectados debe ser de 40 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Partiendo de los anteriores criterios jurisprudenciales, el Despacho encuentra procedente reconocer indemnización en favor de los señores Eyder Yesid Palacios Mena, Aura Patricia Osorio, Emigdio Quesada Martínez y Joe Alexander Quesada, individuos que promovieron el proceso penal y la correspondiente demanda de parte civil, por la vulneración al derecho de tutela judicial efectiva.

Así las cosas, en los términos de las jurisprudencias en cita, se reconocerán por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:

Para los señores Eyder Yesid Palacios Mena, Aura Patricia Osorio, Emigdio Quesada Martínez y Joe Alexander Quesada, la suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero Radicación número: 13001-23-31-000-1999-00328-01(25327)

5.2 Daño a la vida en relación

Sobre el particular el Despacho precisa que, la afectación a la vida de relación (en otras ocasiones mencionada como la alteración a las condiciones de existencia) se estima correspondiente a la afectación derivada de un daño a la salud que impida el goce pleno de la actividad funcional del ser humano³⁰.

El Despacho advierte que, atendiendo la naturaleza del daño aludido en el caso objeto de estudio, no es dable el reconocimiento de este tipo de perjuicio.

6. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSA/16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

7.DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada - Nación – Rama Judicial por la pérdida de oportunidad de los demandantes en obtener la reparación de los daños causados por el fallecimiento de Aura Daniela Palacios Osorio y Dolly Raquel Velásquez Ramírez, producto de la declaratoria de prescripción de la acción penal adelantada en contra del señor Luis Ernesto Valencia Jiménez.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Rama Judicial, a pagar las siguientes sumas:

- Por daño moral para **Eyder Yesid Palacios Mena**, la suma equivalente a cuarenta (40) smmlv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Aura Patricia Osorio**, la suma equivalente a cuarenta (40) smmlv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 13 de agosto de 2018, Radicación número: 730012331000201100648 01 (45689)

-. Por daño moral para **Emigdio Quesada Martínez**, la suma equivalente a cuarenta (40) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia

-. Por daño moral para **Joe Alexander Quesada** la suma equivalente a cuarenta (40) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda reconocidas en el presente fallo.

QUINTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAQA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362016-00320 00
Demandante :	Jhon Janer Álvarez Martínez y otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 118**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores Jhon Janer Álvarez Martínez, Arlenys Yaneth Martínez Coronel y Ledis del Carmen Álvarez Ledesma presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable por la desaparición y posterior fallecimiento del señor Jesús Álvarez Ledesma, presuntamente por miembros de la fuerza pública.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (fl.12-16 c1).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el día 18 de enero de 2008 el señor Orlando de Jesús Ledesma salió de su casa y posteriormente el 19 de enero de 2008 apareció muerto al lado del joven Rubén Darío Atencio Jaraba, en el corregimiento de Carraipia del Municipio de Maicao (La Guajira), ejecutado de manera arbitraria por miembros del Ejército Nacional adscritos al Grupo de Caballería Blindado “GR. Gustavo Matamoros D’costa” de la Décima Brigada Blindada.

Señaló que, la familia de Orlando de Jesús Álvarez Ledesma, se enteró días después de su muerte, sin comprender cómo había resultado muerto en el departamento de La Guajira, a cientos de kilómetros de Montería, pues de lo que sí tenían certeza era que, en el barrio donde habitaban, varios jóvenes habían sido reclutados para trabajar y luego habían sido encontrados muertos en presuntos combates en el departamento de la Guajira y en los que habían participado miembros del Ejército Nacional.

En virtud de lo anterior, el Juzgado 98 de Instrucción Penal Militar inició la respectiva indagación preliminar que, por tratarse de una presunta comisión de graves violaciones a los derechos humanos de la población civil, la investigación fue remitida por razones de competencia a la Dirección de Fiscalía Nacional Especializada de Derechos Humanos y DIH Barranquilla y asignada a la Fiscalía 64 bajo el delito de homicidio en persona protegida,

SPOA 444606001212200880023(8548).

Adujo que, conforme a las pruebas practicadas al interior del proceso penal, permitían imputar a la administración y responsabilizarla, pues la fuerza pública participó y se aprovechó de su condición de autoridad para ejecutar sistemáticamente y generalizada en contra de miembros de la población civil.

Indico que, los soldados adscritos, realizaron maniobras con la finalidad de señalar al señor Álvarez Ledesma como delincuente, para legitimar su muerte en un supuesto combate, y que a pesar de que esa información era falsa, fue una clara afronta a la vida, la integridad personal y el buen nombre.

1.3.- La entidad demandada no contestó la demanda

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 31 de octubre de 2016 (fl.47 c1), seguidamente, mediante auto proferido el 24 de noviembre de 2016, se admitió la demanda (fl.49-51 c1).

El día 20 de noviembre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se indicó que la caducidad del medio de control se resolvería posteriormente. (fl.60-61 c1)

Finalmente, el 27 de junio de 2019, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas en la que se precluyó la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar escrito de alegatos de conclusión (fls.98 y 99 c1).

1.5.- Alegatos de conclusión

La actora reiteró los argumentos expuesto en la demanda, aduciendo que conforme a las pruebas aportadas al proceso se acreditó que, el fallecimiento del señor Orlando de Jesús Ledesma Álvarez se trató de una ejecución extrajudicial, derivada de una falla del servicio de la Administración con graves violaciones a los derechos convencionales y constitucionalmente reconocidos.

Añadió que, la ejecución extrajudicial se produjo de manera organizada y planeada, para justificar la implementación de un sistema de incentivos y beneficios económicos a favor de los miembros e informantes de las fuerzas armadas.

Finalmente, solicitó declarar la responsabilidad de la entidad demandada y ordenar el reconocimiento de los perjuicios reclamados. (fls. 100-104)

Por otra parte, la entidad demandada indicó que no se evidenciaba la existencia de un daño atribuible a la Nación, en consecuencia, no se puede proferir ninguna condena.

Manifestó que, no existían de pruebas en relación con los presupuestos de la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que, no se daban los presupuestos para reparar ante la ausencia de responsabilidad del Estado. (fls.105-111 c1).

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

III. CONSIDERACIONES

Del problema jurídico.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos

probatorios recaudados en este proceso.

Presupuestos procesales

3.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

3.2.- Caducidad del medio de control

La parte demandante adujo que, en el presente caso, el fallecimiento del señor Orlando de Jesús Álvarez Ledesma se trataba de un delito de lesa humanidad, con certificado de defunción inscrito el 13 de mayo de 2008, fecha de deceso el 19 de enero de 2008.

Respecto de la caducidad en acciones de reparación directa, el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA establece lo siguiente:

Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) 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**” (El despacho resalta).

En el anterior orden de ideas, la parte actora contaba con el término de dos años, una vez ocurrido el hecho dañoso, para impetrar la correspondiente acción de reparación directa ante esta jurisdicción; y en todo caso, dentro del mismo término debió intentarse la conciliación extrajudicial en derecho.

Por su parte, la sentencia SU-659 de 2015 proferida por la Honorable Corte Constitucional concluyó que la regla del término de 2 años para analizar la caducidad para el medio de control de reparación directa no es absoluta, puesto que admite excepciones basadas en el reconocimiento de situaciones particulares del caso, como son:

- i) Ante la duda sobre el inicio del término de caducidad, la corporación judicial está obligado a interpretar las ambigüedades y vacíos de la ley en concordancia con los principios superiores del ordenamiento, entre ellos, los de garantía del acceso a la justicia y reparación integral de la víctima.
- ii) **El momento en que las víctimas adquieren información relevante sobre la posible participación de agentes del Estado en la causación de los hechos dañosos.**
- iii) La oportunidad en que se conozca el daño, porque hay eventos en los cuales el perjuicio se manifiesta en un momento posterior.
- iv) La fecha en el cual se configura o consolida el daño, porque en algunos casos la ocurrencia del hecho, la omisión u operación administrativa no coinciden con la consolidación del daño o se trata de daños permanentes, de tracto sucesivo o que se agravan con el tiempo.
- v) Frente a conductas constitutivas de violaciones a los derechos humanos.¹

En reciente providencia de unificación del 29 de enero de 2020 con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico, al interior del radicado: 85001-33-33-002-2014-00144-01

¹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 22 de marzo de 2018; Rad: 11001-03-15-000-2017-02686-01 (AC)-

(61.033), la Sección Tercera del Consejo de Estado señaló:

“(…) En conclusión, en nuestro ordenamiento, frente a la caducidad de la pretensión de reparación directa, se encuentra consagrado un supuesto que aplica a todos los eventos, incluidos aquellos en los que se invocan delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, relacionado con el conocimiento de las situaciones que permiten deducir la participación y responsabilidad del Estado, como supuesto habilitante para exigir el plazo para demandar, regla que fue analizada en el numeral 3.1. de la parte considerativa de esta providencia.

Así las cosas, la Sección Tercera concluye que las situaciones que se pretenden salvaguardar con la imprescriptibilidad de la acción penal en los delitos de lesa humanidad y los crímenes de guerra **se encuentran previstas en materia de lo contencioso administrativo al amparo de la hipótesis del conocimiento del hecho dañoso** y en virtud de lo cual el término de caducidad sí debe exigirse en estos eventos, pero a partir de que se advierta que el interesado sabía o tenía la posibilidad de advertir que el Estado tuvo alguna injerencia en la controversia y era susceptible de ser demandado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política. (…)”

3.3.

A juicio de la Sala, el término de caducidad de la pretensión de reparación directa no resulta exigible en los eventos en los que se **afectan de manera ostensible** los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia², por la configuración de circunstancias que obstaculizan materialmente el ejercicio del derecho de acción y, por ende, impiden agotar las actuaciones necesarias para la presentación de la demanda, dentro de las cuales se encuentra la constitución de apoderado.

La Sección enfatiza en que se trata de supuestos objetivos, como secuestros, enfermedades o cualquier situación que no permita **materialmente acudir a esta jurisdicción**, pues lo referente a la imposibilidad de conocer la relación del Estado con el hecho dañoso no da lugar a la inaplicación de las reglas de caducidad, sino al cómputo a partir del momento en el que, dado el conocimiento de los hechos, surge el interés para reclamar la indemnización de los perjuicios causados, como se explicó en el acápite precedente.

En síntesis, el juez de lo contencioso administrativo debe, **excepcionalmente**, inaplicar el término de caducidad de la pretensión de reparación directa cuando advierta que la no comparecencia ante la administración de justicia se encuentra justificada por razones materiales, pues el paso del tiempo no puede empezar a correr contra quien no goza del acceso efectivo a la administración de justicia, lo cual, se insiste, depende de las circunstancias especiales de cada sujeto.

CASO CONCRETO

Conforme a lo anterior expuesto, y a lo manifestado por las partes, se deben tener como fechas iniciales para el cómputo del término de caducidad las siguientes:

El daño antijurídico consiste en el fallecimiento del señor Orlando de Jesús Álvarez Ledesma en hechos ocurridos el 19 de enero de 2008.

Conforme a las pruebas aportadas al expediente, obra oficio recibido el 24 de mayo de 2019, aportado por la parte actora, por el que se allegó copia del proceso de la investigación penal 444306001212200880023 del Juzgado 98 de Instrucción Penal Militar, por el que, Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó que uno de los cadáveres enviados en principio como NN, pero posteriormente identificado por la señora Ledis Álvarez Ledesma hermana del fallecido se identificó que, correspondía a la persona que en vida se

² “Artículo 229. Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

identificó como Orlando de Jesús Álvarez Ledesma. (fl.252-255 c3)

Se observa entrevista realizada por el Investigador de la Fiscalía General de la Nación a la del 25 de enero de 2008, a la señora Ledis Álvarez Ledesma, hermana del occiso y aquí demandante, quien manifestó que, el último día que vio a su hermano fue el 18 de enero de 2008, que vivía con él y al ver que no regresaba el 19 de enero salió al barrio a preguntar si lo habían visto, pero no obtuvo respuesta. Adujo que el 22 de enero de 2008, su padre le dijo que averiguara en la Fiscalía, y que había ido alguien de la Fiscalía a mostrarle una foto, pero que él era un señor de 72 años que no veía bien y no lo había identificado, pero que vecinos del barrio le mostraron la noticia de que su hermano estaba muerto en Maicao. (Fls. 143-144c.3)

Adicionalmente dentro del proceso se encuentra solicitud del cuerpo de Orlando de Jesús Álvarez Ledesma, solicitada por Ledis del Carmen Álvarez Ledesma, hermana del fallecido. (f. 156c.3).

Así mismo, dentro del proceso se encuentra que mediante oficio No. 134 del 25 de enero de 2008, el coordinador del CTI unidad local Maicao, solicita a Medicina Legal la entrega del cadáver de Orlando Jesús Álvarez Ledesma, a su hermana Ledis del Carmen Álvarez con cedula de ciudadanía No. 34.987.627. (f. 154 c3.).

En las condiciones analizadas, se advierte que, en la demanda, se sostuvo que los afectados conocieron el hecho dañoso desde el 25 de enero de 2008, fecha en la que se entregó el cuerpo, así su inscripción en el registro civil de defunción se hay realizado el 13 de mayo de 2008 del señor Orlando de Jesús Álvarez Ledesma.

Sumado a lo anterior el 24 de abril del año 2008, a la señora Ledis del Carmen Álvarez Ledesma, se le interrogó por parte de la Fiscalía General de la Nación, sobre la relación que tenía con la víctima, para establecer cómo ocurrió el homicidio del que fue víctima el señor Orlando de Jesús Álvarez Ledesma con otras dos personas, en la Trocha del Molino barrio Villas Uriana Maicao –Guajira, donde, entre otras, se le preguntó si su hermano pertenecía a algún grupo al margen de la ley, a lo cual ella contestó que no.

En el presente, contrario a lo que se consideró por el anterior titular del Despacho, es pertinente dar aplicación a la unificación jurisprudencial del Consejo de Estado respecto a la caducidad para delitos de lesa humanidad, y se considera en esta ocasión que el término de caducidad se ha debido tener en cuenta la fecha cuando efectivamente los demandantes tuvieron conocimiento formal de la noticia y que intuían la participación del Estado en los hechos.

En efecto, los demandantes rindieron declaraciones juramentadas en diferentes fechas en ocasión a la investigación que se llevaba en el Juzgado 98 de Instrucción Penal Militar, de manera que estos ya tenían conocimiento del fallecimiento del señor Orlando de Jesús Álvarez Ledesma y que estaba siendo adelantada por violaciones de derechos humanos, de manera que ya contaban con los elementos de juicio para demandar al Estado en ejercicio de la pretensión de reparación directa, pues, según la demanda y conocimiento del proceso penal, se adujo que este fue ultimado por la fuerza pública.

Adicionalmente, se deduce que, la hermana la señora Ledis Álvarez Ledesma del occiso Orlando de Jesús Álvarez Ledesma, conocía del tema de víctimas, ya que en varias entrevistas señaló ser líder de Acción Social donde habitaba, lo que se deduce que no era desconocido estos temas y ella siempre afirmó que su hermano era una persona trabajadora que nunca se metió en problemas y solicitaba justicia.

Así las cosas, se encuentra probado que desde **el 25 de enero de 2008**, cuando los demandantes rindieron declaración juramentada, conocieron el estado del proceso, la identificación del cadáver y que miembros del Estado presuntamente estuvieron involucrados, por lo que podían presentar demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa, pues contaban con elementos para deducir que el Ejército Nacional participó en el fallecimiento del señor Orlando de Jesús Álvarez Ledesma, por lo que el término máximo para demandar expiraba en principio el 26 de enero de 2010.

Así mismo el apoderado de los demandantes confirmó que, la familia de Orlando de Jesús Álvarez Ledesma se enteró días después de su muerte, sin comprender como había resultado muerto en el Departamento de la Guajira a cientos de kilómetros de Montería, **de lo que si tenían certeza era que en el barrio donde habitaban varios jóvenes habían sido reclutados para trabajar y luego habían sido encontrados muertos en presuntos combates en el Departamento de la Guajira y en los que habían participado miembros del Ejército.**

De manera que, el Despacho observa que no se configura ninguna de las excepciones para decir que los demandantes deben recibir un trato diferente en la aplicación de lo prescrito en el artículo 164, numeral 2.-, literal i) del C.P.A.C.A., por lo que, el Despacho concluye que tanto la solicitud de conciliación como la demanda de reparación directa se presentaron cuando la oportunidad ya había fenecido, por cuanto la primera se radicó ante la Procuraduría General de la Nación el 01 de febrero de 2016 (fl.1-6 c2) y la segunda el 31 de octubre de 2016 (fl.47 c1).

De lo expuesto, dado que la demanda se presentó el **31 de octubre de 2016**, sin que la conciliación tuviera la posibilidad de haber interrumpido el término de caducidad, se concluye que se hizo por fuera del término prescrito por el artículo 164 del C.P.A.C.A., **y en esas condiciones se impone declarar probada la excepción de caducidad del presente medio de control.**

Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de caducidad del medio de control de reparación directa, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

SEXTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

crr



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362016-0033700
Demandante :	Clínica Colombiana del Riñón S.A.
Demandado :	Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y Supersalud

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 103**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, la Clínica Colombiana del Riñón S.A. presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social y la Superintendencia de Salud a efectos de que, se les declare responsable por los perjuicios causados con ocasión a la omisión y ausencia o tardío control frente al manejo que CAFABA le dio a los recursos públicos, lo que generó su liquidación sin pagarse los valores adeudados y que habían sido reconocidos en el trámite liquidatorio.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 22 - 23 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la entidad señaló que, la Clínica Colombiana del Riñón era una IPS de carácter privado, prestadora de los servicios médico - asistenciales y hospitalarios de salud, formando parte del sistema general de seguridad social en salud.

Indicó que, en cumplimiento de sus funciones, prestó servicios médicos, asistenciales y hospitalarios a pacientes afiliados a la entidad promotora de salud del régimen contributivo CAFABA EPSS, así como, a los afiliados de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja.

Señaló que, la facturación de la Clínica Colombiana del Riñón S.A. por los servicios prestados a la Caja de Compensación familiar de Barrancabermeja – CAFABA alcanzó la suma de \$79.724.007.

Adujo que, la entidad de manera oportuna radicó en las oficinas de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja la facturación correspondiente a los servicios médicos asistenciales prestados a sus afiliados del régimen contributivo, los que a la fecha no han sido objeto de pago.

De igual manera indicó que, la Superintendencia de Salud ordenó revocar el certificado de habilitación para la operación y administración del régimen subsidiado en salud otorgado a la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja, disponiendo la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios junto con la intervención forzosa y administrativa para liquidar dicha sociedad.

Manifestó que, en el trámite del proceso liquidatorio presentó ante el Agente Especial liquidador la reclamación para el pago de la totalidad de su acreencia, la cual fue rechazada interponiéndose recurso de reposición y posteriormente el Agente Especial Liquidador aceptó el valor reclamado por la suma de \$79.724.007.

Aludió que, la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja se encontraba liquidada y sus activos no alcanzaron para pagar los créditos quirografarios reclamados por las diferentes IPS, los cuales quedaron insolutos.

Finalmente señaló que, ante la falta de recursos de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja para pagar a la entidad por los servicios médicos prestados, como acreedor del sistema y encargado a través de las convocadas de la inspección, vigilancia y control de las empresas promotoras de salud, le correspondía al Estado responder por las acreencias que le fueron reconocidas a la entidad demandante en el trámite liquidatorio.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. Ministerio de Salud y Protección Social

Mediante escrito del 27 de junio de 2017, la entidad demandada se pronunció respecto del presente asunto oponiéndose a la prosperidad de todas las pretensiones.

Indicó que, no le constaba los hechos aludidos en el escrito de la demanda en tanto que, entre la entidad demandante y el Ministerio no se suscribió contrato alguno, y así mismo, no tenía dentro de sus funciones y competencias la supervisión de los contratos suscritos entre las entidades descentralizadas y terceros.

Adujo que, atendiendo la naturaleza y el objeto del Ministerio de Salud y Protección Social, las pretensiones invocadas por la parte demandante debían ser desestimadas, absolviendo de todo cargo y condena a la entidad demandada.

1.3.2. Superintendencia Nacional de Salud

A través de memorial del 10 de agosto de 2017, la Supersalud allegó escrito de contestación, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Señaló que, ninguna acción u omisión era imputable a la entidad demandada, en tanto que, cada una de las funciones fueron desarrolladas a cabalidad, sin que se pudiera advertir negligencia o falta de acción por parte de la entidad.

Aludió que, la Superintendencia Nacional de Salud tenía asignada la función de inspección, vigilancia y control con el objetivo de asegurar la eficiencia en la utilización de los recursos fiscales, con destino a la prestación de los servicios de salud.

Así mismo, refirió que, ante la solicitud de retiro voluntario del programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado presentado por la Caja de Compensación de Barrancabermeja – CAFABA y ante la inviabilidad financiera de dicho programa de salud, a través de la Resolución No. 001842 del 3 de julio de 2012, la Supersalud ordenó la revocatoria del certificado de habilitación del régimen subsidiado, con la consecuente medida cautelar de toma de posesión de los bienes, haberes y negocios junto con la intervención forzosa administrativa para liquidar el programa de la entidad promotora de salud del régimen subsidiado.

Señaló que, en la parte resolutive de los actos administrativos se evidenciaba claramente cómo lo que hizo la Superintendencia, fue cumplir con sus obligaciones constitucionales y legales. De igual manera indicó que, la intervención adelantada por la Supersalud dentro del contexto de los hechos de la demanda no podía ser atribuida como hecho generador del daño.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 15 de noviembre de 2016 (f. 18 c. principal) mediante auto proferido el 26 de enero de 2017, se inadmitió la demanda y seguidamente, el juzgado admitió la demanda a través de auto del 9 de marzo de 2017 (f. 57 c. principal).

Posteriormente el 2 de abril y el 7 mayo de 2019, se adelantó audiencia inicial, no obstante, la misma fue suspendida al advertirse que el auto que fijó fecha no se notificó en debida forma.

Seguidamente el 21 de mayo de 2019, se llevó a cabo continuación de audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas. (fl. 151-153).

Finalmente, el 25 de julio de 2019 se realizó audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 157 - 158 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Presentó escrito de alegatos de conclusión de manera extemporánea¹.

1.5.2. Superintendencia de Salud

Mediante escrito del 9 de septiembre de 2019, el apoderado de la Supersalud presentó escrito de alegatos de conclusión, en el que solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, aduciendo que se encontraba demostrado que, la entidad no había expedido ninguna de las resoluciones por las que se negó el pago de las acreencias reclamadas por la parte demandante.

De igual manera señaló que, no había adelantado la liquidación de la EPS CAFABA, en tanto que dicho trámite había sido desarrollado por un agente especial liquidador, proceso que se ejecutó con autonomía e independencia.

Indicó que, atendiendo el marco de competencias de la Supersalud, ordenó la intervención forzosa administrativa para liquidar el programa de salud de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja – CAFABA EPS, nombrando para tal efecto un agente especial de auxiliares de la justicia, persona que bajo su responsabilidad ejecutó la medida ordenada.

Refirió que, respecto del actuar de la Supersalud frente a CAFABA EPS hoy liquidada, no se advertía ninguna falla del servicio, toda vez que, de manera diligente cumplió con sus funciones de inspección, vigilancia y control desde el momento en que tuvo conocimiento de las irregularidades presentadas al interior de la entidad liquidada.

1.5.3. Ministerio de Salud y Protección Social

A través de memorial del 10 de septiembre de 2019, el apoderado de dicha cartera presentó escrito de alegatos de conclusión, señalando que, conforme a las pruebas aportadas se encontraba acreditado que, el Ministerio de Salud y Protección Social no había tenido ningún tipo de vínculo administrativo con las entidades.

Manifestó que, el Ministerio no había tenido injerencia alguna en la suscripción de convenios y contratos entre las partes, es decir CAFABA y la Clínica del Riñón, por lo tanto, no se encontraba acreditado el nexo causal entre el proceso de toma de posesión de CAFABA, el nombramiento del agente liquidador y la negativa del pago de acreencias, en consecuencia, no era dable imputar responsabilidad a dicho ministerio.

¹ En principio las partes tenían hasta el 12 de septiembre 2019 para presentar escrito de alegatos de conclusión, atendiendo que para dicha fecha se presentó cese de actividades por paro judicial, el término se extendió hasta el 13 de septiembre de 2019.

Atendiendo que, la parte actora radicó escrito de alegatos el día 16 de septiembre de 2019, se tiene que se hizo de manera extemporánea.

Finalmente solicitó que, se negaran las pretensiones invocadas por la parte actora y se exonerara de toda responsabilidad al Ministerio.

1.5.4. Ministerio Público. No rindió concepto.

II. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, por la omisión de las entidades demandadas.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia de Salud son administrativamente responsables por los daños y perjuicios ocasionados a la Clínica del Riñón S.A., por la falla en el servicio consistente en la presunta omisión, ineficacia y ausencia de control frente al manejo que CAFABA le dio a los recursos públicos, lo que generó que su obligación no fuera pagada, pese a que fue reconocida en el trámite liquidatorio.

4. Régimen jurídico aplicable

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado², de conformidad a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, **jurídicamente imputable a la administración;** y *iii)* **una relación o nexo de causalidad entre** estos elementos, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de las autoridades públicas de que se trate.

4.1 De la falla del servicio

En lo que respecta al título de imputación aludido por la parte actora –*falla del servicio*– el H. Consejo de Estado³ ha precisado:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar

² Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades "debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"26. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía".

5. Caso en concreto

En el presente asunto tenemos que, la parte actora atribuye responsabilidad a la Superintendencia Nacional de Salud y al Ministerio de Salud y Protección Social por la presunta omisión en el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la EPS CAFABA, circunstancia que originó la liquidación de dicha entidad sin que se efectuara el pago de las acreencias adeudadas, correspondiéndole a las entidades demandadas efectuar el pago de las sumas adeudadas.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho analizará si en el presente asunto se encuentra acreditada la presunta falla en el servicio en la que incurrieron las entidades demandadas.

- De la falla del servicio de la Superintendencia Nacional de Salud

Respecto a la organización del sistema general de seguridad social en salud el artículo 155 de la Ley 100 de 1993 dispuso:

"ARTÍCULO 155. INTEGRANTES DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. El Sistema General de Seguridad Social en Salud está integrado por:

1. Organismos de Dirección, Vigilancia y Control:

- a) Los Ministerios de Salud y Trabajo;
- b) El Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴⁷;
- c) La Superintendencia Nacional en Salud;

2. Los Organismos de administración y financiación:

- a) Las Entidades Promotoras de Salud;
- b) Las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de salud;
- c) El Fondo de Solidaridad y Garantía.

3. Las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas.
4. Las demás entidades de salud que, al entrar en vigencia la presente Ley, estén adscritas a los Ministerios de Salud y Trabajo.
5. Los empleadores, los trabajadores y sus organizaciones y los trabajadores independientes que cotizan al sistema contributivo y los pensionados.
6. Los beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en todas sus modalidades.
7. Los Comités de Participación Comunitaria "COPACOS" creados por la Ley 10 de 1990 y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.
8. Operadores logísticos de tecnologías en salud y gestores farmacéuticos.

El Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará los requisitos financieros y de operación de los agentes de los que trata este numeral. La Superintendencia de Industria y Comercio, en el desarrollo de sus funciones, garantizará la libre y leal competencia económica, mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal.

PARÁGRAFO. *El Instituto de Seguros Sociales seguirá cumpliendo con las funciones que le competen de acuerdo con la Ley". (Subrayas del Despacho).*

En este orden de ideas, es dable indicar que, si bien las EPS, el Ministerio de Salud y Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, entre otros agentes, integran el sistema de salud, ello no implica solidaridad en el ejercicio de sus competencias y funciones, puesto que la participación de las diferentes autoridades administrativas tiene como finalidad la participación armónica en la prestación del servicio de salud, máxime cuando la misma norma dividió, según las competencias legales, en tres grupos a los integrantes del sistema: 1. Organismos de dirección, control y vigilancia, 2. Organismos de administración y financiación, y 3. Instituciones prestadoras del servicio de salud privadas, públicas o mixtas.

Así, la naturaleza con la que se incluyó a la Superintendencia Nacional de Salud es como un organismo de dirección, control y vigilancia cuyas funciones están descritas en el artículo 39 de la Ley 1122 de 2007 así:

Artículo 40°. Funciones y Facultades de la Superintendencia Nacional de Salud. *La Superintendencia Nacional de Salud, además de las funciones y facultades ya establecidas en otras disposiciones, cumplirá dentro del sistema de inspección, vigilancia y control, las siguientes:*

- a. Adelantar funciones de inspección, vigilancia y control al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA y demás actores del sistema, incluidos los regímenes especiales y exceptuados contemplados en la ley 100 de 1993.
- b. Inspeccionar, vigilar y controlar que las Direcciones Territoriales de Salud cumplan a cabalidad con las funciones señaladas por ley, conforme a los principios que rigen a las actuaciones de los funcionarios del Estado, e imponer las sanciones a que haya lugar. En virtud de la misma potestad mediante decisión motivada, de oficio o a petición de parte podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan en las entidades territoriales de salud, cuando se evidencia la vulneración de dichos principios.
- c. Con sujeción a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, señalará los procedimientos aplicables a los vigilados de la Superintendencia Nacional de Salud respecto de las investigaciones administrativas sancionatorias que deba surtir, respetando los derechos del debido proceso, defensa, o contradicción y doble instancia.
- d. Introducir mecanismos de autorregulación y solución alternativa de conflictos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- e. Ejercer la competencia preferente de la inspección, vigilancia y control frente a sus vigilados, en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los demás órganos que ejercen inspección, vigilancia y control dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud, garantizando el ejercicio de la ética profesional, la adecuada relación médico paciente y el respeto de los actores del sistema por la dignidad de los pacientes y de los profesionales de la salud.
- f. Sancionar en el ámbito de su competencia y denunciar ante las instancias

competentes las posibles irregularidades que se puedan estar cometiendo en el Sistema General de Seguridad Social de Salud.

g. Vigilar, inspeccionar y controlar que se cumplan los criterios para la determinación, identificación y selección de beneficiarios y aplicación del gasto social en salud por parte de las Entidades Territoriales.

h. Vigilar que las Instituciones aseguradoras y prestadoras del Sistema General de Seguridad Social en Salud adopten y apliquen dentro de un término no superior a seis (6) meses, un Código de conducta y de buen gobierno que oriente la prestación de los servicios a su cargo y asegure la realización de los fines de la presente Ley.

i. Autorizar la constitución y/o habilitación y expedir el certificado de funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo y Subsidiado.

j. Las demás que conforme a las disposiciones legales se requieran para el cumplimiento de sus objetivos.

Parágrafo. Para el cumplimiento de su función de inspección y vigilancia, la Superintendencia Nacional de Salud podrá contratar la realización de programas o labores especiales con firmas de auditoría.

Ahora bien, es importante indicar que, en cuanto a la intervención forzosa adelantada por la Superintendencia Nacional de Salud, el Decreto 3023 de 2002 dispone:

Artículo 1º. La Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o contributivo en las Entidades Promotoras de Salud y Administradoras del Régimen Subsidiado, cualquiera sea su naturaleza, de conformidad con la evaluación previa, el grado y la causa de la falta, anomalía e ineficiencia en la prestación de los servicios de salud.

Para tales efectos, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará las normas de procedimiento previstas en el Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999 y el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

Artículo 2º. Cuando se trate de la intervención forzosa administrativa para la liquidación total de un ramo o programa del régimen subsidiado o del régimen contributivo, la Superintendencia Nacional de Salud designará como liquidador para adelantar dicho proceso al Representante Legal de la entidad autorizada para operar el ramo o programa correspondiente y como Contralor el Revisor Fiscal de la misma.

No obstante, cuando la intervención para liquidar a la que se hace referencia en el artículo 1º del presente decreto se origine en conductas imputables al Representante Legal o al Revisor Fiscal o cuando estos incurran en violaciones a las disposiciones legales o incumplan las órdenes o instrucciones impartidas por el ente de control, la Superintendencia Nacional de Salud deberá solicitar su remoción para que el órgano nominador correspondiente proceda a designar su reemplazo en forma inmediata. Cuando no se atienda esta orden, la Superintendencia Nacional de Salud procederá a designar en forma temporal al Liquidador y al Contralor.

Atendiendo los argumentos aludidos por la parte actora, el Despacho realizará un análisis de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia Nacional de Salud, efectos de constatar incurrió en las fallas advertidas en la presente demanda:

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución No. 0001842 del 3 de julio de 2012⁴, además de revocar el certificado de habilitación para la operación y administración de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja – CAFABA, en su programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado EPSS, y adoptar la toma de posesión inmediata de los bienes, haberes y negocios, dispuso la intervención forzosa administrativa para liquidar dicho programa.

De la lectura de la parte motiva de dicha Resolución se advierte que, entre otras cosas se

⁴ https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/Resoluciones/R_2012_Norma_1842.pdf

precisó:

Finalmente se advierte que en virtud de la revocatoria total de la habilitación, que como consecuencia del retiro voluntario DEL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPSS DE LA CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BARRANCABERMEJA "CAFABA EPSS" debe adoptar la Superintendencia Nacional de Salud, en el acto administrativo que resuelva dicha decisión, se determinará si esta entidad procederá a efectuar la toma de posesión de bienes, haberes y negocios y adoptar las medidas cautelares tendientes a liquidar EL PROGRAMA DE ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO EPSS". o si, por el contrario, se adopta la decisión de que la entidad objeto de revocatoria total, proceda de acuerdo con sus propios estatutos, previas las instrucciones de ésta Superintendencia.

La CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE BARRANCABERMEJA – CAFABA mediante escrito radicado el 06 de marzo de 2012. NURC 1-2012-018925, reitera la decisión de retiro voluntario voluntad del Programa de Entidad Promotora de Salud del Régimen Subsidiado en los departamentos de Atlántico y Santander y adjunta copias de las notificaciones de retiro voluntario enviados a la Secretaría de Salud del Atlántico y a los Personeros municipales de cada uno de los municipios para que apoyen el proceso de veeduría, vigilancia y control al proceso de entrega de usuarios y terminación del programa del Régimen Subsidiado.

A través de comunicado NURC 2-2012-020460 del 30 de marzo de 2012 y dando respuesta a requerimiento, la Delegada de Atención en Salud de la Superintendencia Nacional de Salud se dirige a la Secretaría de Salud del Atlántico, con el fin de aclarar y dar instrucciones para llevar a cabo el proceso de Retiro Voluntario de Operación de Régimen Subsidiado en los municipios donde opera el Programa de Salud de la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR DE BARRANCABERMEJA – CAFABA.

De igual manera, se advierte que en dicha resolución se designó como Agente Liquidador del programa de entidad promotora de salud del régimen subsidiado de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja – CAFABA, a la doctora Claudia González Botero, decisión que fue objeto de modificación mediante Resolución No. 2792 del 11 de septiembre de 2012.

En el presente asunto tenemos que, mediante escrito del 29 de noviembre de 2011, la Directora Administrativa de la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja informó que debido a los resultados negativos registrados por el Programa EPS Régimen Subsidiado, y adicionalmente debido a las múltiples recomendaciones emitidas por la Superintendencia de Subsidio Familiar de desmontar los programas de salud, habían tomado la decisión de retirarse de la administración del Régimen Subsidiado en los Departamentos de Santander y Atlántico. En consecuencia, la Superintendencia Delegada para la atención en Salud informó a la Caja de Compensación Familiar de Barrancabermeja – CAFABA, las consecuencias legales del retiro voluntario.

De igual manera, se advirtió que conforme al concepto emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social y pese a la decisión de retiro del programa Régimen Subsidiado en Salud, la entidad debía garantizar la continuidad del aseguramiento de sus afiliados hasta tanto no se realizara el traslado del último de ellos conforme a las normas que regulaban el tema.

Así las cosas, tenemos que ante la solicitud de retiro voluntario del programa Régimen Subsidiado en Salud, la Supersalud revocó totalmente la habilitación para la operación y administración del régimen subsidiado del programa de entidad promotora CAFABA.

En este orden de ideas, el Despacho advierte que las actuaciones adelantadas por la entidad demandada se ajustaron al ordenamiento jurídico, en tanto que, una vez tuvo en conocimiento la solicitud de retiro voluntario por parte de CAFABA, adelantó las respectivas actuaciones a efectos de dar trámite a la petición elevada, incluso requiriendo concepto al Ministerio de Protección Social, y en consecuencia determinando que, no existía otro camino legal que revocar totalmente la habilitación para la operación y administración del régimen subsidiado de la EPS CAFABA.

En consecuencia, es claro que, en ejercicio de sus funciones de control y vigilancia, la Supersalud expidió Resolución No. 0001842 del 3 de julio de 2012, en la que se adoptó la medida cautelar de toma preventiva de los bienes, haberes y negocios y de intervención forzosa administrativa para para liquidar dicho programa.

A juicio de la parte actora, las acreencias debidas por la EPS CAFABA a la Clínica del Riñón fueron objeto de reconocimiento por parte del agente liquidador por la suma de \$79.724.007, no obstante, la Caja de Compensación CAFABA se encontraba liquidada y sus activos no alcanzaron a pagar el valor adeudado. Al respecto, es importante indicar que dicha circunstancia no es imputable a la Superintendencia Nacional de Salud en tanto que, los actos del liquidador son independientes y autónomos a la actuación de la entidad demandada, por lo que, si la parte actora se encontraba en desacuerdo con las determinaciones del liquidador, debió ventilar su inconformidad en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, y en todo caso, el no pago de la acreencia se dio por la insuficiencia de recursos que se dieron al interior de la entidad, aspecto que no se le puede trasladar a las demandadas, quienes unas vez tuvieron conocimiento de las actuaciones de CAFABA, adoptaron su intervención y liquidación.

- De la falla del servicio del Ministerio de Salud y Protección Social

Como se expuso en párrafos anteriores, la parte actora alude la falta de control por parte de las entidades demandadas.

Para el caso que, no ocupa encontramos que en lo respecta a la participación de dicho Ministerio en la situación planteada en el caso objeto de estudio, se advierte que, con ocasión a la solicitud elevada por la Supersalud al Ministerio en relación al retiro voluntario de la EPS, esta cartera expidió oficio No. 23929 del 22 de diciembre de 2011, en el que, entre otras cosas, se indicó:

"A la anterior conclusión también se llega, si se analiza lo previsto en el Artículo 16 del Acuerdo 415 de 2009, en el sentido de que el régimen subsidiado es obligatorio garantizar la continuidad, por ende, el retiro voluntario de la EPS-S sólo podrá hacerse efectivo una vez se haya garantizado la continuidad del Aseguramiento y la prestación del servicio de salud de sus afiliados pues tal y como ya lo expresó la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-170 de 2010, la continuidad no puede verse afectada alegándose razones legales o administrativas como sería en este caso el retiro voluntario de EPS-S".

El Despacho considera que el daño alegado por la parte actora, es decir la imposibilidad de pago de las acreencias reconocidas a su favor, en nada tiene que ver con las actuaciones adelantadas por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Así las cosas, el Despacho considera que en el presente asunto no se advierte la falla en el servicio aludida por la entidad demandante, en tanto que, no se acreditó que la falta de pago a la entidad demandante hubiese ocurrido con ocasión a la omisión del referido Ministerio, es decir que no obra prueba que corrobore la partición de dicha entidad en la producción del daño invocado por la parte actora.

Así las cosas, si bien no fue sufragada la acreencia reconocida a la parte demandante, dicha situación no le resulta imputable a las entidades demandadas, como quiera que la función de estas no implica garantizar el patrimonio de quienes hacen negocios con sus vigiladas, pues en este caso, dicho aspecto obediencia administración que se dio a CAFABA y cuyos recursos no fueron suficientes para sufragar todas las obligaciones que había contraído.

6. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado, debe resolverse de manera negativa, por cuanto no se encuentra acreditado la falla en el servicio aludida por la parte actora.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

IV RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
JUEZ

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362016-0036800
Demandante :	Luis Alberto Fino Lagos y Otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 111**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, los señores Luis Alberto Fino Lagos, Araly Bernal García en su nombre y representación en su menor hijo Daniel Steven García Bernal, José de Jesús Bernal, Angi Viviana Hernández Puentes, en su nombre y representación de sus menores hijos Josep Thomas Fino Hernández y Angi Camila Sarmiento Hernández; Diana Patricia Triana Triviño en nombre de su menor hija María Fernanda Fino Triana, Wilmer Yesid Fino Avendaño, Jemmy Jenith Fino Bernal, Luis Alberto Fino Ramírez, Miguel Ángel Fino Bernal, María Elcy Sepúlveda Acevedo en representación de su menor hijo Edwin Fernando Fino Bernal y Claudia Viviana James Cristancho en representación de su menor hija Sofia Fino James presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados por el fallecimiento del señor Edwin Fernando Fino Bernal, en una patrulla de la Policía Nacional, en hechos ocurridos el 8 de marzo de 2016.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 212 a 217 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora señaló que, el día 8 de marzo de 2016 el señor Edwin Fernando Fino Bernal fue privado de la libertad por parte de unos auxiliares de la Policía Nacional, por lo que fue trasladado a las instalaciones de la Estación de Policía de Zipaquirá, lugar en el que fue dejado por los uniformados.

Indicó que, a pesar de que el señor Edwin Fernando Fino fue aprendido presuntamente por la comisión de un delito, no fue puesto a disposición de la autoridad competente, en tanto que no se efectuó registro, es decir que, no le fueron retirados los cordones de sus zapatos con los que al parecer se quitó la vida, de igual manera, tampoco se esposó al momento de ingresarlo al vehículo de la Policía Nacional, automotor en donde fue encontrado sin vida.

Señaló que, la entidad demandada omitió dar cumplimiento a los preceptos dispuestos por el ordenamiento jurídico, circunstancia por la que era administrativamente responsable por el

fallecimiento del señor Edwin Fernando Fino Bernal, en tanto que, no se adoptaron las medias para que el referido fuera puesto a disposición de la autoridad competente.

1.3.- Contestación de la demanda

La entidad demandada no presentó escrito de contestación.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 2 de diciembre de 2016 (f.255 c. principal), mediante auto del 19 de enero de 2017, se admitió la demanda (f. 256 c. principal).

El 7 de marzo de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 318 a 320)

Finalmente, el 23 de mayo de 2019, se adelantó continuación de audiencia pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 327 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito del 28 de mayo de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

Indicó que, la conducta de los funcionarios de la Policía Nacional no estuvo apegada a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, en tanto que, no se adelantaron las actuaciones requeridas dentro del trámite policivo.

Señaló que, a la víctima no se le brindaron las garantías propias a la condición que ostentaba para la fecha de los hechos, esto es, privado de la libertad, situación que vulneró la posición de garante.

Refirió que, todos los funcionarios de la institución demandada que tuvieron contacto con el señor Edwin Fino asumieron una conducta negligente en no llevar a la víctima a la Unidad Permanente de Justicia.

1.5.2. Policía Nacional

A través de escrito del 6 de junio de 2019, la entidad demandada allegó escrito de alegatos de conclusión, en los que refirió que en el presente asunto no se encontraba acreditada la existencia de una falla del servicio por parte de la Policía Nacional, toda vez que la decisión de quitarse la vida fue del señor Edwin Fernando Fino Bernal, es decir, dentro de su esfera personal.

Manifestó que, atendiendo que se trató de una decisión personal en la que se puso en riesgo, dicha circunstancia que conllevaba a que se configurara la causal de exoneración de responsabilidad de *hecho exclusivo de la víctima*, por lo tanto, el daño aludido en el caso objeto de estudio no era atribuible a la entidad.

Finalmente indicó que, en el presente asunto no existía ningún tipo de responsabilidad administrativa o patrimonial respecto de la Policía Nacional por la muerte del señor Edwin Fino Bernal, en tanto que, era evidente la carencia probatoria para demostrar los presuntos daños que se reclaman en la demanda.

1.5.3. El agente del Ministerio Público No presentó concepto.

II. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del señor Edwin Fernando Fino Bernal cuando se encontraba a cargo de uniformados de la Policía Nacional.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante, por el fallecimiento del señor Edwin Fernando Fino Bernal, cuando se encontraba en la estación de Policía del Municipio de Zipaquirá.

4. Régimen jurídico aplicable

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de conformidad a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, **jurídicamente imputable a la administración**; y *iii)* **una relación o nexo de causalidad entre estos elementos**, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de las autoridades públicas de que se trate.

4.1 De la falla del servicio

En lo que, respecta al título de imputación aludido por la parte actora –*falla del servicio*– el H. Consejo de Estado² ha precisado:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²⁶. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”.

5. Prueba trasladada

Previo a proceder con el análisis del caso concreto, el Despacho advierte que la parte actora solicitó que a este expediente se allegara el proceso adelantado por el Juzgado 185 de Instrucción Penal Militar, por la muerte del señor Edwin Fernando Fino Bernal y que así mismo, se remitiera la investigación disciplinaria que se adelantó por los mismos hechos.

En audiencia inicial llevada a cabo el 7 de marzo de 2019, se decretó las pruebas solicitadas por la parte actora.

A través de Oficio radicado el 24 de agosto de 2018³, el apoderado de la parte actora allegó copia de la investigación disciplinaria DECUN.2016-261, así mismo, mediante oficio No. 0635 del 28 de marzo de 2019, el Juzgado 185 de Instrucción Penal Militar remitió las diligencias adelantadas dentro de la investigación preliminar 1230⁴

Respecto a la valoración de la prueba trasladada, el H. Consejo de Estado⁵ ha precisado:

“Frente a la valoración de la prueba trasladada, esta Corporación ha señalado que aquella debe cumplir con los requisitos previstos en la normativa procesal –artículo 185

³ Folio 1 cuaderno No. 1

⁴ Cuaderno No. 2

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 3 de octubre de 2019, Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00387-01(48049)

del Código de Procedimiento Civil⁶—, es decir, que hubiere sido solicitada en el proceso contencioso administrativo por la parte contra la cual se aduce o que hubiere sido practicada con audiencia de esta, pues, de lo contrario, no podría ser valorada en el proceso al cual se traslada.

De igual manera, se ha dicho que cuando el traslado de las pruebas fue solicitado por ambas partes, aquellas pueden ser valoradas aun cuando hubieren sido practicadas sin su citación o su intervención en el proceso original y sin su ratificación en el proceso contencioso administrativo, porque, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que una prueba haga parte del acervo probatorio, para luego, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invocar las formalidades legales para su inadmisión.

Atendiendo el anterior criterio jurisprudencial, el Despacho le otorgará valor probatorio a los documentos, informes y testimonios que conforman los procesos penal y disciplinario y en consecuencia se valorarán junto con las demás pruebas que reposan en el expediente.

6. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por el fallecimiento del señor Edwin Fernando Fino Bernal cuando se encontraba en la estación de Policía de Zipaquirá, circunstancia que presuntamente acaeció ante la omisión de los funcionarios que tenían a cargo la custodia de la víctima.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”*⁷.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado: erige

*“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”⁸ (Negrilla fuera del texto)*

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

⁶ «Artículo 185. Prueba trasladada. Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella».

⁷ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁸ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

- El registro civil de defunción del señor Edwin Fernando Fino Bernal que reporta como fecha de la misma el 8 de marzo de 2016 (fl. 39).

De igual manera, se advierte que obra informe pericial de necropsia No. 201601012589900014⁹, en el que entre otras cosas se indicó:

"El presente caso hace referencia a un hombre adulto joven e identificado, retenido legalmente por la policía de Zipaquirá, quien fuera encontrado sin vida dentro de un vehículo policial en el parqueadero de la Estación de la Floresta de la misma ciudad, con un cordón de zapatos sujetado alrededor del cuello y fijado al techo del automotor. Una vez se practicó el examen de necroscópico exhaustivo del cuerpo, se halló una lesión única por ahorcamiento, al evidenciarse alrededor de todo el cuello de la víctima, un surco equimótico por presión en sentido oblicuo, causado por un cordón de zapatos de tenis (galón). Dicho surco era de localización suprahioidea y no dibujaba el patrón de trenzado o de superficie dicho elemento sujetador. Esta lesión por compresión extrínseca del cuello, causó de manera directa e inmediata una asfixia mecánica; este cuadro asfíctico desencadenó una anoxia severa; la cual puede definirse para efectos prácticos, como el mecanismo fisiopatológico que causó de manera directa el deceso de la víctima".

Del análisis de las anteriores pruebas se desprende que el primer elemento de la responsabilidad se encuentra acreditado, por cuanto el señor Edwin Fernando Fino Bernal falleció el 8 de marzo de 2016, como consecuencia de una asfixia mecánica.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

-Obra informe No. S-2019010438 del 9 de marzo de 2016, suscrito por el Comandante de Distrito Nueve de Policía de Zipaquirá, en el que se indicó:

De manera atenta y respetuosa me permito informar a mi Coronel, que siendo aproximadamente las 22:10 horas del día de ayer 08/03/2016 soy informado verbalmente por parte del Intendente Jefe LARA MENDOZA HERNANDO quien al momento se desempeñaba como comandante encargado de la estación de Policía de Zipaquirá, el cual me manifiesta que el Intendente DURANGO YEPES DADIR DONEY comandante sección de vigilancia de primer turno con el indicativo ALFA 1, le había informado que al verificar el vehículo panel de siglas 19-0055, en el cual iba a realizar primer turno, al momento de revisar el compañero de patrulla Patrullero RODRIGUEZ DAGUA RICAURTE abre la puerta posterior del mismo y observa una persona de sexo masculino semi sentada colgada con un cordón a la altura del cuello a la parte del techo del vehículo, es así que inmediatamente viene a informarme de la novedad. Informo a mi coronel que una vez observo la situación procedo inmediatamente a informarle a mi Coronel señor Comandante de Departamento de Policía Cundinamarca, de igual manera solicito apoyo a las unidades de la SIJIN y SIPOL para la respectiva investigación.

Al indagarle al intendente Jefe LARA MENDOZA HERNANDO sobre las circunstancias de tiempo, modo, lugar y motivo por el cual esta persona se encontraba dentro de las

⁹ Folio 40 a 52 c.1

instalaciones policiales y dentro de un vehículo policial, manifestó que al parecer dicha persona había sido conducida por el personal que se encontraba de servicio en la plaza de mercado a la estación de Policía. Se le ordena de manera inmediata que cite al personal que se encontraba de servicio en ese lugar y demás personal que estaba de servicio en la estación de Policía Zipaquirá.

(...)

El intendente Jefe LARA MENDOZA HERNANDO comandante encargado de la estación de Policía Zipaquirá, mediante oficio n° 35 d fecha 08/03/2016 informa que estaban de servicio en la plaza de mercado, al mando del señor Patrullero ALVAREZ MUÑOZ CESAR, los auxiliares bachilleres HAROLD CASTRO, OMAR CASTILLO, CRITIAN RODRIGUEZ, JESUS ALBERTO PINO, HECTOR PEÑA, JUAN BETANCURT, JULIAN MARTINEZ y en la plaza de ferias al mando del señor SI. ORDÓÑEZ PACHECO CRISTIAN, auxiliar de Policía SANDOVAL LEON WUILMER, auxiliar bachiller MIGUEL GARNICA, auxiliar bachiller MARTINEZ CHIRIBI, como radioperador de servicio y a su vez cumpliendo las funciones de jefe de información de instalaciones el señor Subteniente GUTIERREZ REYES JUAN, el auxiliar bachiller ALEXANDER ROZO VARGAS se encontraba de servicio de información en la guardia, y el señor Intendente FERNANDEZ MADRID JOSE LUIS como comandante de sección de vigilancia de tercer turno. Le informo a mi Coronel que el Intendente FERNANDEZ MADRID JOSE LUIS además de ser jefe de vigilancia de tercer turno de los tres cuadrantes era el encargado de realizar el traslado a la Unidad Permanente de Justicia UPJ de las personas que son conducidas a esa instalación por diferentes contravenciones.

Posteriormente cuando se presentó el personal a la estación y al consultar sobre qué policial había ingresado a la persona que se encontraba al parecer suicidada al interior de la panel, el auxiliar bachiller ALEXANDER ROZO VARGAS quien se encontraba de servicio de información en la guardia, al momento del ingreso del sujeto antes mencionado manifestó que el personal de auxiliares que se encontraban de servicio en la plaza de mercado había conducido a una persona de sexo masculino que al parecer pretendía hurtar unos elementos en el establecimiento de razón social "EL PREMIER" ubicado en la carrera 7 n° 11-15 barrio la floresta de esta ciudad quien procede a informar al señor Intendente FERNANDEZ MADRID JOSE LUIS, quien se encontraba como comandante de la sección de vigilancia de tercer turno para que trasladara al individuo a la Unidad Permanente de Justicia UPJ según manifiesta el auxiliar le informa al señor Subteniente GUTIERREZ REYES JUAN radioperador de servicio y jefe de información de las instalaciones para que nuevamente le recordara al Intendente FERNANDEZ MADRID JOSE LUIS que trasladara al sujeto la Unidad Permanente de Justicia UPJ en vista que no llegó nadie a recogerlo el auxiliar bachiller ALEXANDER ROZO VARGAS procedió a ingresarlo al vehículo panel de siglas 19-0055 hasta que llegaran a recogerlo, igualmente finalizó su servicio aproximadamente a las 19:30 horas entregando el servicio al señor auxiliar de policía VARGAS ARGUELLO ERICK.

Le informo a mi Coronel que el señor Subintendente GUTIERREZ REYES JUAN, de forma irresponsable se fue de la estación de Policía Zipaquirá donde estaba realizando tercer turno ubicada en la carrera 7 n° 7-81 barrio floresta, hasta las instalaciones del distrito de Policía Zipaquirá ubicado Kilómetro 3 vía Zipaquirá – Cajicá, Vereda la Fragueta, sin coordinar y dejar un reemplazo que cumpliera las funciones de jefe de información de las instalaciones, sin prever que en la guardia de la estación Zipaquirá, se quedaba un auxiliar bachiller el cual necesita supervisión de un profesional de Policía. Así mismo en el momento de la conducción de la persona a la estación de Policía, el señor Patrullero ALVAREZ MUÑOZ CESAR, quien se encontraba al mando de los auxiliares en la plaza de mercado no los apoyó desconociéndose el motivo.

También informo a mi Coronel que la inspección técnica a cadáver fue realizada por el laboratorio móvil de criminalística de la dirección central de Policía Judicial e Interpol "DIJIN" y junto con las diligencias judiciales será puesto a disposición de la fiscalía de turno del municipio de Zipaquirá Cundinamarca".

Así mismo, se observa que obra minuta de fecha 8 de marzo de 2016¹⁰, en la que se registró la siguiente anotación:

"A la hora y fecha en mención se deja constancia la novedad acaecida cuando nos disponíamos a salir a servicio de vigilancia primer turno, el Sr. Pt. Rodríguez Dagua Ricaute conductor de Alfa I, revisa el vehículo panel 19-0055 y abre la puerta posterior del mismo donde observa una persona de sexo masculino, semi sentado, colgado con un cordón a la altura del cuello a la parte del techo del vehículo al parecer suicidio, el señor PT. Rodríguez Dagua me informa la novedad en mención. la cual se verifica y a su vez procedió a informar al Sr. IJ. Hernando Lara Mendoza Comandante (E) Estación de Policía de Zipaquirá. IT. Dadir Durango Yepes Alfa I primer turno".

Por otra parte, se advierte que atendiendo los hechos acaecidos el 8 de marzo de 2016, se expidió auto de apertura de indagación preliminar No. P-DECUN-2016-97. Así mismo, se encuentra que mediante auto de citación a audiencia y formulación de cargos SIJUR DECUN-2016-262¹¹, entre otras cosas, se dispuso:

*Por otra parte el despacho debe señalar que una vez analizadas las diferentes actuaciones de los policiales involucrados en la presente investigación, observa cómo los señores Auxiliares de Policía Bachiller **HAROLD FERNEY CASTRO AGUIR**; Auxiliar de Policía Bachiller **OMAR ESTIBER CASTILLO ALARCON**; Auxiliar de Policía Bachiller **CRISTIAN CAMILO RODRIGUEZ VILLAMIL**; Auxiliar de Policía Bachiller **JESUS ALBERTO PINO ANAYA**; Auxiliar de Policía Bachiller **JUAN PABLO BETANCUR CHAPARRO** y Auxiliar de Policía Bachiller **JULIAN ANDRES MARTINEZ RESTREPO**, no afectaron su deber funcional por el contrario, realizaron las correspondiente actuaciones que ellos atañían, dado que las pruebas señalan que encontrándose de servicio en la plaza de mercado, fueron requeridos por la ciudadunía, que les indicaron que la persona que tenían allí aprehendida acabada de intentar hurtar una botella de aguardiente, notan que la misma se encuentra bajo los efectos de bebidas embriagantes y que por consiguiente deben proceder a trasladar a la estación de policía para que un profesional asuma el procedimiento y le lleve a buen término, el expediente cuenta con el testimonio del señor **EDUARDO FAVIAN SEPULVEDA PEREZ** folio 76 del C.O. quien como empleado del establecimiento confirma tal hecho.*

(...)

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Citar a audiencia disciplinaria y formular cargos bajo el radicado SIJUR DECUN-2016-262, al señor Intendente **JOSE LUIS FERNANDEZ MADRID** identificado con cedula de ciudadanía No. 78.739.645 expedida en Sahagún Córdoba, de acuerdo a las consideraciones expuestas en el presente auto.

De igual manera, el presente asunto encontramos que se adelantó investigación preliminar 1230 adelantada con ocasión de la muerte del señor Edwin Fernando Fino Bernal en hechos acaecidos el 8 de marzo de 2016, en la estación de Policía de Zipaquirá.

Del estudio que, se hace de las piezas procesales de dicha investigación se advierte que obra

¹⁰ Folio 87 c.1

¹¹ Folio 192 a 196 c. 2 de pruebas

declaración juramentada ante el Juzgado 185 de Instrucción Penal Militar, del auxiliar bachiller Omar Estiber Castillo Alarcón¹², de la que extrae: (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

PREGUNTADO: *HÁGALE AL DESPACHO UN RELATO CLARO, PRECISO Y DETALLADO DE TODOS LOS HECHOS QUE A USTED LE CONSTEN Y PUEDA DAR FE DE LOS MISMOS, OCURRIDOS EL PASADO 08 DE MARZO DE 2016 CUANDO SE PRESENTA EL FALLECIMIENTO DEL SEÑOR EDWIN FINO AL INTERIOR DE UNA PATRULLA DE LA POLICÍA NACIONAL-CO***TESTÓ:** *eran aproximadamente las siete de la noche o siete y cuarto de la noche, me encontraba en la plaza con mi compañero BETANCOUR, MARTINEZ Y CRISTIAN RODRIGUEZ, después nos piden apoyo el AB. CASTRO, llegó corriendo y nos dijo que lo acompañáramos porque al parecer, había un hombre que había cometido un hurto y tenía un arma blanca, además nos dijo que al parecer, también se encontraba en estado de embriaguez, en ese momento cuando llegamos al supermercado donde pidieron el apoyo, el AB. CASTRO ya le había quitado el arma blanca y lo tenía controlado, de ahí nos dirigimos a trasladarlo hasta acá, pues a veces uno llama al ALFA y no salen al medio y como estábamos tan cerca y hacía poco habían reportado que el ALFA se encontraba atendiendo un caso, pues no lo solicitamos ni nada, entre todos tomamos la decisión de llevarlo hasta la Estación, en esa actividad nos demoramos entre cinco y diez minutos, pues el hombre estaba en estado de embriaguez, ya al trasladarlo llegamos a la estación donde se encontraba el AB. ROZO, al cual le informamos del caso y este se disponía a llamar al ALFA por el radio, el cual dice que estaba ocupado, por eso el AB. ROZO decidió dejarlo en la panel mientras él llegaba porque estaba ocupado en un caso. En ese momento el hombre dice que no lo vallamos a judicializar, el hombre estaba asustado porque pensaba que lo íbamos a judicializar porque al parecer tenía antecedentes. Nosotros lo dejamos allí, ROZO lo llevó a la panel y luego nosotros formamos para la retirada porque ya iban a ser las ocho de la noche. Posteriormente me llaman como a la una y media de la mañana en la cual me informan que llegara a la Estación que al parecer, el hombre que habíamos trasladado del supermercado a la Estación había fallecido. Cuando llegamos a la Estación fue que nos enteramos.*

De igual manera, dentro de dicha investigación obra declaración bajo juramento del auxiliar bachiller Alexander Roza Vargas¹³, quien señaló haber ingresado a la víctima a la patrulla, (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

PREGUNTADO: *INFORMELE AL DESPACHO SI TIENE CONOCIMIENTO DE UNA NOVEDAD QUE SE PRESENTO EN LA ESTACION DE ZIPAQUIRA PARA EL DIA 8 DE MARZO DE 2016, DE SER ASI, HÁGALE AL DESPACHO UN RELATO CLARO, PRECISO Y DETALLADO DE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON***CONTESTÓ:** *Ese día yo entregaba el turno a las 19:00 horas, estaba solo en la guardia, ya que el comandante, guardia y radioperador era el SI. GUTIERREZ DIEGO, mi coronel WILSON LOPEZ SALAZAR le había dado la orden de que se dirigiera al distrito a subir la operatividad ya que en la estación un trueno había dañado el internet, me recibía el auxiliar de policía VARGAS ERICK, pero no me llegaba a recibir y como a las 19:30 llegaron mis compañeros AB. MARTINEZ JULIAN y otros compañeros que no recuerdo el nombre y traían al señor EDWIN FINO ellos manifestaban que se iba a hurtar una botella de aguardiente en un supermercado y medio de Mustang, ellos trajeron al muchacho y lo dejaron hay en la guardia en el momento en que ellos me manifiestan que el señor se iba a hurtar la botella de aguardiente y medio de Mustang, yo le modulo a mi Intendente FERNANDEZ JOSE, le manifiesto que me colabore en la guardia para un UPJ, el me contesto que 5-4 que ya*

¹² Cuaderno No. 2 folio 107

¹³ Cuaderno No. 2 folio 62

venía, como a los cinco minutos, volvió y me moduló y me dijo que tuviera al UPJ hay que mirara en donde lo metía o donde lo tenía, mientras iba a apoyar al cuadrante tres, a las 19:40 horas ingrese al señor EDWIN FINO a la panel y a las 19:45 horas entregue el servicio de punto de información al señor Auxiliar de policía VARGAS ERICK, le di a conocer a mi compañero que me recibió el turno que en la segunda panel de aquí para allá, había un UPJ que ya le había modulado a mi IT. FERNANDEZ JOSE para que lo recogiera y me había dicho que ya venía, mi compañero me dijo que bueno, que apenas llegara el Intendente Fernández lo sacaba, me acuerdo tanto de la hora porque yo estaba hablando por celular, entregue a las 19:45 horas y me fui, como a las 23:30 horas me llaman al celular y me informan que el sujeto se había suicidado con un cordón de unos tenis que tenía, mi sargento nunca llegó a recogerlo. **PREGUNTADO** MANIFIESTE AL DESPACHO SI CUANDO INGRESO AL SEÑOR EDWIN FINO A LA PANEL LE PRACTICO ALGUN TIPO DE REQUISA, CONTESTO en el momento en que mis compañeros lo ingresaron a la guardia lo requisan nuevamente ya que en el supermercado lo habían requisado y le encontraron un cuchillo, yo no lo requise porque mis compañeros lo requisaron acá en la guardia. **PREGUNTADO** MANIFIESTE AL DESPACHO SI AL PERSONAL QUE SE CONDUCE A LA UPJ, SE LE DEBE APLICAR UN PROTOCOLO ESPECIAL DE REQUISA DE SER ASI, INFORMELE AL DESPACHO CUAL ES CONTESTO Si, se les debe aplicar se les debe quitar los cordones, el cinturón, las cadenas. **PREGUNTADO** MANIFIESTE AL DESPACHO SI TIENE CONOCIMIENTO SI SUS COMPAÑEROS LE PRACTICARON ESE PROTOCOLO AL SEÑOR EDWIN FINO CONTESTO El proceso de requisita si, se le requiso que no tuviera ni cuchillos ni navajas, pero no me percate de los cordones en el momento de ingresarlo a la panel. **PREGUNTADO** MANIFIESTE AL DESPACHO SI EL SEÑOR EDWIN FINO CUANDO LO CONDUJO A LA PANEL LE MANIFESTO ALGUNA SITUACION ESPECIAL O LE DIJO ALGO CONTESTO El me dijo que el si se iba a hurtar la botella de aguardiente pero que lo dejara ir que no quería ir a la cárcel, que hace diez días había sido papá. **PREGUNTADO** MANIFIESTE AL DESPACHO QUE ASPECTO TENIA EL SEÑOR EDWIN, COMO ERA SU ESTADO ANIMICO CONTESTO El tenía olor a trago, se notaba como si estuviera borracho. **PREGUNTADO** MANIFIESTA AL DESPACHO SI TIENE CONOCIMIENTO DE CUANTO TIEMPO DURO EN LA PANEL EL SEÑOR EDWIN FINO CONTESTO La verdad no se, no tengo conocimiento porque a las 19:40 horas lo ingresé y me fui a las 19:45 horas".

A su vez, se advierte que dentro de dicha investigación se recaudó la declaración del señor José Luis Fernández Madrid¹⁴ de la que se extrae: (se transcribe de forma literal, con posibles errores incluidos):

PREGUNTADO: DÍGALE AL DESPACHO A QUÉ HORAS RECIBE USTED LA SOLICITUD POR PARTE DE LOS AUXILIARES PARA QUE TRASLADARAN AL SEÑOR EDWIN FINO HASTA LAS INSTALACIONES DE LA UPJ.- **CONTESTÓ:** En el momento en que me están pidiendo apoyo, eso fue casi simultáneo, eso serían por ahí las 19:40 horas, no estoy muy seguro pero recuerdo que era de noche, ellos en ningún momento me comentaron sobre el caso, solo el que se encontraba como comandante de guardia, quien tampoco manifestó quien había conducido esta persona hasta la Estación.

De igual manera, de los testimonios rendidas por los auxiliares bachilleres Harold Ferney¹⁵, Castro Juan Pablo Betancur¹⁶ y Julián Andrés Martínez¹⁷, se advierte que estos se encontraban manteniendo el orden en la plaza de mercado de la ciudad de Zipaquirá, cuando recibieron

¹⁴ Cuaderno No. 2 folio 149

¹⁵ Cuaderno No. 2 folio 76

¹⁶ Cuaderno No. 2 folio 80

¹⁷ Cuaderno No. 2 folio 95

requerimiento por parte del personal de un supermercado, quién señaló que, había una persona que había hurtado una botella de aguardiente, al llegar al lugar se percatan de que este hombre portaba un arma blanca, procediendo a despojar al individuo de dicho artefacto y ante la reacción de las personas decidieron trasladarlo a la estación de policía de Zipaquirá. De igual manera, se hizo alusión al estado de embriaguez en la que se encontraba el señor Edwin Fino.

El Despacho encuentra que, el 9 de julio de 2018, el Departamento de Policía – Oficina de Control Disciplinario Interno emitió fallo de primera instancia dentro del proceso SIJUR DECUN- 2016-262¹⁸, revisado el mismo se observa que, entre otras cosas, se dispuso:

(....)

RAZONES DE LA SANCIÓN

Analizadas entonces las pruebas recaudadas, el despacho encuentra procedente proferir fallo de responsabilidad en contra del aquí disciplinado, habida cuenta que dentro del paginario obran pruebas que indican, certificación y son contundentes en demostrar con grado de certeza que se obró contrarió al deber funcional, dando margen así al reproche que se le hace, pues claramente el deber que le correspondía era atender todo caso y motivo de policía, pero de manera superior aquellos eventos en los que encontraba una personas retenidas, capturadas etc., de manera que sin duda debió actuar rápida y decisivamente como le correspondía cuando le fue advertida la aprehensión de una persona y la permanencia de la misma en las instalaciones policiales, cosa que no hizo dando lugar a tan lamentable resultado.

(...)

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Responsabilizar disciplinariamente al señor Intendente JOSE LUIS FERNANDEZ MADRID, identificado con cedula de ciudadanía No. 78.739.645 Expedida en Sahagún Córdoba y en consecuencia imponer como sanción **MULTA DE VEINTICINCO (25) DIAS**, por cuanto su conducta constituye falta disciplinaria como quedó expuesto en la parte motiva del presente fallo.

Por otra parte, se observa que, a través de providencia del 31 de agosto de 2018 el Juzgado 185 de Instrucción Penal Militar resolvió la indagación preliminar 1230¹⁹ “seguida en contra de personal en averiguación por la presunta comisión del delito en averiguación”.

De la lectura de dicha providencia se extrae lo siguiente:

“Finalmente, se debe recordar que de manera general, para realizar la imputación de comportamientos o de resultados, en los tipos penales imprudentes que exigen relación casual, como el caso bajo estudio, se requieren tres presupuestos normativos: a) la determinación de la posición de garante, b) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y, c) la concreción del riesgo en el resultado o relación con el resultado; debiéndose precisar que los anteriores criterios, se surten entre otros del principio de confianza, de las acciones a propio riesgo, de la prohibición de regreso y el instituto del riesgo permitido”.

En relación a los presupuestos que contempla la jurisprudencia anotada tenemos:

- *A). Situación de peligro para el bien jurídico; Cuando al señor EDWIN FINO lo ingresan a la panel, no le están menoscabando ningún derecho, ni están poniendo en peligro*

¹⁸ Folio 294 297 c. 2 de pruebas

¹⁹ Folio 749 a 770 c.6 de pruebas

ningún bien jurídico tutelado y menos el que se vulneró (como fue la vida).

- B). La omisión de la conducta debida, esto es, el no actuar teniendo el deber de hacerlo para evitar el resultado, en este caso no observa este Despacho que por parte del personal que interactuó con el hoy occiso, se hubiese presentado algún tipo de omisión, ya que actuaron como lo estable los reglamentos.
- C). La posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en condiciones de evitar el resultado o aminorar el riesgo, para lo cual debe tener: 1) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, 2) tener los medios necesarios para evitar el resultado, 3) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado; En el presente caso tenemos que no era lógico pensar que el señor EDWIN FINO se pudiera suicidar, ya que era contraventor que iba a ser conducido a la UPJ, no era un capturado, que pudiera pensar que iba para una cárcel y tomara una decisión tan drástica. Se utilizó la panel como medio preventivo para tener al contraventor, ya que no se podía ingresar a las salas de los capturados.

(...)

En mérito de lo expuesto este Juzgado procede a terminar la presente etapa, dictando para ello el Inhibitorio consagrado en el artículo 458 del Código Penal Militar.

Así las cosas, el Juzgado 185 de Instrucción Penal Militar, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: Inhibirse, como en efecto se hace, de iniciar acción Penal en contra de PERSONAL EN AVERIGUACIÓN, según lo sustentado en la parte motiva de este Interlocutorio.

SEGUNDO: Una vez ejecutoriada y en firme la presente providencia se ordena el archivo de la misma, sin perjuicio de la Revocatoria establecida en el artículo 459 del Código Penal Militar.

La referida decisión cobro ejecutoria el 28 de septiembre de 2018, tal y como se advierte de la constancia obrante a folio 775 c.6 de pruebas.

En el presente asunto, tenemos que la parte actora atribuye responsabilidad a la entidad demandada por el fallecimiento del señor Edwin Fino, la que a su juicio se produjo con ocasión a la concreción de una serie de circunstancias que son imputables a la entidad, a saber: a) Los uniformados que adelantaron la actuación en contra del señor Edwin Fino, no eran los competentes en tanto que se trataban de auxiliares bachilleres. b) Al señor Edwin Fino no se dejó a disposición de la autoridad competente de manera inmediata ni se efectuó el procedimiento de captura legal c) la autoridad no esposó al señor Edwin Fino y así mismo, no realizó el registro a efectos de evitar su fallecimiento

En ese sentido, se afirmó que, como el señor Edwin Fino falleció el 8 de marzo de 2016, en las instalaciones de la Estación de Policía de Zipaquirá, hasta donde había sido conducido por uniformados de la Policía Nacional, resultaba claro que dicha entidad debía responder por los perjuicios causados a los demandantes.

Con el fin de dar solución al problema jurídico plantado en el caso objeto de estudio, el Despacho efectuará las siguientes precisiones:

En lo que respecta al cargo aludido por la parte actora consistente en a) Los uniformados que adelantaron la actuación en contra del señor Edwin Fino, no eran los competentes en tanto

que se trataban de auxiliares bachilleres, es importante indicar que, el Despacho no comparte las afirmaciones aludidas por la parte actora, en tanto que, de las pruebas anteriormente relacionadas se extrae que el auxiliar Alexander Roza Vargas se encontraba de servicio de información en la guardia, y conforme a su declaración rendida ante el Juzgado 185 de Instrucción Penal Militar, se tiene que si bien se encontraba sólo en la guardia, toda vez que el comandante de guardia y radioperador no se encontraban por cuanto estaban cumpliendo una orden impartida por el coronel Wilson López, razón por la que, le tocó dirigirse al Distrito a - *subir la operatividad ya que en la estación un trueno había dañado el internet*-, razón por la que sus compañeros pusieron en conocimiento la situación presentada con el señor Edwin Fino y por su parte este puso en conocimiento al Intendente Fernández José quien le manifestó -*que 5-4 que ya venía, como a los cinco minutos, volvió y me modulo y me dijo que tuviera al UPJ hay que mirara en donde lo metía o donde lo tenía, mientras iba a apoyar al cuadrante tres*-.

Advertido lo anterior, el Despacho encuentra que la situación aludida por la parte actora en nada interviene en la presunta falla del servicio, en tanto que, independientemente de la persona a cargo y del rango que ostentara el mismo, dicha circunstancia no hubiese impedido la ocurrencia de la situación objeto de controversia.

Es decir que dicha circunstancia resulta insuficiente para atribuirle el daño a la entidad pública demandada, toda vez que, tal y como se encuentra acreditado la causa eficiente del resultado lesivo la constituyó la decisión exclusivamente de la víctima.

Ahora bien, en cuanto al segundo cargo b) *Al señor Edwin Fino no se dejó a disposición de la autoridad competente de manera inmediata ni se efectuó el procedimiento de captura legal*, sobre el particular se tiene que, de las pruebas que reposan en el expediente, para la fecha de los hechos el Intendente José Luis Fernández Madrid, además de ser jefe de vigilancia de tercer turno de los 3 cuadrantes, era el encargado de realizar el traslado a la Unidad Permanente de Justicia – UPJ, sin embargo se encontraba atendiendo otro caso, razón por la que no pudo acudir de inmediato a la estación de policía.

Aunado a lo anterior, se advierte que atendiendo que el señor Edwin Fino iba a ser conducido a la UPJ, no se podía inferir que un lapso de tiempo tan corto, una persona iba a tomar una decisión tan drástica, como la de quitarse la vida.

Finalmente, en lo que respecta a los cargos relacionados con c) *la autoridad no esposó al señor Edwin Fino y así mismo, no realizó el registro a efectos de evitar su fallecimiento*, es dable acotar lo siguiente.

En cuanto al cargo relacionado que no se esposó al señor Edwin Fino al momento en que fue detenido, es dable indicar que atendiendo la condición en que se encontraba la víctima no era procedente dicha actuación, en tanto que, de las declaraciones rendidas por los uniformados que detuvieron al señor Edwin Fino se extrae que, el mismo se encontraba en estado de embriaguez, razón por la que no era prudente usar las esposas por cuanto podría causar afectación en su integridad, por cuanto es claro que, el estado en que se encontraba y con las esposas puestas su movilidad no iba hacer igual. En consecuencia, no son de recibo los argumentos expuestos por la parte actora.

Ahora bien, en lo que atañe a la falta de registro, se tiene que atendiendo que las actuaciones desplegadas por los uniformados de la Estación de Policía de Zipaquirá, no configuraron una captura respecto del señor Edwin Fino, en tanto que fueron actuaciones previas a la legalización de captura, es decir que se trató de una detención preventiva sin que, se requiera del registro aludido por la parte demandante, por cuanto no hay norma que así lo establezca.

Así las cosas, frente a los argumentos aludidos por la parte actora, el Despacho encuentra que los mismos no están llamados a prosperar, al respecto es importante traer a colación lo dispuesto

en el artículo 42 de la Resolución 9960 de 1992²⁰, mediante la cual se expidió el reglamento de vigilancia urbana y rural para la Policía Nacional –vigente para la época de los hechos–, cuando se conduzcan a infractores de las normas legales se tomarán las precauciones necesarias para evitar su fuga o la agresión de que puedan ser víctimas *«registrando a los aprehendidos y llevándolos cautelosamente»*, de acuerdo con los reglamentos previstos para tal fin.

Respecto del tema que nos ocupa, es dable traer a colación el criterio expuesto en providencia del 3 de octubre de 2019, en un caso similar el H. Consejo de Estado²¹, entre otras cosas indicó:

“Pues bien, sobre el procedimiento de registro personal, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

«El término 'registrar', se emplea generalmente como sinónimo de 'tantear', 'cachear', 'auscultar', 'palpar' lo cual indica que la exploración que se realiza en el registro personal, es superficial, y no comprende los orificios corporales ni lo que se encuentra debajo de la piel. El empleo de la expresión 'persona', permite inferir que el registro personal supone una revisión superficial del individuo y de la indumentaria misma que porta y excluye cualquier exploración de cavidades u orificios corporales. Este registro puede comprender además el área física inmediata y bajo control de la persona, donde pueda ocultar armas o esconder evidencia (...).

«En cuanto a los procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública, estos corresponden a las requisas o cacheos realizados en lugares públicos, que implican la inmovilización momentánea de la persona y una palpación superficial de su indumentaria para buscar armas o elementos prohibidos con el fin de prevenir la comisión de delitos, o para garantizar la seguridad de los lugares y de las personas. Estos procedimientos preventivos no forman parte de las investigaciones penales y, por lo tanto, su regulación no puede inscribirse dentro de una norma que se ocupa de diligencias encaminadas a obtener evidencias o elementos materiales probatorios, y que tienen, en este contexto, un significado y un alcance que rebasan la de los meros procedimientos preventivos a cargo de la fuerza pública.

«Está claro, entonces, que el registro de personas llevado a cabo en desarrollo de la actividad de policía difiere sustancialmente del registro que se dispone y practica dentro del proceso penal, ya que el primero responde al cumplimiento de un deber constitucional en cabeza de la Policía Nacional, institución a la cual compete el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, al paso que el segundo atiende la necesidad de investigar y juzgar las conductas punibles que atentan contra bienes jurídicamente tutelados. De ahí que tratándose de registros preventivos realizados por la policía no sea menester contar con la previa autorización judicial, en tanto que en el segundo evento, esto es, el registro personal en el proceso penal sí necesite dicha autorización».

(...)

No obstante, considera la Sala que, si bien se presentó una irregularidad durante el procedimiento de requisa del señor Sierra Arboleda, dicha circunstancia resulta insuficiente para atribuirle el daño a la entidad pública demandada, porque, como se

²⁰ «Artículo 42. Los funcionarios de policía que conduzcan infractores de las normas legales, tomarán las precauciones necesarias para evitar la fuga o agresión de que puedan ser víctimas, registrando a los aprehendidos y llevándolos cautelosamente, de acuerdo con los reglamentos de registro de personas y vehículos» (se resalta).

²¹ Consejo de Estado Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Radicación número: 15001-23-31-000-2009-00387-01 (48049).

indicó de manera precedente, la causa eficiente del resultado lesivo la constituyó la decisión exclusivamente personal del referido señor de quitarse la vida, para lo cual pudo haber utilizado su cinturón o, incluso, cualquier otra prenda suya²² y quien, bueno sea reiterar, nunca exteriorizó alguna condición especial o grado de alteración síquica que le permitiera a la Policía Nacional objetivamente prever ese resultado y adelantar las actividades tendientes a alejarlo de situaciones que le generaran un estado de mayor tensión o peligro.

De lo expuesto se desprende que el procedimiento de registro personal se efectúa en desarrollo de la actividad preventiva de la Policía Nacional y consiste en una revisión externa de la persona –sin constataciones íntimas– y de los elementos que lleva consigo, *«de su indumentaria u otros aditamentos, como la ropa, calzado y accesorios, sobrepuestos al cuerpo»*, con la finalidad de *«prevenir (no de investigar) la comisión de comportamientos que puedan llegar a generar alteraciones contra la seguridad de la comunidad»*.

En el caso que nos ocupa se advierte que, contrario a lo expuesto a la parte actora se encuentra que al momento en que el señor Edwin fue aprendido se le efectuó registro, actuación en la que se le despojó de un arma blanca.

Adicionalmente es importante indicar que, el procedimiento de registro exhaustivo se impone atendiendo la situación de cada caso en particular, a efectos de evitar que se ingresen elementos con los que una persona se pueda causar daño a sí mismo o a terceros, no obstante, para el momento en que se presentaron los hechos el señor Edwin Fino no se encontraba recluido, por el contrario, se encontraba ejecutando actuaciones previas, sin que se le fuera impuesto a los funcionarios la verificación, de prendas de vestir y los accesorios del retenido, atendiendo que el referido iba hacer trasladado a la UPJ.

Por otra parte, es importante indicar que del estudio que se hace de las pruebas que reposan en el expediente, se encuentra que la víctima nunca desplegó una actuación de la que se predicara sus intenciones de quitarse la vida o la necesidad de una vigilancia adicional a la que se brinda en este tipo de situaciones, en tanto que si bien, conforme a las declaraciones de los uniformados el señor Edwin Fino se encontraba en estado de embriaguez, el mismo no se encontraba exaltado, dado que al momento de ser remitido a la estación de policía, siempre estuvo presto a colaborar y, si bien la imposición de la medida de retención preventiva pudo generar en él sentimientos de tristeza y congoja, dicha situación tampoco llevaba a develar una intención suicida, porque como en diferentes oportunidades lo ha dispuesto el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por las especiales condiciones en que se encuentra una persona a la que se le restringe su libertad, resulta lógico que experimente ese tipo de aflicciones²³.

A juicio del Despacho, la causa eficiente del resultado lesivo la constituyó la decisión exclusivamente personal del señor Edwin Fino de quitarse la vida, para lo cual pudo haber utilizado su cinturón o, incluso, cualquier otra prenda suya²⁴ y quien, bueno sea reiterar, nunca exteriorizó alguna condición especial o grado de alteración síquica que le permitiera a la Policía Nacional objetivamente prever ese resultado y adelantar las actividades tendientes a alejarlo de

²² Al respecto, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37101. C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 42638. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, entre muchas otras.

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de abril de 2002, exp. 13122. C.P. Alier Eduardo Hernández Enriquez; dicha providencia fue reiterada entre otras providencias, en: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de agosto de 2011, exp. 22063. C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 19 de abril de 2018, exp. 41766.

²⁴ Al respecto, se pueden consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37101. C.P. Ramiro Pazos Guerrero y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 42638. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, entre muchas otras.

situaciones que le generaran un estado de mayor tensión o peligro.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha señalado:

«En síntesis, si bien es cierto que el Estado tiene en relación con los retenidos unas particulares obligaciones de seguridad y protección en atención a la situación especial de sujeción en la que éstos se encuentran respecto de aquél, el daño que los reclusos se autoinfligen no es objetivamente imputable a la autoridad encargada de su custodia, por cuanto en su condición de garante de la vida e integridad de estas personas, no se extiende a tales daños como quiera que no puede pretenderse que durante las 24 horas del día haya un guardia al pie de cada detenido, vigilándolo para que evite quitarse la vida, salvo que por especiales circunstancias sea de esperar que tal situación pueda presentarse, caso en el cual la obligación de garantizar la integridad de los retenidos, supera los estándares normales de seguridad, imponiendo un deber superior de vigilancia que permita garantizar la vida del recluso, inclusive en relación con el daño que pueda autoinfligirse»²⁵.

En un caso similar al que ahora se analiza, el H. Consejo de Estado²⁶ señaló:

«Así mismo, cabe precisar que si bien es cierto que los agentes permitieron que el retenido ingresara con los cordones de sus zapatos con los cuales procedió a suspenderse del cuello con el fin de asfixiarse, ese simple hecho no permite reprochar a la entidad una falta en las condiciones de seguridad que debían brindársele a la víctima, como quiera que no había razones, ni antecedentes para suponer que con éste elemento o con otros, como el resto de sus prendas de vestir, podía suicidarse».

En síntesis, se tiene que la muerte del señor Edwin Fino no fue causada por una falla del servicio de la Policía Nacional, sino que fue producto de la materialización de un acto suicida, libre de presiones e injerencias de cualquier tipo, en consecuencia, se reitera que la causa eficiente y determinante del resultado dañino obedeció única y exclusivamente a su voluntad.

A su vez, encontramos que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁷, en un caso de similar situación fáctica, refirió lo siguiente:

«De conformidad con lo anterior y teniendo en cuenta el referido material probatorio, la Sala encuentra que Álvaro Tulio Valencia Bernal se ahorcó con unos cordones cuando se encontraba en las celdas de Paloquemao bajo la custodia del Inpec, razón para concluir que su muerte fue producto de la materialización de un acto suicida, esto es, se acreditó que la víctima participó en la producción del daño por el cual se demanda, toda vez que las pruebas indican que Álvaro Tulio Valencia Bernal decidió acabar con su vida; así, para la Sala es imposible sostener que su muerte, mientras estaba en las celdas bajo la custodia del Inpec, resulta imputable al Estado, pues fue aquél quien creó el daño y quien libre y voluntariamente tomó la decisión de suicidarse.

«Así, pues, del examen de las pruebas allegadas al proceso, es posible establecer que la muerte del señor Valencia Bernal fue ocasionada por su propia y exclusiva culpa, toda vez que, por un lado, el guardia del Inpec encargado de su custodia no conocía, ni tenía la posibilidad de prever su intención de atentar contra su vida, pues con anterioridad al hecho dañoso nunca hubo de su parte manifestación expresa en ese sentido, ni exteriorizó algún tipo de conducta que hiciera posible predecir la ocurrencia de tal hecho y, si algo

²⁵ Ibid.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 2 de mayo de 2016, exp. 37101 C.P. Ramiro Pazos Guerrero

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 42638, C.P. Carlos Alberto Zanibrano Barrera.

de ello ocurrió, ninguna prueba al respecto se allegó al proceso. De otro lado, tampoco se demostró que el referido detenido hubiera sufrido maltrato físico o psicológico por parte de los guardias de seguridad, en forma tal que ello hubiere podido incidir en su determinación de suicidarse.

«Ahora, en relación con el argumento del apelante en torno al indebido procedimiento de requisas efectuado a Álvaro Tulio Valencia Bernal, se advierte que ello tampoco puede considerarse como la causa determinante del daño, pues, al momento de requisarlo, no se le podía exigir que se retirara la ropa interior, dado que ello vulneraría su dignidad-, de igual forma no se le encontró algún elemento prohibido y, segundo, porque no era posible predecir que el señor Valencia Bernal pudiera acabar con su vida, pues, como ya se dijo, no exteriorizó conducta o estado de ánimo alguno que permitiera prever la ocurrencia de tal suceso. Aunado a lo anterior, se agrega que dentro del plenario no hay prueba que determine que el uso de cordones dentro de las celdas de Palokuemao estuviera restringido»

Así las cosas, conforme a los argumentos que anteceden y criterios jurisprudenciales traídos a colación es claro que en el caso bajo estudio no es posible efectuar imputación a la entidad demandada, por cuanto se configuró la causal eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo de la víctima.

Por todo lo anteriormente expuesto y como en el caso objeto de estudio no se allegaron elementos probatorios que permitieran evidenciar el daño antijurídico alegado por la parte demandante, el Despacho concluye que no se reúnen los presupuestos para atribuir responsabilidad a la entidad demandada.

Por lo tanto, se advierte que el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual falla en el servicio, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar: **“Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.”**²⁸ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: **“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”**.

En ese sentido se concluye que no se encuentra demostrada dentro del plenario la falla en el servicio, en virtud de la cual se pretende derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la demandada a favor de la parte actora.

7. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que se configura la causal de exclusión de responsabilidad, de hecho exclusivo de la víctima. En ese sentido, el Despacho negará las pretensiones de la demandada.

8. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

²⁸ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

9. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020.

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	11001-33-36-036-2015-00624-00
Demandante	:	Luis Alberto Payares Ávila
Demandados	:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Policía Nacional y Armada Nacional de Colombia

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 108**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, los señores **LUIS ALBERTO PAYARES** y **LUZ MARIELA GÓMEZ CULTIVA** actuando en nombre propio y en representación de sus hijos **JADER LUIS PAYARES GÓMEZ**, **LUIS FERNANDO PAYARES GÓMEZ** Y **LUZ ADIELA PAYARES GÓMEZ** formularon demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Policía Nacional y Armada Nacional a efectos de que se les declare responsables, con ocasión de las presuntas omisiones en sus funciones, al no proteger a la población civil víctima del conflicto armado interno y salvaguardar sus derechos.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en su escrito de demanda (fl. 4-6 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

Se indicó que, para el 27 de febrero de 1997, sin justa causa, las autodefensas, le ordenó a Luis Alberto Payares y a Luz Mariela Gómez Cultiva salir de su inmueble, sino querían que atentaran contra su vida, hecho que los obligó a salir de la finca en la que residían, abandonando todo lo que tenían, produciéndoles una mala situación económica.

Producto de los anteriores hechos, los demandantes tuvieron que desplazarse de manera forzada a zona urbana del municipio de Turbo “Antioquía”, por el miedo de que algún

miembro de su familia resultara herido.

La parte actora adujo que, el señor **LUIS ALBERTO PAYARES ÁVILA** fue incluido en el Registro Único de Víctimas, reconociendo el desplazamiento forzado, desde el 10 de diciembre de 2004 junto con su núcleo familiar.

Así mismo afirmó que, los demandantes no han podido retornar a su tierra toda vez que, las AUC disputan una guerra con el grupo denominado los “Rastrojos”, siguiendo activo el conflicto en esa parte del territorio nacional.

Finalmente afirmó que, era ostensible la omisión por parte del Estado, que mediante el RUV reconoció que no garantizó la vida y la honra de la población civil, incumpliendo su posición como garante.

2.3. Contestación de la demanda Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito presentado el 17 de febrero de 2017, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señaló que, en el escrito de la demanda en el acápite de los hechos no se hizo mención de la puesta en conocimiento de la situación ante las autoridades del Estado antes de la ocurrencia del desplazamiento, lo cual habilitaba la procedencia de la excepción de la falta de legitimación sustancial por pasiva y hecho de un tercero.

Así mismo adujo que, los hechos que generaron el perjuicio en el presente caso, no eran atribuibles al Ejército Nacional, toda vez que, fueron grupos al margen de la ley los causantes de daño alegado. (fls. 59 a 87 c. principal).

2.3.1 Contestación de la demanda Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional

Mediante escrito presentado el 18 de diciembre de 2017, la **Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Argumentando que, no se configuran los elementos para configurar una imputación al Ministerio de Defensa Nacional, toda vez que, no existía prueba del daño y dada la precaria imputación fáctica y jurídica que realizó el demandante.

Así mismo adujo que, la conducta generadora del perjuicio no correspondía a un hecho efectuado por el Estado, toda vez que, en el escrito de la demanda no se indicó de manera cierta y precisa la forma en que incidió la conducta de los estamentos estatales en la producción del daño alegado, puesto que fueron grupos al margen de la ley quienes fueron los causantes de dicho daño.

Finalmente afirmó que, la obligación que tenía las autoridades de proteger la vida e integridad de todas las personas residentes en Colombia, se sujetaba a algunos parámetros, ya que para el Estado le era imposible cuidar a cada uno de los habitantes del país, puesto que si bien era cierto el Estado estaba en la obligación de brindar protección a los residentes del país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, dado que nadie está obligado a lo imposible (fol. 118 – 146 c-1)

2.3.2 Contestación de la demanda Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Mediante escrito presentado el 12 de enero de 2018, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Argumentando que, el Ministerio de Defensa Nacional no era el encargado de realizar la reparación de cada una de las víctimas de la población desplazada, con lo anterior, invocó la procedencia de la excepción de falta de legitimación por pasiva.

Así mismo adujo que, no se podía establecer una falla del servicio, puesto que no existía prueba fehaciente que probara que el servicio prestado por la Policía Nacional haya sido deficiente, ineficaz o irregular.

Afirmó que, no era imputable el daño, puesto que estaba probado dentro del plenario que, la entidad demandada no causó algún perjuicio a los demandantes, por lo que no existía nexo de causalidad, entre el presunto daño alegado por el actor y la Policía Nacional.

Aunado a lo anterior, aseveró que, el ataque fue ocasionado por las autodefensas, es decir, que el hecho fue producido por un tercero de forma sorpresiva, siendo imprevisible e irresistible, por lo que no se podía alegar una falla en el servicio por parte de la entidad hoy demandada.

Finalmente indicó que, no se vislumbraba omisión por parte de la entidad, frente alguna alerta temprana, denuncias u otras similares que dieran cuenta de un hecho en particular que fuese a ocurrir. (fol. 147-151 c-1).

2.4.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 02 de julio de 2018 (f.38 c. principal); mediante auto del 04 de mayo de 2015, se admitió la demanda (f.53 y ss c. principal).

El 11 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial (f.180 -182 c. principales).

El 23 de octubre de 2019, se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f.236 - 237 c. principal).

2.5.Alegatos de conclusión.

La **parte demandante** presentó alegatos y reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Indicó que el material probatorio era conducente y pertinente para establecer el hecho victimizante de desplazamiento del que fue objeto el señor Luis Alberto Payares Ávila y su núcleo familiar, por la falla del servicio del Estado por medio de sus fuerzas armadas, como lo eran el Ejército y la Policía Nacional.

Adicionalmente hizo énfasis en la desprotección y abandono por parte del Estado, toda vez que este incumplió con sus deberes, puesto que no asumió la posición de garante con los residentes del Estado colombiano, sin que garantizara la vida, honra y libre circulación.

Así mismo afirmó que, tanto la Policía Nacional como el Ejército Nacional, sí tenían

conocimiento de los hechos ocurridos el 27 de febrero de 1997, ya que esto era expuesto y denunciado públicamente por medios masivos de comunicación.

Finalmente adujo que, las pruebas documentales aportadas al plenario, daban cuenta del arraigo durante la época de violencia en la región con la permisividad casi nula de la acción estatal, que dio la materialización del hecho victimizante del desplazamiento forzado. (fl.243 y ss c. principal).

La **parte demandada Policía Nacional** reiteró los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda, e indicó que todas las acciones criminales de los grupos armados ilegales que generaban desplazamiento forzado, eran completamente ajenas a la función de las entidades demandadas, toda vez que el desplazamiento fue ocasionado por un tercero (fl.239 - 242 c. principal).

El Ejército Nacional, la Armada Nacional y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1.Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Policía Nacional y Armada Nacional deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las presuntas omisiones en el cumplimiento de sus funciones, que conllevaron al desplazamiento forzado de los actores.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3.3 Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable-; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

Responsabilidad del Estado por daños causados por las acciones de grupos armados

En relación al tema, el Consejo de Estado² ha precisado:

6.2 Al respecto, cabe señalar que en la dilatada jurisprudencia de la Corporación se ha abordado la responsabilidad del Estado con ocasión de actos de grupos armados atendiendo a los diversos criterios de motivación para la imputación desarrollados, es decir, falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial, los cuales deben ser observados, según las particularidades fácticas y probatorias que cada caso enseñe, siguiendo así lo ya establecido por el pleno de la Sección en la providencia de 19 de abril de 2012, cuando sentenció que “el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”³.

6.3 En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación que debe verificarse, ab initio, para establecer la responsabilidad del Estado tratándose de daños causados por grupos armados insurgentes tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos- como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado, empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título enunciativo, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión en el despliegue de las acciones, medidas o medios razonable y ponderadamente disponibles [no debe olvidarse que por virtud del artículo 2 de la Carta Política y del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado debe realizar o adoptar todas medidas tendientes a la protección de los derechos humanos, en caso de verse afectados bien sea por su acción, o derivados de actos de sujetos privados en lo saque se hace imprescindible y necesaria la acción protectora o positiva del Estado⁴]; iii) la inactividad de la administración pública, concretada en el ejercicio de las acciones, medidas o medios disponibles de manera limitada, insuficiente, o sin lograr su pleno despliegue para la protección eficaz de los derechos, bienes e intereses de los ciudadanos; y, o iv) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración. Como en los daños causados por la acción de grupos insurgentes se está en presencia de un hecho de un tercero, desde un plano causal, deberá demostrarse la cognoscibilidad real del peligro (la situación de amenaza o riesgo) que corre el bien jurídico que debe ser protegido, al igual que la posibilidad material de actuar en defensa del mismo, o bien por el negligente o inadecuado despliegue de las acciones de defensa ejecutadas por la fuerza pública⁵. Al respecto el precedente jurisprudencial de esta Corporación ha precisado:

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C - Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA - Sentencia del 25 de febrero de 2016 - Radicación número: 73001-23-31-000-2001-02877-01(37226).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Pleno de Sección Tercera. Sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21515. Postura reiterada en el fallo de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁴ “[...] La justicia kantiana requiere la intervención del “derecho público” para la realización completa de los derechos y permitir que todos los títulos provisionales en el estado de naturaleza, sean completos bajo el Estado”. FABRA ZAMORA, Jorge, “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual”, En: BURNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 86.

⁵ “Ni hay responsabilidad de un sujeto siempre que el comportamiento de éste se inserta en la cadena causal que lleva a la producción del daño, ni se inserta dicha conducta en tal cadena causal siempre que al sujeto se le imputa responsabilidad por el daño. Lo primero se aprecia siempre que entran en juego aquellos patrones de exclusión de la responsabilidad que los penalistas denominan “reglas de imputación objetiva” y que también en este campo concurren. Dichos patrones no niegan la condición de causa o concausa que reviste la conducta del sujeto, sino que excluyen la relevancia de dicha causalidad a efectos de imputación de la responsabilidad. No se discute tal causación

“Para determinar si la conducta del Estado fue anómala o irregular, por acción o por omisión, frente al hecho dañoso perpetrado por el tercero debe analizarse si para la Administración y para las autoridades era previsible que se desencadenara el acto terrorista. Este aspecto constituye uno de los puntos más importantes a analizar dentro de este régimen, pues no es la previsión de la generalidad de los hechos (estado de anormalidad del orden público) sino de aquellas situaciones que no dejan casi margen para la duda, es decir, las que sobrepasan la situación de violencia ordinaria vivida (...)”⁶

6.4.- Frente a lo anterior, se afirma que la modulación de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos y consagrados (tanto en la Constitución Política como en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales vinculantes de protección de los Derechos Humanos) lleva a la construcción teórica según la cual al Estado no solamente le son exigibles deberes de abstención, sino que también, como presupuesto de eficacia de los derechos⁷, es necesario ejecutar acciones positivas; o, en otros términos, que en el modelo de Estado Social de Derecho desarrollado a partir de las disposiciones constitucionales y convencionales se hace imprescindible no sólo el reconocimiento de la existencia de los derechos de los ciudadanos, sino también el despliegue de acciones positivas⁸.

6.5.- En ese sentido, como la eficacia y protección de los derechos constitucional y convencionalmente reconocidos exige del Estado contemporáneo el cumplimiento de deberes, acciones u obligaciones positivas, cabe encuadrarlos desde la perspectiva de la posición de garante, en todos los ámbitos de la actividad administrativa, pero estableciendo el alcance razonable y ponderado según se presente cada supuesto de actividad. Lo anterior implica, que el elemento de imputación, al momento de determinar la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, debe orientarse hacia la demostración del resultado dañoso atribuible para el caso del conflicto armado a la falta de correspondencia de aquel – la amenaza cierta o el riesgo, en cada caso, materializados en un daño - respecto al deber positivo, esto es, a la obligación de dispensar el servicio de vigilancia, seguridad y protección.

6.6.- En lo que concierne a la operancia del riesgo excepcional como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados por la actividad de grupos armados insurgentes, habrá lugar a encuadrar en el mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

6.7.- En efecto, es claro que en el desarrollo de las actividades cotidianas del mundo moderno la sociedad se enfrenta a situaciones de riesgo que le son ineludibles, y dentro de tal contexto

empírica sino que, en el conjunto de las causas, el sistema jurídico realiza una selección y tal selección se lleva a cabo, como no puede ser de otra manera, con patrones propios y específicos del sistema jurídico mismo, con pautas jurídico-normativas.”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual. En: BERNAL PULIDO, Carlos, FABRA ZAMORA, Jorge (eds.). La Filosofía de la Responsabilidad Civil, Ibid. pág. 258-259.

⁶ Sección Tercera. Sentencia de 27 de noviembre de 2002. Radicado: 13774.

⁷ “[...] Sin embargo, más allá de esto, la idea de que los derechos aparecen delimitados desde la Constitución, o de que [sic] entre los derechos y sus límites existen fronteras nítidas, creo que es una idea errada: desde la Constitución, es imposible formular un catálogo exhaustivo de los supuestos de aplicación de los derechos, así como de todas sus excepciones [...] desde la Constitución sabemos cuáles son los derechos y, con mayor dificultad desde luego, cuáles son sus límites, pero ello no nos permite responder de forma exhaustiva y concluyente a la cuestión de qué conductas –que pueden ser objeto de regulación legal– caen del lado de los derechos o del lado de los límites; es más, en el plano de los enunciados constitucionales, o antes de su interpretación, es perfectamente verosímil afirmar que una acción forma parte de ambas esferas, esto es, presenta propiedades adscribibles [sic] tanto al ámbito del derecho como al ámbito de su límite”. PRIETO SANCHIS, Luis, Justicia constitucional y derechos constitucionales, 2ª ed, Trotta, Madrid, 2009, ps.220, 223 y 224.

⁸ Respecto de las acciones positivas fácticas Alexy ha abordado el tema, de manera explicativa, en los siguientes términos: “Se trata de un derecho a una acción positiva fáctica cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales”, cuando se fundamenta la existencia de un derecho a un mínimo vital o se considere una <<pretensión individual del ciudadano a la creación de plazas de estudio>>”. Que la satisfacción de este tipo de derechos se lleve a cabo de una forma, que en ciertos aspectos (sic) es jurídica, no altera en nada el carácter del derecho como un derecho a una acción fáctica”. Y en cuanto a la forma como el obligado (el Estado) debe satisfacer dicha obligación se precisa: “Para la satisfacción del derecho es indiferente la forma como ella se lleve a cabo. Lo decisivo es únicamente que después de la ejecución de la acción, el propietario de la escuela privada disponga de medios suficientes; que el necesitado disponga de las condiciones mínimas de existencia y que le que desea estudiar disponga de una plaza de estudios. La irrelevancia que la forma jurídica de la ejecución de la acción tiene para la satisfacción del derecho” es el criterio para delimitar de los derechos a acciones positivas fácticas y a acciones positivas normativas”. ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, 2ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008. [Traducción de Carlos Bernal Pulido], p.171.

la administración pública, como lo indica Forsthoff "puede crear estas situaciones excepcionales de peligro a las que nadie puede sustraerse y en las que ninguna protección existe para el particular"⁹, lo cual impone al Estado, por razón de justicia distributiva, la reparación de los daños causados¹⁰. Sobre este tema esta Corporación ha aplicado este criterio de imputación, en ciertas ocasiones, guiado por un argumento causal, como es que el ataque del grupo armado se haya dirigido en contra de un establecimiento del Estado¹¹.

6.8.- Y por último, el otro criterio de imputación aplicable en casos en los que se discute la responsabilidad del Estado por acciones de grupos armados insurgentes es el de daño especial, que corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos¹², "como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado"¹³.

6.9.- Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados¹⁴ entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

6.10.- Para el caso concreto de los ataques de grupos armados insurgentes no hay duda que excede a lo normal la afectación a los bienes muebles o inmuebles que se produce como consecuencia del armamento empleado y que conlleva la destrucción, depreciación o disminución del valor, cantidad y/o destinación de los mismos. Sobre la aplicación del daño especial cuando se presentan actos terroristas la jurisprudencia de la Corporación ha reconocido su aplicación partiendo de la propia concepción de lo que supone un ataque terrorista, pues, este se dirige contra la sociedad en general pero se realiza, materialmente, en una determinada persona o grupo de personas que, en razón a esa excesiva carga asumida, son merecedoras de una indemnización asumida por toda la sociedad¹⁵.

6.11.- Por su singular configuración; en este régimen no se lleva a cabo un juicio de reproche, de carácter normativo, a la actividad desplegada por el Estado, pues, presupuesto ineludible de este régimen de responsabilidad es que la Administración ha obrado con sujeción al ordenamiento jurídico; por tanto, el daño antijurídico se atribuye al Estado, en virtud el principio de solidaridad, aquello que representa la ruptura del equilibrio de las cargas públicas en cumplimiento de una actividad legal y legítimamente amparada. Sobre la aplicación del daño especial en materia de atentados terroristas el precedente de la Sala indica:

"Las explicaciones que se dieron en el capítulo anterior sobre el daño especial como título de imputación por ataques terroristas, permiten deducir la responsabilidad del Estado a partir del resultado dañoso, superior al que ordinariamente deben soportar y diferente del que asumen los demás pobladores, y proveniente del enfrentamiento armado entre las fuerzas del orden y el grupo subversivo de quien provino el ataque

⁹ FORSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Pág. 467.

¹⁰ Ob cit. Pág. 467.

¹¹ "También ha determinado la Sala la imputabilidad al Estado por los daños sufridos por quienes son sometidos a la exposición a un riesgo de naturaleza excepcional, creado por la administración en cumplimiento del deber constitucional y legal de proteger a la comunidad en general. Para que el hecho violento del tercero pueda ser imputable al Estado, se requiere que éste haya sido dirigido contra un establecimiento"¹¹. Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006. Radicado: 28459.

¹² "la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto". Sección Tercera. Sentencia de 3 de mayo de 2007. Radicado: (16696)

¹³ Sección Tercera, sentencia del 13 de diciembre de 2005. Expediente: 24671.

¹⁴ Al respecto Michell Paillet, sostiene: "Esta condición es la traducción obligada de la idea según la cual solo hay carga pública cuando el que reclama una compensación ha padecido una suerte mas desfavorable que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. Esta, en efecto, procura ciertas ventajas y sus posibles inconvenientes deben ponerse en la balanza: para que esta especie de balance sea desequilibrado es necesario que el perjuicio causado por la Administración Pública sea verdaderamente anormal y que no constituya "una carga que incumbe normalmente al interesado" (sentencia Couiteas, pret.)." PAILLET, Michell. La Responsabilidad Administrativa. Universidad Externado, Bogotá, 2001. Pág. 220.

¹⁵ Sección Tercera. Sentencia de 18 de marzo de 2010. Radicado: 15591. En dicha providencia se sostiene adicionalmente: "Por lo que queda dicho, utilizar el daño especial como criterio de imputación en el presente caso implica la realización de un análisis que, acorde con el art. 90 Const., tome como punto de partida el daño antijurídico que sufrieron los demandantes; que se asuma que el daño causado, desde un punto de vista jurídico y no simplemente de las leyes causales de la naturaleza, se debe entender como fruto de la actividad lícita del Estado; y, que, por consiguiente, concluya que es tarea del Estado, con fundamento en el principio de solidaridad interpretado dentro del contexto del Estado Social de Derecho, equilibrar nuevamente las cargas que, como fruto de su actividad, soporta en forma excesiva uno de sus asociados, alcanzando así una concreción real el principio de igualdad."

terrorista. Si bien como consecuencia de dicho enfrentamiento se causaron daños a los inmuebles contiguos al sitio de ubicación de la estación de policía, objeto central del atentado, la actuación de la fuerza pública fue legítima, en cuanto se desarrolló en cumplimiento de su obligación constitucional de defender la vida y los bienes de los administrados (...)"¹⁶

6.12.- Es la ruptura del equilibrio las cargas públicas, y la solidaridad como trasfondo filosófico que la orienta, el eje de la atribución de responsabilidad en estos casos, pues comprendida dentro del marco del Estado Social de Derecho, -y consagrada normativamente en el artículo 1º constitucional¹⁷- resulta razonable imponer al Estado, en representación de la sociedad, la obligación de indemnizar a quienes materialmente se han visto afectados con el despliegue de una acción desplegada por grupos armados insurgentes, pues en virtud de dicho fin constitucional "al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, (...) a través de la inversión en el gasto social, [o] adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta."¹⁸

3.3.1 El daño antijurídico.

En cuanto al desplazamiento forzado de los demandantes, obra respuesta a solicitud de fecha de 6 de marzo de 2008, en el que el Subdirector de Atención a Población Desplazada de la Acción Social informó que, el señor Luis Alberto Payares Ávila y su núcleo familiar se encontraban incluidos desde el día 10 de diciembre de 2004, con el código 330034 en el Registro Único de Población Desplazada (F. 6 C-2).

Ahora bien, a efectos de determinar si de dicha condición resulta posible atribuir responsabilidad a la entidad demandada, conforme al régimen jurídico expuesto anteriormente, para determinar si el mandato de prevención y protección que le asiste el Estado se incumplió, deberá analizarse si existe evidencia suficiente de (i) la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o un grupo, conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo y (iii) la no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir o evitar tal riesgo.

1. La existencia de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo.

En cuanto al desplazamiento forzado de los demandantes, obra certificación de 31 de marzo de 2014 suscrita por parte de la Personería Municipal de Turbo, en la que se informó que, el señor Luis Alberto Payares Ávila y su núcleo familiar, residen en dicho municipio desde hace 7 años, domiciliado en el barrio Lucila, manzana 14, casa B16 (fol. 07 c-2).

Obra una constancia del 25 de mayo de 2015 por la Junta de Acción Comunal del barrio "Hoover Quintero" del Municipio de Turbo - Antioquia, por la que se certificó que, el señor Luis Alberto Payares Ávila y la señora Luz Mariela Gómez Cuitiva eran vecinos de ese municipio, de escasos recursos económicos, que se desmepeñaban como trabajadores del campo junto con su grupo familiar y que han tenido arraigo en el barrio "Hoover Quintero" (fol. 8 c-2).

¹⁶ Sección Tercera. Sentencia de 2 de octubre de 2008. Radicado: 52001-23-31-000-2004-00605-02 (AG).

¹⁷ Constitución Política. Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-237/1997. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Y continúa la sentencia indicando: "Es claro que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones."

En respuesta al derecho de petición formulado por la señora Luz Mariela Gómez Cuitiva de fecha de 24 de abril de 2014, con radicado No. 20147112114052, la Unidad para la Atención y Reparación para Integral a las Víctimas – UARIV da cuenta de que a ella y a su núcleo familiar le fue otorgada ayuda, la que fue cobrada el 11 de febrero de 2014, en la que se indicó lo siguiente:

“Dando tramite a su solicitud de **Atención Humanitaria** por Desplazamiento Forzado, se procedió a verificar nuestra base de datos, se constató que su núcleo familiar le fue otorgada dicha ayuda, que fue cobrada el día **11 de febrero de 2014**, en consecuencia no podemos acceder a su solicitud. Debe tener en cuenta que los componentes entregados a su familiar fueron por (3) meses”. (Fl.191-193 c. principal).

Así mismo dentro del plenario obra respuesta de derecho de petición con radicado No. 20137115951402, emitida por la Unidad para la Atención y Reparación para Integral a las Víctimas – UARIV, en la cual se reconoció como víctima indirecta a los señores **Luis Alberto Payares Ávila y Esperanza Ávila**, en calidad de hermanos de la víctima y les fue pagado el 100% sobre la reparación correspondiente, de lo expuesto se destaca lo siguiente:

“(…) En consecuencia, verificada la solicitud con radicado **296740** por la víctima **ISAAC PAYARES AVILA** en el arco del Decreto 1290 de 2008, le informamos que ya existió indemnización por este concepto y por tal motivo no es viable jurídicamente realizar el pago alguno adicional con ocasión del mismo hecho victimizante”. (fl. 203 c. principal).

Reposan extractos de noticias denominadas “Desarraigados ¿Volver para qué” que narra la situación de personas desplazadas del oriente antioqueño, en particular de Santa Ana, Granada, San Francisco y San Carlos; “Defensoría denuncia desplazamiento en Chocó por irrupción de las Farc”, publicado el 12 de enero de 2014, que relata denuncia de violaciones a los derechos de habitantes de municipios de Riosucio y Carmen de Darien desde el 2009, y “Karina cansada de guerra”, que aduce aspectos relativos de Nelly Ávila Forero, quien pertenecía a un grupo al margen de la Ley.

En relación con este tipo de prueba documental, el Consejo de Estado¹⁹ ha precisado:

“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental. Sin embargo, en principio solo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez. En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”.

Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al

¹⁹ Consejo de Estado. Sala Plena Contenciosa Administrativa. Sentencia del 29 de mayo de 2012. C.P. Susana Buitrago Valencia (E); Sección Tercera. Sentencia del 5 de julio de 2012. C.P. Enrique Gil Botero

proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos. Consecuentemente, a las noticias o informaciones que obtengan los medios de comunicación y que publiquen como reportaje de una declaración, no pueden considerarse por sí solas con el carácter de testimonio sobre la materia que es motivo del respectivo proceso. En relación con este último punto el Consejo de Estado ha indicado que "...las informaciones publicadas en diarios no pueden considerarse dentro de un proceso como prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio de prueba, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho..." por cuanto es sabido que el periodista "...tiene el derecho de reservarse sus fuentes."

Conforme a lo anterior, no es posible dar convicción a la información difundida en los diferentes medios de comunicación, ya que a partir de los mismos, no se puede derivar certeza sobre el acaecimiento y las condiciones de tiempo, modo y lugar de los sucesos allí reseñados, y en todo caso, no corresponden a las circunstancias fácticas del contexto en las que se basa la presente demanda.

Ahora bien, en el evento de valorarse los aspectos señalados en los recortes de prensa, aun cuando aducen la presencia de grupos al margen de la Ley en algunos sectores de los departamentos de Chocó y Antioquia, este aspecto por sí solo no corrobora la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para el demandante, en la medida que no reposa ninguna circunstancia de aviso o alarma presentada a alguna autoridad, en la que se indique los presuntos hostigamientos que padecía, por parte de subversivos.

Así las cosas, y dada la flexibilización de la pruebas que debe darse en casos de violaciones a Derechos Humanos, de valorarse la totalidad de las pruebas en precedencia, se puede extraer la difícil situación de orden público que atravesaban diversos municipios del departamento de Chocó y Antioquia; no obstante, de acuerdo con la jurisprudencia emanada del Consejo de Estado, en el caso bajo estudio, de las pruebas aportadas, la parte actora no acreditó la existencia de una situación de riesgo real e inmediato en su contra, como presupuesto para que el Estado adoptara diversas medidas de seguridad en ese específico asunto.

Conforme a lo anterior, a juicio del Despacho no obran pruebas dentro del expediente que permitan imputar responsabilidad a la entidad demandada, en tanto que no obran pruebas que acrediten el conocimiento previo de las entidades demandadas, de los actores que dieron origen a dicho desplazamiento, pues no se corrobora la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para los demandantes, en la medida que no reposa ninguna circunstancia de aviso o alarma presentada a alguna autoridad, en la que se indique los presuntos hostigamientos que padecían, por parte de subversivos, como presupuesto para que el Estado adoptara diversas medidas de seguridad en ese específico asunto.

2. Conocimiento de la autoridad estatal o el deber de tener conocimiento de esa situación de riesgo.

En el caso bajo estudio, no reposa prueba que demuestre que la parte actora o algún miembro de su familia, hayan puesto en conocimiento de cualquier autoridad, las amenazas que aducen haber sido víctimas o la muerte de su familiar a manos de subversivos y que se aduce fueron los motivos que motivaron su desplazamiento, o que hayan existido reportes por parte de autoridades, que dieran a conocer dicha situación de riesgo.

3. La no adopción de medidas necesarias y razonables para prevenir el riesgo.

En razón a que no se acreditó que la entidad demandada haya tenido conocimiento de las presuntas amenazas recibidas por la parte actora, no resulta razonable exigir al Estado la implementación de unas medidas destinadas a prevenir un riesgo que para el Estado era inexistente de manera directa contra los actores, o que hubiera sido previsible la adopción de unas medidas de protección superiores a las que ordinariamente podría venir realizando la Fuerza Pública en el área.

Por lo tanto, si bien la valoración en conjunto de las pruebas, deben ser flexibilizadas dada la dificultad con que cuentan las víctimas del conflicto armado para reunir material probatorio, lo cierto es que no se probó que las demandadas tuvieran conocimiento de las amenazas que recibieron la demandante.

Sobre el particular, no existe ni una sola prueba en la que se acredite que la demandada conocía de las amenazas que recibió la parte actora o la situación de riesgo, en especial, en el territorio en el que residía.

Por lo anterior, no es posible exigir a la entidad ser omnipresente y salvaguardar la vida e integridad de cada uno de los habitantes del territorio nacional, puesto que es necesario que las autoridades hayan tenido conocimiento del riesgo que se podía presentar sobre la familia, para poder brindarle protección y garantizar la seguridad de la familia.

Por lo tanto, dada la imposibilidad de tener el conocimiento previo de la existencia de un riesgo cierto, inmediato y determinable, no es posible determinar que la entidad demandada tuvo la oportunidad de actuar para evitar su ocurrencia.

3.3. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado se resuelve negativamente, en tanto la parte actora no acreditó la eventual falla en el servicio originada en las omisiones de las funciones de las entidades demandadas, que conllevó al desplazamiento forzado de los demandantes.

3.4 Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo cual, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

IV. DECISIÓN

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los 10 días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá, 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2017-0106-00
Demandantes	:	DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 110**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiriere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, la señora **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** actuando en nombre propio y en representación de **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la muerte sufrida por el señor **Juan Camilo García** (Q. E. P. D) en el desarrollo de las funciones como militar.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 76-77 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

La parte actora indicó que, el señor **Juan Camilo García** estuvo vinculado al Ejército Nacional y prestaba sus servicios en el batallón de combate Terrestre nro. 145, razón por la que tenía una asignación mensual de 2 millones de pesos.

El 25 de febrero de 2015, y mientras se desempeñaba como soldado profesional, adelantando una misión de maniobras ofensivas en la zona rural del municipio de Pácz en el departamento del Cauca, recibió un disparo proveniente de una M-60-E4 que era operada por el dragoneante Néstor julio Sánchez.

Adujo que, el soldado profesional Camargo Yate José tropezó con el arma de dotación que era operada por el dragoneante antes citado, la cual se accionó porque no tenía puesto el dispositivo de seguridad impactándole un disparo en el pecho la soldado profesional **Juan Camilo García**, quien falleció (fl. 76 c-1).

Frente a la responsabilidad de los perjuicios ocasionados se manifestó que, al haberle causado la muerte al señor **Juan Camilo García** mientras se desempeñaba como militar, por parte de un compañero con su arma de dotación oficial, se configuraba un riesgo excepcional, pues la causa del deceso constituyó una carga adicional a la que tenía que soportar como

soldado.

1.3.- Contestación de la demanda

Mediante escrito presentado el 15 de agosto de 2015, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que, carecían de sustento jurídico y probatorio, por cuanto no se corroboraban las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los sucesos.

Adujo que, los hechos acaecidos el 25 de febrero de 2014 constituían un riesgo propio del servicio, pues la víctima al ingresar al Ejército nacional conocía de los riesgos que asumía como combatiente, y ostentaba la calidad de soldado profesional, ingresando de manera voluntaria, consiente de los riesgos propios del servicio.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 25 de abril de 2017 (f. 84 c. principal), seguidamente, mediante auto proferido el 4 de mayo de 2017, se admitió la demanda (f. 86-88 c. principal).

El día 11 de junio de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial (f. 179 - 180 c. principal).

El 22 de agosto de 2019 se adelantó audiencia de pruebas en la que se precluyó la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar escrito de alegatos de conclusión (f. 141-142 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

A través de escrito radicado el 5 de septiembre de 2019, la parte actora adujo que, se acreditaron los elementos de responsabilidad de la entidad demandada, pues la muerte sufrida por el soldado profesional **Juan Camilo García** provino por parte de un compañero, y por lo tanto, no se podía considerar tal actuación como un riesgo propio del servicio, puesto que fue causado con un arma de dotación oficial y por un miembro de la fuerza pública, en cumplimiento de actos propios del servicio (fls.145 vlto c. principal).

La parte demandada adujo que, se trató de un riesgo propio de la actividad castrense asumido voluntariamente por el demandante. De igual forma, aseveró que la entidad no actuó con negligencia y que no le era posible prever la ocurrencia de la lesión, por lo que en su criterio no se presenta un defectuoso accionar de la administración ni un rompimiento de las cargas públicas.

Finalmente adujo alego la excepción de **CASO FORTUITO** en la medida que la muerte sufrida por el señor **Juan Camilo García** fue imprevisible e irresistible (fl. 147 vlto c-1). El agente del Ministerio Público guardó silencio

II.- CONSIDERACIONES

2. Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la muerte sufrida por **Juan Camilo García**, mientras se encontraba prestando sus servicios como soldado profesional y resultó lesionado por un compañero causándole la muerte.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se hace necesario atender los lineamientos jurisprudenciales respecto del tema en cuestión, de conformidad con los elementos probatorios recaudados en este proceso.

3. Presupuestos de la responsabilidad del Estado.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por el Despacho para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la que, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a la entidad demandada.

4. Del valor probatorio de los distintos medios de prueba:

Parte por precisar el Despacho que, **los documentos** aportados al plenario en copia simple, tendrán el valor probatorio correspondiente aun tratándose de documentos públicos que obren en copia simple, toda vez que, siguiendo los lineamientos señalados en sentencia de unificación, los mismos no fueron tachados de falsos².

Frente a la prueba trasladada, el Consejo de Estado ha precisado que los documentos obrantes en un proceso pueden ser valorados como prueba trasladada cuando, fundamentalmente, la parte contra la que se aducen tuvo la oportunidad de controvertirlos en el transcurso del asunto al que están dirigidos.

En efecto, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santosimio Gamboa.

² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia del 28 de agosto de 2013; Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 25022.

*“Para que la prueba trasladada tenga valor en el nuevo proceso, es menester que su práctica haya estado rodeada de las formalidades propias de cada prueba y fundamentalmente, que la parte contra la cual se opone, haya tenido la oportunidad de controvertirla. Si no se ha dado cumplimiento al principio de controversia, no tiene validez dentro del proceso contencioso administrativo, dado que una prueba no se puede esgrimir válidamente en contra de quien no ha tenido la oportunidad de controvertirla (...)”*³ (se resalta).

Por lo que en el presente asunto, las copias de las actuaciones surtidas en la actuación disciplinaria No. 005-2015 y la actuación penal No. 367-2015 con ocasión de los hechos que rodearon la muerte del señor **Juan Camilo García Perdomo**, serán valorados por el Despacho, atendiendo que las mismas fueron allegadas en virtud de orden judicial y dentro del trámite del proceso.

Caso en concreto

La parte actora señaló que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por la muerte del señor **Juan Camilo García Perdomo**, el cual mientras desempeñaba sus funciones como Soldado Profesional del Ejército Nacional y en desarrollo de misión táctica siendo las 12.47 se encontraba descansando en el área del vivac y según los testigos, el soldado profesional Camargo Yate José se tropezó con una arma de dotación oficial M60- 34 que era operada por el dragoneante Néstor Julián Sánchez y esta se accionó porque no tenía puesto los dispositivos de seguridad el cual era obligatorio tenerlo puesto. Los disparos que se produjeron impactaron el pecho del soldado **Juan Camilo García Perdomo** quien se encontraba a 15 metros de distancia produciendo su fallecimiento.

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”*⁴.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*“... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: “Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual.”*⁵ (Negrilla fuera del texto)

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- El Registro Civil de Defunción de **Juan Camilo García Perdomo**, que reporta como fecha de la misma el 25 de febrero de 2015 (fl. 7).

³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia proferida el 19 de noviembre de 1998 al interior del proceso 12124; citada con ocasión de la sentencia proferida el 27 de abril de 2011 en el proceso 1996-07003 (20374) C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁵ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

- De la nota clínica obrante en el folio 7 del cuaderno de pruebas, se tiene que el señor **Juan Camilo García Perdomo** ingresó el 25 de febrero de 2015 la Hospital de TIERRADENTRO por herida con arma de fuego en el tórax quien ingresó sin signos vitales y con signos de muerte cerebral.

- Se allegó también Inspección Técnica de Cadáver – FPJ-10 195176000607201580004 realizado al cadáver del señor **Juan Camilo García Perdomo**, en la que se indicó:

“(…) INFORMACION GENERAL

Fecha de los hechos 25-02-2015

DESCRIPCIÓN DEL LUGAR DE LA DILIGENCIA

Realizando las medidas de seguridad realizamos el desplazamiento el SI MAURICIO MUÑOZ PT... junto con personal del ejército al lugar de los hechos en la vereda antes en mención, de esta manera al llegar a dicho lugar se procede a tomar evidencia de los elementos materiales probatorios entre los que se encuentran una ametralladora M60E4, una vainilla de calibre 7.62 de lote 70 y una canana calibre 7.62 con cincuenta y dos (52) cartuchos, seguidamente se realiza tomas fonográficas a los elementos antes en mención, una panorámica detallada del lugar de los hechos donde aparentemente se encontraba el occiso y la ametralladora M60 E4 como registro del álbum fotográfico de igual forma nos entrevistamos con el comandante de la patrulla del Ejército para que nos informara de lo sucedido en dicho lugar el cabo tercero WILMER ANDRES GOMEZ quien nos manifestó que el soldado profesional CAMARGO YATE JOSE se había tropezado con el arma M60 – E4 y esta se había accionado y en su trayectoria había causado una herida en el pecho al soldado profesional JUAN CAMILO GARCIA PERDOMO al cual de inmediato procedieron a trasladarlo al hospital más cercano ESE TIERRADENTRO donde entra herido de gravedad y fallece, fue atendido por el galeno de turno HERNANDO ALMONACID.

(...)” (fl 24 c-1)

De los citados documentos, se tiene probado que el señor **Juan Camilo García Perdomo** murió el 25 de febrero de 2015.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes. En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

- Del informe rendido por el comandante de la compañía CALIPSO CT FABIAN FORERO REY, se tiene lo siguiente (fol. 5, 6 y 16 c-2):

Por medio de la presente me permito informar al comandante del batallón de combate terrestre No. 145 CR José María Gutiérrez De Cavedez y Silva, los hechos ocurridos el día 25 de febrero del 2015 donde el SLP GARCIA PERDOMO JUAN CAMILO identificado con cedula de ciudadanía No 111751170x de Funza Cundinamarca resultó herido por arma de fuego y posteriormente fallece durante el traslado al hospital del municipio de Páez.

HECHOS

A las 12:47 me encuentro en el puesto de mando adelantado del BACOT 145 y se recibe una llamada al celular del SLP García Ruiz Jaime quien se desempeña como radioperador del pelotón de combate 1, el soldado me informa que el SLP García Perdomo Juan Camilo se encuentra herido de gravedad por impacto de arma de fuego y solicita de forma inmediata su evacuación, se emite la orden al SI Forero Espina Juan Fabio que se dirige al hospital y gestione la ambulancia, esta vez a los 8 minutos a recoger al soldado, se procede a informar vía celular del hecho al comandante del batallón, mientras tanto tomo contacto por radio Motorola apx 5000 con el CO Gómez López Wilmer Andrés para que me informe con detalle de los hechos, este me manifiesta que el SLP Camargo Yate José Jefferson identificado con cc 1117511052 corrimo con el pie la ametralladora M-50 No 112547 a cargo del soldado ametrallador Sánchez Conz Nestor identificado con cc 1125520977, y esta se acciona impactando al SLP García Perdomo Juan. Una vez llega la ambulancia el personal médico del hospital de Belalcázar Páez inicia con el procedimiento de primeros auxilios y desafortunadamente el soldado en mención ya se encuentra sin signos vitales. Se informa nuevamente al comando del batallón el fallecimiento del soldado posteriormente se envía al subyacente forero al lugar de los hechos y organiza la unidad, a las 15:20 me desplazo con funcionarios de la Policía Nacional al lugar de los hechos para realizar el procedimiento legal y de actos urgentes, lo cual se realiza y se procede a llevar al personal de la segunda escuadra de campo 1 al puesto de

-. Obra informativo administrativo por muerte No. 01 de 28 de febrero de 2015, suscrito por el Comandante del Batallón de Combate Terrestre nro. 145 "Coronel José María Gutiérrez de Cabiedes Silva, se señaló lo siguiente (fl. 6 c- 2):

"DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS. De acuerdo al informe de los hechos rendido por el **CT FORERO REY FABIAN BERNARDO** CM 11.413.590 Comandante de la Compañía "CALIPSO" donde relata los hechos ocurridos el día 25 de febrero de 2015, en desarrollo de maniobras ofensivas, en coordenadas..., siendo aproximadamente las 12:47 horas en el Municipio de Páez Belalcazar sector de Simbola Departamento del Cauca, el cual se encontraba sentado al lado de la ametralladora y con el pie derecho le pega una patada en los mecanismos de disparo el cual se accionó la ametralladora causándole un impacto en la altura del pecho el cual de inmediato se remite al hospital de Páez Belalcazar donde los médicos inician con el procedimiento de primeros auxilios donde desafortunadamente el soldado en mención se encuentra sin signos vitales

TESTIGOS C3 GOMEZ LOPEZ WILMER ANDRES SLP CAMARGO YATE JOSE JEFERSON (...)"

En lo atinente a la imputabilidad, el citado Comandante determinó:

"De acuerdo al artículo nro. 24 y 25 Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 literal (c9) la lesión o afectación ocurrió:

Literal B X En el servicio por causa y razón del mismo

Por otra parte, se advierte que, el Juzgado 12 de Instrucción Militar abrió proceso penal bajo el radicado nro. 367-2015⁶ y el 26 de febrero de 2015, la Brigada Móvil 29 del Ejército Nacional abrió la apertura de indagación preliminar nro. 001-2015 por los hechos ocurridos el 25 de febrero de 2015, en el municipio de Páez Belalcazar sector de Simbola Departamento del Cauca, en los que resultó muerto el soldado **Juan Camilo García Perdomo** (fol. 4 c- 2)

Dentro de la indagación preliminar radicada bajo el No. 005-2015, se llevó a cabo diligencia de declaración juramentada por parte del cabo tercero **GOMEZ LOPEZ WILMER ANDRES**⁷, de la que se extrae lo siguiente: (se transcribe incluso con errores)

"PREGUNTADO: sírvase indicar al despacho, dónde y con quiénes se encontraba usted para el día 25 de febrero de 2015 **CONTESTO:** me encontraba en el resguardo Belalcazar sector el simbola, con la segunda escuadra del pelotón calypso 1... **PREGUNTADO.** Sírvase realizar al despacho un relato amplio, claro y detallado de los hechos ocurridos el día 25 de febrero de 2015 en el área general de Páez- Belalcazar. **CONTESTO** Siendo las 12 y 45 del medio día me encontraba sentado después del almuerzo cuando escuché un disparo inmediatamente me dirigí al lugar de los hechos y me apersono de la situación, inmediatamente el SLP GARCÍA RUIZ JAIRO llama a mi CT FORERO REY FABIAN y me comenta la situación, llegó al lugar de los hechos donde el enfermero le presta los primeros auxilios y los soldados me comentan la situación, que el SLP CAMARGO YATE NELSON me dice que estaba sentado al lado de la ametralladora y con el pie derecho le pega a los mecanismos de disparo y se acciona la ametralladora causándole un impacto sobre el pecho, informó al puesto de mando solicitando la ambulancia para evacuar al soldado mientras el soldado enfermero le prestaba los primeros auxilios. **PREGUNTADO:** Sírvase indicar a al despacho, a quién se encontraba asignada la ametralladora M-60 No 06597. Mediante que documento le fue asignada esta arma y donde reposa dicho documento. **CONTESTO.** Esa ametralladora está asignada al SLP SANCHEZ CORTES NELSON, le fue asignada mediante acta individual de asignación de armamento, ese documento reposa en el puesto de mando atrasado del Batallón. **PREGUNTADO:** sírvase decir al despacho, que actividades se encontraba cumpliendo los señores; soldado profesional CAMARGO YATE JOSE JEFERSSON y el soldado profesional GARCIA PERDOMO JUAN (q.e.p.d) el día 25 de febrero de 2015 al medio día **CONTESTO:**

⁶ Fol. 172 y ss c-2

⁷ Testigo de los hechos según el informe por muerte.

El SLP CAMARGO YATE JOSE JEFERSSON estaba sentado al lado derecho de la ametralladora, el SLP profesional GARCIA PERDOMO JUAN se encontraba en su lugar de descanso **PREGUNTADO:** Sírvase decir al despacho, el soldado profesional encargado de la ametralladora estaba capacitado para dominar este tipo de armas **CONTESTO** Si él está capacitado **PREGUNTADO** Sírvase informar al despacho, qué órdenes de carácter permanente había sido emitidas para el día 25 de febrero de 2015 con relación al manejo de la ametralladora... **CONTESTO.** El decálogo de seguridad con las armas de fuego, ningún soldado tiene derecho a cargar su arma de dotación sin autorización del comandante, tiene que mantener el cartucho de seguridad dentro de la recámara del fusil y armas de acompañamiento, están consignadas en la orden del día y el SOP de la escuadra ... **PREGUNTADO** Sírvase indicar al despacho, había notado usted o se habían presentado discusiones entre los señores Soldado Profesional CAMARGO YATE JOSE JEFFERSON, Soldado profesional SANCHEZ CORTES NESTOR y el soldado profesional GARCIA PERDOMO JUAN (q.e.p.d) el día 25 de febrero de 2015 antes de los hechos ocurridos **CONTESTO.** No se había presentado ninguna discusión que yo sepa, no tenían problemas ni nada de eso (...)"

De igual forma, en la referida indagación se recibió la declaración del Soldado Profesional CAMARGO YATE JOSÉ JEFFERSON⁸, de la que se extrae lo siguiente (fl 28 c-2): (se transcribe incluso con errores)

"(...) **PREGUNTADO:** Sírvase realizar al despacho un relato amplio, claro y detallado de los hechos ocurridos el día 25 de febrero de 2015 en el área general de Páez- Belalcazar. **CONTESTO:** yo me encontraba hablando por celular con mi pareja sentimental en esos minutos el soldado GUERRERO se acercó y empezó a recocharme de palabras, después el soldado GUERRERO entró al cambuche mío que se encontraba el lado izquierdo de donde yo estaba sentado en el casco, yo seguí hablando por celular y tenía los pies recogidos ya que estaba sentado en el casco y la ametralladora se encontraba a unos 10 cm aproximados de mis pies al lado derecho mío, para estirar los pies porque se me estaban durmiendo decidí mover la ametralladora con los mismos y la golpeé al lado de los mecanismos para intentar correrla, de inmediato escuche un disparo y vi cuando la ametralladora voto el fogonazo, yo me tiré al suelo y colgué la llamada que estaba haciendo, transcurrido aproximadamente unos diez segundos me levanté miré al frente donde yo estaba sentado instantes antes y vi que el SLP GARCIA se encontraba tendido en el suelo boca abajo y al lado de él sangre, yo me levanté salí corriendo para allá y lo voltee boca arriba y vi que tenía un orificio en el pecho, le hablaba para que no se quedara dormido lo llamaba por el nombre, de inmediato llegaron los compañeros con un poncho o sintela no recuerdo bien que lo colocamos ahí para bajarlo a la carretera que ya la ambulancia ya llegaba...ello se lo llevaron y yo me quede en el BPM

PREGUNTADO: sírvase decir al despacho, qué actividades se encontraba cumpliendo el día 25 de febrero de 2015 al medio día los señores; soldado profesional CAMARGO YATE JOSE JEFERSSON y el soldado profesional GARCIA PERDOMO JUAN (q.e.p.d) el día 25 de febrero de 2015 al medio día **CONTESTO** El SLP SANCHEZ en el instante del accidente había acabado de reclamar el almuerzo y estaba sentado comiendo, el SLP GARCIA PERDOMO no tengo conocimiento porque no lo veía ...**PREGUNTADO** Sírvase indicar al despacho, tuvo usted alguna discusión con el señor Soldado profesional SÁNCHEZ CORTES NÉSTOR... **CONTESTO:** No con ninguno de los dos ni con nadie de la escuadra(...)"

Mediante auto del 11 de agosto de 2016, la Brigada Móvil 29 del Ejército Nacional ordenó el cierre de la investigación disciplinaria iniciada bajo el radicado nro. 005 de 2015 en contra de Camargo Yate Nelson y Sánchez Cortes Néstor Julián y dio traslado de alegatos de precalificación del sumario (fol. 435 c-2). Por auto de 4 de octubre de 2016 se resolvió formular cargos contra el soldado profesional CAMARGO YATE JOSE JEFFERSON, por incumplir las precauciones de seguridad cuando se manejan armas (fol. 465 c-2), de la se extrae lo siguiente de la parte motiva:

"(...) es posible colegir que cuando el soldado Profesional CAMARGO YATE JOSE YEFFERSON no tuvo el debido cuidado con la ametralladora M-.60 NO 06597 puesto que al

* Testigo de los hechos según el informe por muerte.

disponerse a descansar no se percató del estado de esta arma, en tal virtud incumplió medidas de seguridad en el manejo de armas encontrándose así que la conducta a fin de los descrito en el tipo disciplinario, por lo que la conducta es atípica.

(...)

Pues bien, como quiera que el material probatorio ha permitido dilucidar que existían instrucciones para el manejo de armas, que el día 25 de febrero de 2015 Soldado Profesional CAMARGO YATE JOSE JEFFERSON, dejando de lado las instrucciones y entrenamientos brindados, con referencia al uso y cuidado con las armas de fuego generando para sí, un comportamiento presuntamente consciente y voluntario, es decir, que actuó presuntamente con dolo.

Determinado que la conducta del Soldado profesional CAMARGO YATE JOSE JEFFERSON es típica, antijurídica y culpable

El Soldado Profesional CAMARGO YATE JOSÉ JEFFERSON de acuerdo con las pruebas obrantes tenía la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta y tenía la capacidad de determinarse pues es un soldado profesional que recibió capacitación y preparación en la Escuela de Soldados Profesionales, ubicada en Nilo – Cundinamarca (Fol. 376 a 378) , a pesar que como previamente se ha mencionado no tuvo el deseo de causarle la muerte pues no tenía ningún problema con el occiso situación que no es ajena al hecho de haberle presuntamente violado el deber objetivo de cuidado de allí que presuntamente la conducta del Soldado profesional CAMARGO YATE JOSE JEFFERSON no solo es atípica, antijurídica y sino también culpable a título de culpa; puesto que no previó el resultado pudiendo hacerlo, y aunque no deseo causarle la muerte a su compañero contribuyo a estos hechos al manipular la ametralladora sin estar autorizado, tal y como lo refiere en diligencia de declaración que rinde el SLP JHON JAIRO RAMOS ALDANA (folio 304 a 306, y sin tenerla asignada pues dicha arma se encontraba entregada al SLP SANCHEZ CORTES (...))

A la luz de los hechos probados dentro de la presente actuación, es preciso señalar que el H. Consejo de Estado ha previsto que en "aquellas ocasiones en las que la actividad peligrosa hubiere sido desplegada de manera negligente o imprudente, el régimen de responsabilidad aplicable ya no sería objetivo por riesgo excepcional, sino subjetivo por falla en el servicio. En efecto, "Por regla general, la imputación de responsabilidad patrimonial al Estado derivada de los daños antijurídicos producidos con ocasión de la utilización de armas de dotación oficial, por tratarse de una actividad peligrosa, se hace con fundamento en el régimen del riesgo excepcional, en el cual basta con acreditar la existencia del daño y su nexo de causalidad con el servicio sin necesidad de entrar a determinar o calificar la conducta de quien produjo el daño, como culposa o no; sin embargo, en el presente asunto resulta evidente la existencia de una falla del servicio, constituida por las lesiones causadas a uno de los demandantes, miembro de la Policía Nacional, con arma de dotación oficial accionada por otro miembro de esta entidad, que estando también en servicio, obró imprudentemente"

Atendiendo los lineamientos jurisprudenciales, en el caso concreto se encuentra acreditado que, el soldado profesional **Juan Camilo García Perdomo** falleció el 25 de febrero de 2015, en desarrollo de actividades propias del servicio, debido al disparo con arma de fuego que le causara el también soldado José Jefferson Camargo Yate. En consecuencia, se acredita la fuente obligacional en cabeza de la entidad demandada para con los accionantes, concretamente en el pago de los daños y perjuicios causados con ocasión de la muerte del soldado profesional **Juan Camilo García Perdomo**.

Se encuentra acreditada la calidad de Soldado Profesional del señor **Juan Camilo García Perdomo** desde el 5 de mayo de 2013 hasta el 25 de febrero de 2015, fungiendo para la fecha de los hechos como Soldado Profesional, conforme a la certificación visible a folio 68 c. principal.

En esa medida, frente a la imputabilidad por la muerte del señor **Juan Camilo García**

⁹ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 19 de agosto de 2004; Exp. 15791.

Perdomo, tal y como lo señaló el Consejo de Estado, *“el derecho a la reparación se fundamenta en la antijuridicidad del daño, pero siempre que éste le sea imputable al Estado. Por consiguiente no es suficiente acreditar que la víctima no estaba en el deber jurídico de soportar ese daño para que surja el derecho a la indemnización, sino que se requiere que dicho daño sea imputable a la Administración”*¹⁰.

En efecto, la parte demandante acreditó la existencia del daño, consistente en la muerte del soldado profesional **Juan Camilo García Perdomo** el 25 de febrero de 2015, con ocasión al disparo de uno de sus compañeros, resultando imputable a la entidad, en tanto su origen si bien deviene del servicio y razón del mismo (fl. 6 c-2), no es una consecuencia obligada de la actividad y el medio en que se desarrollaba el soldado, pues fue el manejo de armamento por parte de un compañero el causante del daño; configurándose un riesgo superior al que debía asumir, en tanto el hecho que se encuentre de manera voluntaria al servicio de las fuerzas militares, no implica que deba ser afectado por otro soldado durante la manipulación del armamento, siendo dable concluir que la muerte sufrida por el señor **Juan Camilo García Perdomo**, se produjo por una causa atribuible a la entidad, en cuanto tuvo su origen en el desarrollo de su actividad militar.

En este orden, el Despacho encuentra que, el Ejército Nacional resulta jurídicamente responsable, como quiera que la muerte acaeció durante el desarrollo de la actividad militar, estando bajo el amparo de la demandada, sin que sea posible desligar la muerte del señor **Juan Camilo García Perdomo** de la actividad de la Administración, toda vez que, la víctima ingresó en buenas condiciones de salud y falleció en cumplimiento de las actividades encomendadas, sin que sea de recibo exonerar a la entidad, ya que se encontraba bajo su amparo por el vínculo que tenía con la entidad demandada y al mismo tiempo cumpliendo con labores de su servicio cuando ocurrió el siniestro.

Para el Despacho es necesario señalar que si bien en la actividad militar los miembros voluntarios o no del Ejército Nacional, normalmente están sometidos al peligro de la manipulación de material bélico, como armas de corto y largo alcance, lanza granadas, y granadas de mano, entre otros, en el caso bajo estudio dicho riesgo se concretó para el señor **Juan Camilo García Perdomo** cuando en cumplimiento de sus funciones, un compañero atentó de forma involuntaria contra su integridad física.

Sobre el particular debe aclarar el Despacho que el porte y uso de instrumentos peligrosos, como las armas de fuego, es connatural al ejercicio de la labor militar puesto que el Estado se vale de las mismas para el mantenimiento del orden público y la preservación de la institucionalidad, cuando las entrega y autoriza su utilización a un cuerpo armado como el Ejército Nacional. Pero, independiente de la profesionalización de los miembros de la fuerza pública, es decir, de su entrenamiento para el correcto uso de estas armas, el porte y utilización de las mismas, no desnaturaliza la calificación de actividad peligrosa de llevarlas consigo, pues ni los riesgos ni las consecuencias por su utilización se conjuran o desaparecen por el hecho de que todos los integrantes de un determinado grupo de miembros de la entidad castrense las porten o las utilicen, como ocurre en el caso bajo estudio.

En este entendido, resulta pertinente señalar que contrario a lo manifestado por el demandado la lesión sufrida por el actor, no fue producto de un riesgo propio e inherente de la actividad castrense, ya que, si bien es cierto quienes ingresan de manera voluntaria al servicio militar asumen los riesgos que ello conlleva, no es menos cierto que el hecho de recibir un disparo de la M - 60, operada por un miembro de la fuerza pública en desarrollo de una orden de operación, no es una consecuencia connatural del oficio castrense, ya que no es de esperar que un daño sea ocasionado por sus propios compañeros, usando las armas de dotación y actuaciones que estén originados en motivos del servicio.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2010. C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 19974

Las circunstancias particulares del caso llevan al Despacho a afirmar en principio que, la administración, Ejército Nacional, creó el riesgo y lo liberó en perjuicio de la víctima, que excedió las cargas a él asignadas como soldado voluntario¹¹.

Sobre el riesgo creado el Consejo de Estado manifestó:

"Como se aprecia, la teoría del "riesgo creado" resulta aplicable a eventos en los cuales no sólo se somete a una persona a la existencia de un riesgo que desborda la normalidad, como consecuencia del uso de instrumentos o elementos para la prestación de un determinado servicio o actividad (v.gr. instalaciones públicas o de policía, armas de dotación oficial, automotores oficiales, etc.), sino que también puede, eventualmente, configurarse el título objetivo de riesgo, en aquellos eventos en que la administración pública, en desarrollo de una actividad legítima del poder público, crea y libera, en cabeza de un particular, un determinado riesgo que excede los límites de normalidad a los que generalmente se encuentra sometido y, por consiguiente, en el supuesto de que se ocasione un perjuicio, éste es el producto directo del rompimiento de las cargas públicas y, consecuentemente, del principio de igualdad (artículo 13 C.P.).

"Si se analiza con detalle el fundamento de la responsabilidad por actividades peligrosas, se tiene que la misma se origina en la concreción de un riesgo derivado de la ejecución de una acción específica o del uso de elementos o instrumentos que llevan envuelta una determinada probabilidad de ocasionar un perjuicio¹².

"Entonces, la responsabilidad del Estado puede serle imputada o atribuida mediante la formulación de la teoría del riesgo, esto puede ser a través de dos vías, claramente diferenciables: i) a través del perjuicio ocasionado por la concreción de un riesgo excepcional que desborda el marco de la normalidad- por parte de la administración, bien derivado de determinada cosa o instrumento, o el advenido de una específica actividad pública- o ii) mediante la realización de un daño derivado de la materialización del riesgo que emana de una actividad peligrosa"¹³.

5. Sobre las excepciones propuestas por el ejército nacional.

5.1 Excepción de Fuerza Mayor o caso fortuito

Por otro lado, respecto al CASO FORTUITO alegada por la demandada el Despacho, si bien la alegó en los alegatos de conclusión, también es que no es la oportunidad pertinente para alegarla. No obstante el Despacho tampoco la encuentra acreditada, en primer lugar y para resolverla, evoca lo que la jurisprudencia del Consejo Estado a sentado respecto a la misma y al caso fortuito¹⁴:

"En este punto cabe precisar la diferencia entre la causal eximente de responsabilidad por la fuerza mayor y el caso fortuito que no tiene esa virtualidad. La fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.399 (R-94-948) actor: Maximiliano Quiñónez Montaña y otros. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

¹² "El concepto amplio de riesgo creado como factor de atribución nos lleva a propiciar que él debe tener aplicación no sólo cuando el daño ha sido causado por una cosa riesgosa, tal como lo contempla en su parte pertinente el art. 1113, C.C., sino incluso cuando se trate de actividades riesgosas... Cabe tener muy presente lo siguiente, a pesar de que parezca algo sobreentendido. Este factor de atribución exige siempre la presencia de una cosa o actividad riesgosa, calificada ésta como un prius, y no por el mero hecho de haber originado un daño. Por ello no se trata de un factor de tipo residual que pueda justificar la reparación de cualquier daño. Insistimos en la necesidad de la creación de un riesgo como requisito ineludible para su funcionamiento." VÁSQUEZ Ferreyra, Roberto A. "Responsabilidad por daños", Ed. Depalma, Buenos Aires, Pág. 210.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2007, expediente: 16.399 (R-94-948) actor: Maximiliano Quiñónez Montaña y otros. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de agosto de 2007, exp. 15.494, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la imprevisibilidad, y la de la fuerza mayor en la irresistibilidad, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza. De manera más reciente ha insistido la Sala en la distinción entre fuerza mayor y caso fortuito basada en el origen de la causa. De este modo, mientras se demuestre por la parte actora que en el ejercicio de una actividad de las calificadas de riesgo o peligrosas, se le causó un daño que proviene del ejercicio de aquellas, el caso fortuito no podrá excluir o atenuar la responsabilidad de la persona pública, ya que se parte de que el evento ocurrido tiene un origen interno al servicio, la actuación o la obra pública. No ocurre lo mismo cuando la causal eximente que se alega es la fuerza mayor, cuyo origen es extraño, externo a la actividad de la administración, el cual sí constituye eximente de responsabilidad."

Frente al **CASO FORTUITO** a juicio del Despacho portar un arma cualquier sea su denominación en ejercicio de sus funciones es una actividad que se puede calificar de riesgo o peligrosa y teniendo en cuenta **que el hecho dañoso acaeció durante el servicio activo, con arma de dotación oficial y por parte de un compañero de milicia, el despacho concluye que el evento ocurrido tuvo su origen interno al servicio bajo una actividad peligrosa, razón suficiente para que no prospere la excepción.**

Por otro lado, no se acreditó una situación personal del soldado profesional José Jefferson Camargo Yate para lesionar al señor **Juan Camilo García Perdomo**, sino que las circunstancias fácticas dan cuenta de la presunta activación accidental del arma que portaba y por la que resultó lesionado el familiar de los demandantes, situación que no permite la configuración del eximente de responsabilidad de la culpa personal de agente, por consiguiente, se configura la responsabilidad de la entidad, en tanto se encontraba obligada a proteger a sus voluntarios dentro de los límites de la milicia y no someter a riesgos mayores al que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen.

Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera positiva declarándose la responsabilidad de la entidad demandada respecto a la muerte sufrida por el señor **Juan Camilo García Perdomo** con ocasión de las actividades desarrolladas mientras se desempeñaba como soldado profesional, procediendo el pago de los perjuicios establecidos por la parte actora.

Establecida la responsabilidad de la demandada por la muerte sufrida por **Juan Camilo García Perdomo**, procederá el despacho a efectuar la correspondiente.

6. Liquidación de los perjuicios

6.1. Perjuicio moral

El daño moral ha sido entendido como la aflicción, dolor, angustia y los otros padecimientos que sufre la persona con ocasión del evento dañoso, y que debe ser indemnizado en aplicación del principio general de reparación integral del daño. Acerca de este punto, desde tiempo atrás, la jurisprudencia ha considerado que el monto de los perjuicios morales es un tema sometido al arbitrio del juez, quien en últimas debe tomar en consideración las circunstancias que rodearon los hechos y lo probado en el proceso, para conseguir una decisión que sea producto de una ponderación de estos factores, pero que fundamentalmente atienda al principio de reparación integral del daño.

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico,

individual o colectivo. En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así¹⁵:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2º grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3º grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º grado de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares – terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Corolario a lo anterior, el Despacho encuentra como probado el daño moral sufrido por los demandantes **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** en calidad de compañera permanente del señor Juan Camilo García Perdomo conforme al acta de audiencia de lectura de fallo de fecha 13 de agosto de 2018 proferida por el Juzgado de Familia del Circuito de Funza visible a folio 136 del cuaderno 1, así como de la menor **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** conforme al registro civil de nacimiento visibles a folio 4.

Es así que el Despacho, procederá a fijar la indemnización de perjuicios morales de la siguiente forma:

- Por daño moral para **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO**, en calidad de compañera permanente del señor Juan Camilo García Perdomo, la suma equivalente a cien (100) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para la menor **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** en calidad de hija del señor Juan Camilo García Perdomo, la suma equivalente a cien (100) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

6.2. Perjuicios por daño a la vida en relación

Pretenden los demandantes **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** y **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** el reconocimiento del daño a la vida de relación, por la alteración de sus interrelaciones como individuos que pertenecen a una familia con ocasión de la muerte del señor Juan Camilo García Perdomo.

Al respecto debe precisarse que, dicho perjuicio ha sido redefinido por la jurisprudencia contencioso administrativa, como alteración a las condiciones de existencia, el cual debe ser acreditado a través de los medios de prueba legales¹⁶.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia de unificación del veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ En providencia de 30 de agosto de 2007, radicado 15724, se expuso: “(L)a Sala estima necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación; al respecto, se dijo: “[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados ‘daño a la vida de relación’, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal.

En esa medida, el Despacho no encuentra acreditado ésta clase de perjuicios a favor de los demandantes **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO y CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ**, por cuanto no existe ninguna prueba con la que se acredite la afectación en su vida social, en relación con la muerte del señor Juan Camilo García Perdomo, razón por la que, **negará el reconocimiento de los mismos.**

6.3. Perjuicios materiales

La demandante **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO y CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** solicitaron el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante en los periodos debido o consolidado y futuro.

Al respecto cabe señalar que, es posible deducir que **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** y de **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** estaban recibiendo una suma de dinero en específico de manera periódica proveniente de la persona que fallece mientras se encontraba con vida, debido al estado de necesidad de aquél y al correlativo deber de prestarle auxilio de éste, vínculo obligacional que es factible dilucidar a partir de ciertas relaciones familiares y para lo que se ha invocado como apoyo el derecho de alimentos regulado por los artículos 411 y siguientes del Código Civil.

Ahora bien, teniendo en cuenta que para el 25 de febrero de 2015, fecha en que el señor Juan Camilo García Perdomo tenía 22 años, se deduce que le quedaban 58 años de vida probable y a su compañera permanente **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** nacida en el 22 de septiembre del año 1998 con una expectativa de 68.1 años de vida probable, de conformidad con la Resolución 1555 de 2010, que define las tablas de mortalidad.

Siendo ello así, y como quiera que la expectativa de vida de la víctima directa es más corta que la de su compañera, no se le puede reconocer que hubiera recibido la ayuda de su esposo por un tiempo más largo, comoquiera que su expectativa de vida es mayor, entonces el tiempo máximo a liquidar será de 58 años, o sea, 696 meses de vida probable del fallecido **Juan Camilo García**.

Finalmente, para determinar la renta, se tendrá en cuenta el salario básico del señor Juan Camilo García Perdomo que para el año 2015 era de 902.090 (fol. 68 c-1), valor al cual se incrementará en un 25%, por concepto de prestaciones sociales y se le reducirá el 25% de gastos personales del fallecido, resultando, entonces, una renta mensual destinada a la ayuda económica del grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, de \$845.709.

6.4. Lucro cesante consolidado

- El período a indemnizar es el tiempo transcurrido entre la fecha del deceso del señor Juan Camilo García Perdomo, esto es 25 de febrero de 2015 (fol. 65 c-1), y la fecha de la presente sentencia, esto es el 20 de mayo de 2020.

- Indemnización debida o consolidada

La indemnización consolidada se calculó con base en la siguiente fórmula:

Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre" (...).

El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por alteración grave de las condiciones de existencia es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones".

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S= Es la indemnización a obtener

Ra= Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$845.709.

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable. Desde la fecha del deceso del señor Juan Camilo García Perdomo, esto es, 25 de febrero de 2015 hasta la fecha de esta sentencia (20 de mayo de 2020), esto es, 62,8 meses.

$$S = \$ 845.732 \frac{(1 + 0,004867)^{62,83} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$ 61.980.785,64$$

En resumen la liquidación de lucro cesante consolidado quedará así:

LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE CONSOLIDADO		
Valor renta Distribuir	\$ 61.948.135	Valor a reconocer
CERY YISHET GARCÍA RODRÍGUEZ (hija)	50%	\$30.990.392.82
DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO (compañera permanente)	50%	\$30.990.392.82
TOTAL	\$61.980.785,64	

- Indemnización futura

Conforme a los parámetros establecidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado en providencia del 22 de abril de 2015, consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo, Radicación número: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146), la liquidación comprenderá dos aspectos:

1. Que abarca desde el día siguiente a la fecha de la sentencia hasta la fecha en que la menor **Cery Yishet García Rodríguez** cumplirá los veinticinco (25) años de edad (23 de julio de 2029), lo cual arroja un período de 230,1 meses.

$$S = \frac{Ra (1+i)^n - 1}{i (1+i)^n}$$

$$S = \$ 845.709 \frac{(1 + 0,004867)^{230,1} - 1}{0,004867(1 + 0,004867)^{230,1}}$$

$$S = \$116.908.170,4$$

Dicha suma corresponde a las demandantes **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** y **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** en un 50% para cada una de ellas.

2. Que abarca desde que la menor **Cery Yishet García Rodríguez** cumplirá los 25 años hasta la expectativa de vida de **Juan Camilo García Perdomo**.

El lucro cesante futuro faltante para completar la expectativa de vida posible del fallecido, se asignará a la compañera permanente, la cual abarca desde la fecha en que la menor **Cery Yishet García Rodríguez** cumpla los 25 años hasta la expectativa de vida que le restaba a

la víctima Juan Camilo García Perdomo, quien nació el 9 de noviembre de 1992¹⁷ y murió el 25 de febrero de 2015, es decir, a los 22 años y 3 meses de edad, y de acuerdo con las Tablas de mortalidad de la Superintendencia Financiera, resolución 1555 de 2010, le correspondía una expectativa restante de vida de 58 años, o 696 meses, tiempo al que deberá descontarse lo transcurrido desde la fecha de cumpleaños (9 de noviembre 2014) hasta el hecho generado (25 de febrero de 2015) pues solo debe reconocerse desde el hecho generador del daño, esto es 3.53 meses, y descontar el tiempo a partir del hecho generador del daño hasta la sentencia pues ya se encuentra reconocido en el lucro cesante consolidado, esto es, 62.83 meses, para un total de 629.64 meses.

Como quiera que en el acápite anterior ya se realizó la liquidación hasta la fecha en que la menor cumpla los 25 años, el tiempo a liquidar por lucro cesante futuro de la compañera permanente de la víctima directa corresponde a 399.54 meses, para lo cual se procede así:

$$S = \frac{Ra(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

$$S = \$ 845.709 \frac{(1 + 0,004867)^{399,54} - 1}{0,004867(1+0,004867)^{399,54}}$$

$$S = \$148.789.472,60$$

Total, lucro cesante futuro a favor de DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO \$148.789.472,60, de esta suma dadas las circunstancias de independencia económica de los hijos, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades, quedando con esta distribución, el 50% de los ingresos restantes para cada consorte, de manera que solo le corresponde a la demandante el 50%.

En resumen la liquidación de lucro cesante futuro quedará así:

LIQUIDACION DEL LUCRO CESANTE FUTURO			
	Futuro primeros 230,1 m	Futuro últimos 399,54 m	Total Lucro Cesante futuro
VALOR DE LA RENTA A DISTRIBUIR	116.908.170,4	\$148.789.472,60	
CERY YISHET GARCÍA RODRÍGUEZ (hija)	\$58.454.085,2	0	\$58.454.085,2
DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO (compañera permanente)	\$58.454.085,2	\$ 74.394.736,3	\$132.848.821,5
Incremento reservas para necesidades del fallecido. Valor no acrecido (50%)		\$ 74.394.736,3	\$ 74.394.736,3
TOTAL RENTA DISTRIBUIDA	116.908.170,4	\$148.789.472,60	\$265.697.643

7. Costas y agencias en derecho

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4º del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5º, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia

¹⁷ Registro de nacimiento obrante a folio 8 c-1

con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

8. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada Nación -Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional por los perjuicios de los que fue objeto la parte actora con ocasión de la muerte del señor **Juan Camilo García Perdomo el 25 de febrero de 2015**, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a pagar las siguientes sumas:

- Por daño moral para **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO**, en calidad de compañera permanente del señor Juan Camilo García Perdomo (q.e.p.d), la suma equivalente a cien (100) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para la menor **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** en calidad de hija del señor Juan Camilo García Perdomo (q.e.p.d), la suma equivalente a cien (100) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a pagar las siguientes sumas por concepto de perjuicios materiales:

- Para **DERLY XIOMARA RODRÍGUEZ TENJO** la suma de ciento treinta y dos millones ochocientos cuarenta y ocho mil ochocientos veintiún pesos con cinco centavos (\$132.848.821,5), por concepto de lucro cesante consolidado y futuro.
- Para **CERY YISHET GARCIA RODRIGUEZ** la suma de cincuenta y ocho millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil ochenta y cinco pesos con dos centavos (\$58.454.085,2), por concepto de lucro cesante consolidado y futuro.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda reconocidas en el presente fallo.

QUINTO: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

SÉXTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEPTIMO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

OCTAVO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

A.M.R



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362017-0013700
Demandante	:	Carmen Yolanda Hernández Segura
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 95**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, la señora Carmen Yolanda Hernández Segura, Jhon Marín Hernández, Yuli Tatiana Marín Hernández, Yesid Felipe Marín Hernández, Ginna Marcela Marín Hernández, Blanca Matilde Hernández Segura y Ana Oliva Segura de Hernández, presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz del fallecimiento de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández, causada por su esposo Michael Iván Rodríguez Lozano, con arma de fuego de dotación oficial, circunstancia presuntamente originada por la falta de control de los superiores al patrullero de la Policía Nacional, y que posteriormente se suicidó.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 6 -7 y 10 a 13 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que, la señora Yenny Alejandra Marín Hernández (Q.E. P.D.) era la esposa del también occiso Michael Iván Rodríguez Lozano, quien se desempeñaba como patrullero de la Policía Nacional.

Señaló que, el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba en tratamiento psicológico dentro de la Policía Nacional, durante el año 2014, por diferencias con su esposa Yenny Alejandra Marín Hernández por cuestiones de infidelidad.

Adujo que, el día 02 de agosto de 2014, el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano, se encontraba de turno en el Estadio el Campín, del cual se evadió del servicio portando su uniforme y arma de dotación, le disparó a su esposa Yenny Alejandra Marín y posteriormente se quitó su propia vida.

1.3.- La Nación –Ministerio de Defensa – Policía Nacional, no contestó la demanda.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 01 de noviembre de 2016 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f. 19 c. principal), mediante auto del 22 de enero de 2017, dicha entidad remitió el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá por competencia (fls 21y22), el 29 de junio de 2017 la demanda fue inadmitida (fol. 25), subsanada las falencias el 16 de noviembre de 2017, se admitió la demanda (fl. 44 – 46).

El 28 de marzo de 2019 se realizó la audiencia inicial, en la que se decretaron pruebas (fl. 73 a 76).

Posteriormente, el día 15 de agosto de 2019 se llevó a cabo audiencia de pruebas, se dio por terminada la etapa probatoria y se corrió traslado de alegatos (fl. 97 – 98 c. principal)

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 19 de septiembre de 2019, el apoderado de la parte actora señaló que, la señora Yenny Alejandra Marín Hernández fue asesinada por su esposo uniformado Michael Iván Rodríguez Lozano, con un arma de fuego, tipo revolver 38, Indumil, modelo Cassidy de origen colombiano serial IM 5273 K, de dotación oficial.

Para el momento de la presentación de los alegatos se encontraba en investigación en la Fiscalía General de la Nación si el arma pertenece o no a la institución policial, sin embargo, para el día de los hechos, el patrullero se encontraba adscrito a la Policía Nacional y se encontraba en curso de ascenso de la Unidad de Instrucción Policarpa Salavarrieta.

Afirmó que, a pesar que el arma no estaba registrada en el almacén de armamento de la Dirección de Antisecuestro, en ningún momento se certificó que el arma no fuera parte del inventario general de la Nación.

Adicionalmente manifestó que, en el aporte probatorio de la Fiscalía, la madre de Michael Rodríguez, no pudo superar una crisis de pareja y se encontraba en tratamiento psiquiátrico, lo que probaba que el patrullero ya había presentado situaciones que podrían afectar las percepciones de las situaciones habituales de la vida, y de la propia prestación del servicio médico de la Policía Nacional.

1.5.2. Ministerio de Defensa – Policía Nacional

Señaló que, no configuraba la falla en servicio por presentarse una causal de exoneración,

por parte de la demandada, pues la decisión del patrullero Michael Iván Rodríguez fue una decisión autónoma, independiente y voluntaria.

Adujo que, la decisión de quitarse la vida se encuadraba en el fuero personal del agente, por lo que no podían los demandantes pretender que la entidad protegiera la vida de una persona que de manera imprevista actuó.

Por último, solicitó que se declarara la inexistencia de la obligación por parte de la institución, quien reconoció y pagó a sus beneficiarios los emolumentos que por ley tenía el causante como pensión de sobrevivientes, indemnización por muerte, seguro de vida obligatorio y auxilio mutuo, reiterando que la muerte del patrullero fue provocada por el mismo.

1.5.3. Ministerio Público. No rindió concepto

II.- CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6º y 156 numeral 6º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión al homicidio de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández, con proyectiles de arma de fuego de propiedad de la Policía Nacional, por uno de sus miembros.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante, por el fallecimiento de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández, con proyectil de arma de fuego de dotación oficial, causada por el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano, estando en servicio activo y uniformado, por la falta de control y vigilancia de la entidad, ya que presuntamente tenía conocimiento previo de los problemas psiquiátricos del patrullero y omitió su deber de cuidado.

4. Fundamentos de derecho.

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección "C" de la Sección Tercera de

de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y *iii)* una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

-Régimen de responsabilidad por daños causados con armas de dotación oficial.

El Consejo de Estado ha precisado que, la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados con armas de dotación oficial, debe examinarse bajo el título de imputación de riesgo excepcional, sin embargo, en determinados eventos es procedente el título de imputación de falla en el servicio.

Al respecto, existe lineamiento jurisprudencial, en el que se ha indicado que el régimen de responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial corresponde al riesgo excepcional, toda vez que este tipo de actividades se encuentran inmersas en el peligro y riesgo, logrando en muchas ocasiones lesionar a un sujeto de derecho.

Sobre el particular el H. Consejo de Estado, preciso:

“Como se advirtió en la primera parte de estas consideraciones, cuando se trata de daños causados por agentes estatales en desarrollo de actividades que crean un riesgo para los administrados –a pesar de estar autorizadas, precisamente, para garantizar su protección–, poco importa que se demuestre o no la falla del servicio; probada la actuación del agente estatal, el daño y el nexo de causalidad existente entre uno y otro, se establece la responsabilidad del Estado, y la entidad demandada sólo podrá exonerarse demostrando causa extraña, esto es, fuerza mayor o hecho exclusivo de la víctima o de un tercero².

Así mismo, en sentencia del 11 de agosto de 2010, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Enrique Gil Botero, rad.19289, señaló:

“Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para

la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 14 de 2001, rad. 12696, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima³.

En tal sentido, a la luz de la jurisprudencia del alto Tribunal Contencioso Administrativo, es claro que para que proceda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado a título de riesgo excepcional, se deben cumplir unos requisitos a saber: a) existencia del daño, b) que se haya utilizado un arma de dotación oficial por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones y, c) que exista la relación de causalidad entre esta y el daño producido como consecuencia de la utilización del arma.

No obstante, lo anterior, existen ciertas causales que, de probarse, serían procedentes para eximir de responsabilidad al Estado, como son: la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la culpa de la víctima.

Así mismo, es importante señalar que en casos como el que aquí se estudia, si en la producción del daño antijurídico interviene el concurso de una actividad peligrosa, como lo es la manipulación de armas de fuego, el régimen aplicable es el objetivo, no obstante, en caso de advertirse el incumplimiento de las normas relacionadas con el uso de fuerza, dicha situación se debe enmarcar bajo el título de imputación de falla en el servicio.

5. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por la muerte de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández, causada por su esposo el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano, con arma de fuego de uso oficial, circunstancia que presuntamente acaeció ante la falta de seguimiento y vigilancia de la institución porque tenían conocimiento de los problemas psicológico del patrullero.

De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos para determinar si la entidad demandada es responsable patrimonialmente por los hechos objeto de demanda:

El daño

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de “causales de justificación”⁴.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 11 de 2010, rad.19289, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

"... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual."⁵ (Negrilla fuera del texto)

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Registro Civil de Defunción indicativo serial NI. 08564691 de Yenny Alejandra Marín Hernández, que reporta como fecha de la misma el 4 de agosto de 2014.⁶
- Obra en el expediente inspección Técnica al cadáver FPJ-10 NUI 110016000028201402174 para Yenny Alejandra Marín Hernández.⁷
- Informe pericial de necropsia No. 2014010111001002494 Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Jenny Alejandra Marín Hernández, emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁸, en el que se indicó:

ANÁLISIS Y OPINIÓN PERICIAL

CONCLUSIÓN PERICIAL: Cadáver de una mujer adulta, que sufre tres heridas por proyectil de arma de fuego, ocasionados por su esposo, quien luego se suicida. al examen de la necropsia se encontró laceración cerebral transfijiones.

Con la información disponible hasta el momento y los hallazgos de la necropsia, podemos dar la siguiente opinión pericial.

Causa básica de muerte:

Heridas por proyectil de arma de fuego en la cabeza.

Manera de Muerte:

Violenta Homicidio (...) ⁹

Así mismo, se allegó calificación de Informe Administrativo Prestacional por muerte Nro. 019/2014:

"(...) Calificación:

PRIMERO: CALIFICAR que la muerte del señor patrullero MICHAEL IVAN RODRIGUEZ LOZANO identificado con cedula de ciudadanía Nro.80.198.171 de Bogotá de condiciones civiles personales y policiales conocidas en autos se produjo al tenor del parágrafo del artículo 71 del decreto 1091 de 1995 MUERTE SIMPLE EN ACTIVIDAD, concordante con las disposiciones del artículo 29 del decreto 4433 de 2004 de conformidad con lo expuesto en

⁵ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

⁶ Fol 242 CD cuaderno principal

⁷ Fol 26 Cuaderno 2 de pruebas

⁸ Fol 57 Cuaderno 2 de pruebas

⁹ FIs 109 a 111

la parte motiva. (...)”¹⁰

De los citados documentos, se tiene probado que la señora Yenny Alejandra Marín Hernández falleció el 4 de agosto de 2014, producto de heridas con arma de fuego.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad demandada y en consecuencia, si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

No obstante lo anterior, el Despacho encuentra que en el caso objeto de estudio la parte demandante pretende endilgar responsabilidad a la entidad demandada atendiendo dos circunstancias a) El Patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba en tratamiento psicológico, dentro de la Policía Nacional, y por ende no se encontraba apto para cumplir las actividades y funciones propias de su cargo, atendiendo que la demandada tenía conocimiento de su estado psicológico, ya que había asistido a citas psicológicas en la entidad, b) El día 02 de agosto de 2014, el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba de turno al servicio de la Policía Nacional en el Estadio el Campín y se evadió del servicio portando su uniforme y arma de dotación, sin que la Institución se percatara de este evento para evitar los hechos ocurridos.

Del material probatorio aportado, el Despacho encuentra que a efectos de acreditar el vínculo del señor Michael Iván Rodríguez Lozano con la entidad demandada, a folio 33 cuaderno 2, obra formato extracto hoja de vida, expedida por la Dirección de Talento Humano de Policía Nacional, de la que se puede advertir que, el referido se vinculó a dicha institución desde el 04 de agosto de 2003 como Auxiliar de Policía, continuando en la misma, siendo su último cargo el de patrullero, en la que como última unidad laboral se reportó la Dirección de antisequestro y antiextorsión.

De otra parte, se advierte que obra historia clínica del señor Michael Iván Rodríguez Lozano,¹¹ suscrita por la Dirección de Sanidad. De la lectura que se hace de la misma, se observa que recibió atención por diferentes patologías, pero tuvo consultas en salud mental en la que se registraron:

“FECHA CONSULTA

2014/07/15

ANAMNESIS – PACIENTE SISTE AL SERVICIO POR UNA CRISIS EN EL HOGAR, EN BUSCA DE CONSEJO Y ADEMÁS PASA POR UNA DEPRESIÓN Y UN TRASTORNO DE ANSIEDAD SE LE ENSEÑA(sic) TERAPIA DE RELAJACIÓN Y SI LO DECIDEN COMO PAREJA INICIAR UN PROCESO QUE LOS LLEVE A UN BUEN MATRIMONIO.

FECHA DE CONSULTA

2014-07-21

ANAMNESIS- SE TRABAJA CON PAREJA PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA MISMA Y LAS DIFERENCIAS DE PATRONES DE CRIANZA.

¹⁰ Fol 46 Cuaderno 3

FECHA DE CONSULTA

28/07/2014

ANAMNESIS-SE TRABAJAN PATRONES DE CRIANZA CON EL OBJETIVO DE QUE RECONOZCA CON SU PAREJA LOS DAÑOS EMOCIONALES SURGIDOS EN SU INFANCIA QUE TERMINA AFECTANDO HOY LA RELACIÓN DE PAREJA

Descripción del procedimiento- PSICOTERAPIA DE PAREJA POR PSICOLOGÍA

Diagnostico Principal- POR ESPOSO O PAREJA

Diagnostico Relacionado- SIN DIAGNOSTICO

Finalidad- TERAPEUTICO¹²

De igual manera se arrió al proceso Oficio SUDIR- DISAN 29.57 del 17 de junio de 2019 de la Dirección de Sanidad Policía Nacional:

"(...) los registros que existen de las atenciones en salud mental realizadas al señor Patrullero MICHAEL IVAN RODRIGUEZ LOZANO identificado con C.C. 80.198.171:

FECHA	ESPECIALIDAD	MOTIVO DE CONSULTA
15/07/2014	Psicología	Problemas de pareja, estado mixto de ansiedad y depresión
21/07/2014	Psicología	Problemas de pareja
28/07/2014	Psicología	Problemas de pareja

13

De la historia clínica anteriormente transcrita, es dable inferir que, el señor Patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano sí asistió a citas psicológicas con el fin de recibir ayuda a sus problemas matrimoniales, recibiendo terapias de pareja y apoyo por parte de la entidad, sin embargo, no se avizora que el psicólogo hubiera previsto el riesgo de suicidio y lo hubiera plasmado en la historia clínica, por lo tanto, no se encuentra acreditado que estas circunstancias eran recurrentes y eran posibles por parte de la entidad demandada, advertir la conducta desplegada por el patrullero y que es objeto de reproche.

Ahora bien, el Despacho advierte que si bien, el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano asistió a citas psicológicas por problemas de pareja, nótese que las citas tuvieron un intervalo de cada ocho días, lo que se puede inferir que la entidad fue juiciosa en brindar el apoyo psicológico al patrullero, teniendo en cuenta que hubo una diferencia de 17 días desde su primera cita y la fecha de los hechos, se resalta que NO hubo medicación como lo indica la parte actora o por lo menos no consta en la historia clínica, de que al patrullero se le hubiera podido detectar algún riesgo atentar contra la vida de sus familiares o de suicidio bajo, medio o alto.

Adicional, se lee en la historia clínica que no hubo un diagnóstico ni una patología detectada con un perfil de posible suicida y homicida, simplemente se trataron de citas terapéuticas de pareja, se debe tener en cuenta que el patrullero para el momento de las citas se encontraba

¹² CD Fol 88 Cuaderno principal - Historia Clínica

¹³ Fol 9 Cuaderno 3 de pruebas

en comisión de estudios, por lo tanto, no tenía acceso a armas de la entidad policial

Ahora bien, respecto del segundo cargo, esto es que el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba en servicio y este se ausentó sin que sus superiores notaran su ausencia hasta dos días después, se tiene que:

El patrullero estaba adscrito a la Dirección Antisecuestro y Antiextorsión, sin embargo, se tiene que se encontraba en comisión adelantando estudios del 24 de junio hasta el 05 de septiembre de 2014 así lo constata el oficio No. S-2019/DIASE ASJUD-29.5 del 14 de junio de 2019:

"En atención al oficio del asunto, mediante el cual se solicita información relacionada con PT (Q.E.P.D.) MICHEL IVAN RODRIGUEZ LOZANO de manera atenta me permito comunicar que el policial en mención para la fecha de los hechos (agosto de 2014), si bien es cierto figuraba adscrito a la Dirección Antisecuestro y Antiextorsión, el mismo se encontraba en comisión de estudios en la Escuela de Suboficiales y Mundos Ejecutivos Gonzalo Jiménez de Quesada (ESJIM), adelantando curso de capacitación para ascenso al grado de Subintendente, conforme se evidencia en la Orden Administrativa de Personal 1-142 de fecha 30 de julio de 2014(54) a partir del 24 de junio de 2014 hasta el 05 de septiembre de 2014, motivo por el cual mediante oficio S-2019-0067-10 DIASE de fecha 11 de junio de 2019, se procedió a surtir tramite de comunicación con sus anexos a la ESJH, para que se dé respuesta a la petición, por considerarlo de su competencia: (...)”¹⁴

También se observa Oficio No. S-2014-006339 / SUDIR – ARTAH 29, suscrito por el Capitán Iván Darío Ruiz Velasco Jefe de Área de Talento Humano ESJIM dirigido al Director de la escuela de Suboficiales:

"El día sábado de agosto del año en curso fue notificado mediante orden de servicios 0121 de DIRECPLANE para que apoyara el servicio de estadio el campin en la ciudad Bogotá a partir de las 14:30 horas, servicio al cual no se presentó aludiendo una luxación de un tobillo que durante el desplazamiento desde este centro docentes al estadio sufrió y por ende que se dirigía al hospital central de la Policía para que lo examinaran por urgencias y que muy seguramente le generarían excusa total del servicio la cual haría llegar a este centro docente, esto según lo manifestado por el señor SI ROBINSON RAMIREZ CAMPOS encargado del servicio y quien se comunicó con el señor patrullero al número de celular 321-2588339 a quien le manifestó lo antes descrito. Teniendo en cuenta que el día lunes 04/08/2014 todo el personal debía retomar la actividad académica correspondiente al seminario de orden abierto y al constatar novedades se estableció que el señor Patrullero RODRIGUEZ LOZANO MICHAEL IVAN no hizo presencia, motivo por el cual se procede a marcarle a su número de celular sin obtener respuesta, se verificó en el sistema de información para la Administración de Talento Humano qué datos de ubicación registraba, para lo cual se marcó al abonado telefónico fijo que aparecía 5639413 sin que se lograra establecer contacto.

De igual manera a través de uno de sus compañeros quien tenía el celular de la señora madre IRMA LOZANO ZAMBRANO se comunicaron con ella, quien indicó que no sabía sobre su hijo desde el sábado, pero que le marcaría a su esposa para saber si presentaba alguna complicación de salud y se trasladaría a su lugar de residencia para verificar, el motivo por el cual no se había presentado a la jornada académica en este centro docente(...) el señor Patrullero ROJAS RODRIGUEZ YHON KILLIAN Brigadier del servicio de la compañía

¹⁴ Fol 60 Cuaderno 3 de pruebas

Policarpa Salavarrieta nos informa que logró comunicarse al abonado telefónico 5639413 donde contestó un señor que dijo llamarse ELMER MONYA quien se identificó como padrastro del Patrullero RODRIGUEZ LOZANO y que debía informarnos la fatal noticia sobre el hallazgo de la señora YENNY ALEJNDRA MRIN HERNÁNDEZ y el señor Patrullero muerto dentro de su lugar de residencia (...)”¹⁵

Ahora, para el día 2 y 3 de agosto de 2014 el patrullero debía haber prestado el servicio en el Estadio el Campin, según orden de servicios No. 121/DIREC-PLANE 38.9 en la cual se señaló:

“POR LA CUAL SE IMPARTEN INSTRUCCIONES PARA LOS SERVICIOS A PRESTAR POR EL PERSONAL DE LA PLANA MAYOR TURNO “A” Y DEL PERSONAL DE PATRULLEROS QUE SE ENCUENTRAN DESARROLLANDOEL DIPLOMADO EN MANDO DIRECCIÓN Y ACTUALIZACIÓN JURIDICA, DURANTE EL FIN DE SEMANA DEL 02 AL 03 DE AGOSTO DE 2014

(...)

Anexo 002 listado plana mayor

PERSONAL QUE APOYA LA POLICIA METROPOLITANA DE BOGOTÁ EL DÍA 02 DE AGOSTO DE 2014:

(...)

N R O	G D O	APELLI DOS	NOMB RES	CEDU LA	SE CC	COMPANÍA
58	P T	RODRIG UEZ LOZANO	MICH AEL WAN	80.198. 171	5	P.SALAVAR RIETA

(...)¹⁶

Se tiene que para el día 2 y 3 de agosto de 2014 el patrullero debía haber prestado el servicio en el Estadio el Campin, según orden de servicios No. 121/DIREC-PLANE 38.9, a la cual el patrullero no asistió:

“POR LA CUAL SE IMPARTEN INSTRUCCIONES PARA LOS SERVICIOS A PRESTAR POR EL PERSONAL DE LA PLANA MAYOR TURNO “A” Y DEL PERSONAL DE PATRULLEROS QUE SE ENCUENTRAN DESARROLLANDOEL DIPLOMADO EN MANDO DIRECCIÓN Y ACTUALIZACIÓN JURIDICA, DURANTE EL FIN DE SEMANA DEL 02 AL 03 DE AGOSTO DE 2014

(...)

Anexo 002 listado plana mayor

PERSONAL QUE APOYA LA POLICIA METROPOLITANA DE BOGOTÁ EL DÍA 02 DE AGOSTO DE 2014:

(...)

NR O	GD O	APELLIDOS	NOMBRE S	CEDULA	SEC C	COMPANÍA

¹⁵ Fls 4 y 5 Cuaderno 3
¹⁶ Fls 50 a 58 Cuaderno 3 de pruebas

58	PT	RODRIGUE Z LOZANO	MICHAEL L IVAN	80.198.17 1	5	P.SALAVAR RIETA

(...)¹⁷

El Despacho encuentra que obra en el plenario de las minutas de servicio para la fecha de los hechos, esto es, del 2 al 4 de agosto de 2014, de las que se extrae lo siguiente:

"Servicio para hoy 02-08-2014 turno desde 02:00 a 05:40 horas

fecha	Hora	Asunto	Anotación
02-08-14	14:15	Anotación	Falta de personal (...)
02-08-14	14:45	Revista	A almacén de armamento, donde el señor Pt Car(sic) Rodríguez Loriza, informa que no hay novedad especial.
(...)			
02-08-14	17:10	Constancia	A esta hora y fecha se deja constancia que el sr Ramirez Campos Robinson, quien fue a recibir y formar 180 unidades de señores patrulleros en curso de ascenso en el estadio el Campin, informando que se presentaron 178 unidades, dejando de hacerlo el señor PT RODRIGUEZ LOZANO MAICOL No. Celular 3212588959, quien informo que se había trasladado hacia el HOCEN, debido a una lesión en uno de sus pies, encontrándose en ese lugar para ser valorado. Así mismo el señor PT CRISTIAN (...)
020814	17:40	Anotación	A esta hora y fecha se tiene información suministrada por parte de la sra Lina, a través de radio de comunicaciones, acerca de las novedades ocurridas con dos unidades que debían estar en el apoyo a Bogotá, la primera tiene que ver con una lesión presentada por el sr Pt Rodríguez Lozano Maicol quien al aparecer se encontraba en el HOCEN, la segunda novedad está relacionada (...)

Servicio para hoy 03-08 -2014

Fecha	Hora	Asunto	ANOTACIONES
030814	13:55	Anotación	A esta hora y fecha se deja constancia que se le marco al cel 3212588389 al señor pt Rodríguez Lozano Maico cinco veces pero no fue posible la ubicación del sr pt crdu(sic) que el día de ayer OZORI(sic) reporto una novedad referente a una luxación en uno de sus pies, pero hasta el día de hoy 030814 14:00 hs desconocemos el paradero y la situación del patrullero en mención de esta situación fue informada la señora te, Lina Paola Celis Jefe de turno

Servicio para hoy 04-08-14 turno 14:00 horas

¹⁷ Fls 50 a 58 Cuaderno 3 de pruebas

Fecha	Hora	Asunto	Anotaciones
040814	14:20	Anotación	A esta hora y fecha se deja constancia que según lo informado por el sr CT Ruiz Velasco Luan Darío, se trató de ubicar por vía telefónica al o. 3212588389 al sr PT Rodríguez Lozano Michael, lo cual no ha sido posible; así mismo se desconoce las actividades que realiza y su paradero la anotación se hace para que obre cini Antecedente.
040814	14:50	Anotación	A esta hora informa el sr CT Ruiz Velasco Luan Darío, comandante Compañía Policarpa Salavarieta, que recibe una llamada telefónica del abonado telefónico 3167912066 de parte del señor Helmer Monevar, c.c. Nro 80262294, padrastro del señor pt Lozano Rodríguez Michael, manifestando que encuentra al señor patrullero antes en mención sin vida y de igual forma a la esposa del señor patrullero, De la anterior novedad se le informa al señor Director y al señor Subdirector de la escuela (...)
040814	15:15	Anotación	A esta hora se deja constancia que por orden del señor director de la Escuela, sale de las instalaciones el sr er Ruiz Velasco Luan, edte Compañía Policarpa Salavarieta, a la calle 29ª #50b-05 Barrio Santa Rita, lugar de ocurrencia de los hechos antes relacionados con el fin de verificar la situación
040814	17:30	Anotación	A esta hora reporta el se Ct Ruiz Velasco Luan la novedad ocurrida con el señor patrullero rodríguez Lozano Michael c.c. 80.198.171, 30 años el cual fue hallado sin vida, al igual que la señora Jenny Alejandra, c.c. 1022323851, 28 años, sin más datos, esposa del señor patrullero en mención; los dos cuerpos sin vida fueron hallados por el señor Elmer Moneva 80.262.297, padrastro del señor PT rodríguez quien manifestó que la pareja llevaba 3 años de casados(...)

18

De igual manera, de las pruebas aportadas, el Despacho encuentra Oficio No. S-2019-005948 suscrito por el Coronel Luis Fernando González Herrera, Director de la Escuela de Suboficiales y Nivel Ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada, respuesta a cuestionario radicado No. 110013336 Jefe Seccional de Protección y Servicios Especiales DENAR (fl 1) en el que respecto al caso que nos ocupa, se indicó:

" (...) 7) Sirvase informar y certificar señor director, los servicios asignados el día 2 de agosto de 2014 al patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano quien se identificaba con la cedula No. 80.198.171 de Bogotá D.C. así como si prestó completamente los servicios a los cuales se le asignó, indicando hora de entrada y salida, donde presto los servicios y copia del soporte de recepción y devolución del armamento"

Respuesta:

En relación a los servicios asignados al señor Patrullero (F), mediante orden de servicio No. 121 /DIREC-PLANE-38.9 de fecha 02 de agosto de 2014, se dejó a disposición el personal de apoyo a la seguridad de las instalaciones, Policía Metropolitana de Bogotá y al Municipio de

Sibaté, por parte de la Escuela de Suboficiales y Nivel Ejecutivo "Gonzalo Jiménez de Quesada".

8) Sírvase a informar y certificar señor director, sobre si existe reporte en las diferentes minutas, libros de población y servicio y fines por la ausencia del Patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano, quien se identificaba con la cedula de ciudadanía No. 80.198.171 de Bogotá, durante los días 2,3 y 4 de agosto de 2014.

Respuesta

Una vez revisado el acervo documental de este centro docente se evidencia la existencia de las anotaciones de novedades en los diferentes libros, destinados para los servicios de este centro docente los cuales se relacionan así:

En el libro de Oficial de Servicios en los folios 43,48,49,50,51,52,53 y 54.

En el libro de Suboficial de Servicio en los folios 129,134,138 y 139.

En el libro de Brigadier de Servicio de la Compañía Policarpa Salavarrieta en el folio 9.

11) Sírvase aportar señor director, informe completo y detallado de la unidad donde se encontraba asignado el PT Michael Iván Rodríguez Lozano para el día 02 de agosto de 2014, donde indique fecha de asignación y presentación calificación del servicio, asignaciones para el día 02 de agosto de 2014 cumplimiento de las mismas, dotación entregada y armamento y demás que permiten esclarecer los hechos debatidos.

Respuesta:

En relación al informe completo y detallado de la unidad donde se encontraba asignado el señor Patrullero (F), mediante Comunicación oficial Nos-214-006339/SUDIR- ARTAH-29 de fecha 05 de agosto de 2014, el señor Capitán IVAN DARIO SUIZA VELASCO- Jefe Área de Talento Humano ESJM se informa la novedad ocurrida al señor Coronel VICTOR ALFONSO ROJAS SILVA- Director Escuela de Suboficiales. En relación a la asignación y presentación para el servicio mediante Orden de Servicio N°121/DIREC-PLANE- 38.9 de fecha 02 de agosto de 2014 se asignó al apoyo a la Policía Metropolitana de Bogotá.¹⁹

Así mismo Oficio No- 2019- 0067110 /DIASE –ASJUD-26.25 del 11 de junio de 2019, suscrito por el Brigadier General FERNANDO MURILLO ORREGO, Director Antisecuestro y extorsión:

"(...) relacionado con el suicidio del señor Patrullero MICHAEL IVAN RODRIGUEZ LOZANO quien se identificaba con cedula de ciudadanía 80.198.171 lo anterior por considerarlo de su competencia, toda vez que para la fecha de los hechos e información solicitada el funcionario en mención se encontraba en comisión de estudios adelantando curso de capacitación para el ingreso al grado de Subintendente desde el 24 de junio de 2014 hasta el 05 de septiembre de 2014, conforme a la orden Administrativa de Personal 1-142 de fecha 30 de julio de 2014 en la escuela de Suboficiales y Nivel ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada."²⁰

De la documental aportada se puede advertir que, el señor Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba adscrito a la Dirección Antisecuestro y antiextorsión, paralelo, el patrullero se encontraba en comisión de estudios en la Escuela de Suboficiales y Mandos Ejecutivos Gonzalo Jiménez de Quesada (ESJM), adelantando curso de capacitación para ascenso al grado de superintendente.

Aunado a lo anterior, para el 2 y 3 de agosto de 2014, algunos estudiantes de la Escuela de

¹⁹ Fls 1 y 2 C2

²⁰ Fol. 62 Cuaderno 3

Suboficiales, entre estos, el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano, mediante orden de servicios 0121 de DIRECPLANE, fueron solicitados para apoyar el servicio de estadio el campin en la ciudad de Bogotá a las 14:30, pero siendo el 2 de agosto de 2014 a las 02: 00 p.m. el patrullero no se presentó a prestar el servicio, la entidad se comunicó con él, quien manifestó que había sufrido una luxación de un tobillo y por ende, se dirigiría al Hospital Central de la Policía.

Así mismo, dentro de las minutas allegadas se puede constatar las varias anotaciones desde el 2 de agosto de 2014 hasta el 4 de agosto de 2014, diferentes anotaciones y constancias donde trataron de comunicarse con el patrullero, sin embargo, como el mismo patrullero el 2 de agosto contestó su número de celular y afirmó haber tenido un accidente de tobillo y dirigirse al Hospital, no se pudo detectar nada anormal con el patrullero, es decir, no fue una actitud de descuido, ni de que se haya ausentado de su puesto de trabajo y que la entidad no lo haya notado, inversamente se hizo un seguimiento a su ausencia, además se aclara que el patrullero Michael nunca abandonó el servicio policial el 2 de agosto.

Las pruebas allegadas nos permiten concluir que, Michael Iván no llegó a prestar el servicio, pero se dejaron las debidas constancias y se hicieron los reportes pertinentes sobre la no comparecencia del patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano por parte de la entidad demandada.

En tal sentido, es dable inferir que la entidad demandada creyó en la buena fe del patrullero, quien manifestó que se encontraba en el Hospital; y por tal motivo no había podido llegar a la actividad policial, a la que había sido citado para los días 2 y 3 de agosto de 2014, ya que recuérdese que el mismo se encontraba en comisión de estudios, por lo que se reitera que no hubo omisión por parte de la entidad, ni descuido que pudiera deprecarse alguna actuación extraña para poner en conocimiento ante las autoridades respectivas, sino que se siguió los protocolos por no asistencia del patrullero y que hicieran inferir a la demandada cualquiera de las actuaciones reprochables desplegadas por el patrullero, adicionalmente, al no llegar a prestar el servicio no se le hizo entrega de ningún armamento ni hay novedad por parte del almacén de armamento, como consta en la minuta que se cita:

02-08-14	14:45	Revista	A almacén de armamento, donde el señor Pt Cur(sic) Rodríguez Loriza, informa que no hay novedad especial.

Sumado a lo anterior, se debe advertir que de las minutas allegadas entre los días 2 de al 4 de agosto de 2014, se dejó registro y constancia de las llamadas realizadas al señor patrullero en diferentes horas, así mismo se allegó oficio No. 2014-006339, en que se afirmó que, el lunes 4 de agosto de 2014, el patrullero debía haberse reintegrado como estudiante en la Escuela de Suboficiales y Mandos Gonzalo Jiménez de Quesada, al no asistir se llamó a la señora Irma Lozano Zambrano, en calidad de madre del patrullero, quien expresó que no sabía nada de su hijo desde el sábado 2 de agosto, pero que se comunicaría con su esposa para saber si se presentó alguna complicación de salud.

La institución durante ese mismo día trató de comunicarse con sus familiares, sin embargo, fue hasta las 02:30 p.m. que el señor Elmer Moneva contestó la llamada de la Institución e informó sobre la fatídica noticia del hallazgo de los cuerpos sin vida de la señora Yenny

Alejandra Marín Hernández y el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano, en la casa donde habitaban.

Inmediatamente se supo la noticia, se recibieron órdenes de superiores de ir a verificar el estado del patrullero, donde se confirmaron los hechos y se dispuso el traslado del señor Intendente Hugo Acero Bohórquez (psicólogo) del grupo de gestión humana de la Policía Nacional, para el respectivo acompañamiento a la familia y al asesoramiento para el procedimiento ante la Dirección de Bienestar Social para los trámites funerarios.

Atendiendo lo anterior y las pruebas dentro del plenario, no le queda duda al Despacho que, el uniformado Michael Iván Rodríguez Lozano no se encontraba en servicio para el 2 de agosto de 2014, teniendo en cuenta que primero estaba en comisión de estudios y si bien es cierto había sido llamado para apoyo de actividad judicial para el 2 y 3 de agosto en la ciudad de Bogotá, este no se presentó a cumplir con el apoyo, aduciendo una calamidad.

Por otro lado, tampoco es cierto que la Policía Nacional no hubiera notado el abandono de cargo del señor patrullero el día 02 de agosto de 2014, pues como se resaltó en párrafos anteriores, sí hubo anotaciones y constancias de que el señor patrullero no se había presentado a prestar el servicio el día de los hechos, pruebas estas que llevan a desvirtuar el cargo del señor apoderado demandante, sobre que el señor patrullero se encontraba en servicio y la omisión de la entidad para evitar el trágico suceso.

En conclusión para este cargo, el título de imputación atribuido por la parte demandante, se debió señalar en concreto, cuál o cuáles disposiciones legales o reglamentarias contenían cada una de las normas o reglas que eventualmente fueron inobservadas o infringidas por los superiores de la víctima, y en todo caso, demostrar mediante cualquiera de los medios probatorios la conducta negativa de la entidad y el hecho de que debido a la misma, se generó el daño sufrido por la parte demandante, pero al revisar el plenario no obra prueba alguna al respecto, por lo que no obra medio de convicción encaminado a demostrar las eventuales omisiones endilgadas por el contrario es nutrido el material probatorio respecto de lo sucedido dentro de las fechas de la ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, en lo que concierne a la imputación sobre el uso del arma de dotación que causó la muerte de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández, el Despacho realizará las siguientes precisiones:

Es necesario reiterar que, en principio, el patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba adscrito a la Dirección Antisecuestro y Extorsión, pero mediante orden administrativa de personal 1-142 de fecha 30 de julio de 2014, el señor patrullero (F) se hallaba adelantando curso de capacitación para el ingreso al grado de subintendente desde el 24 de junio hasta 55 de septiembre de 2014, en las instalaciones de la Escuela de Suboficiales y Nivel Ejecutivo Gonzalo Jiménez de Quesada.

Se tiene que, cuando el personal uniformado se encuentre en franquicia, vacaciones, permiso, licencia, incapacidades, excusa del servicio, suspensión, traslado de la unidad, cursos de capacitación o ascenso, traslado interno o retiro de la institución, está obligado a entregar el material de guerra asignado en forma inmediata al Amarillo, en perfecto estado

de aseo, y no portar armas de dotación.²¹

Sobre el particular, de la documental aportada, se allegó informe pericial de balística Forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en el que se concluyó lo siguiente:

CONCLUSIONES

El revolver marca Indumil Llama calibre treinta y ocho, Especial, modelo Cassidy, numero interno 151 y con serial identificado M 5273 K, se encuentra en buen estado de funcionamiento apto para la realización de disparos.

No fue posible establecer si los proyectiles de los casos 201401011100010002495, relacionados como P2, evidencia 15 y 20140101110010002494, relacionado como P4/4, evidencia 17 fueron o no disparados en el revolver recibido para estudio dadas las pocas zonas aptas para estudio micro comparativo.

Los proyectiles de los casos 2014011100010002495, relacionado como P1/4, evidencia 14 y 20140111001002494 relacionado como P3/4 evidencia 16; fueron disparados por el revolver indumil Llama, calibre treinta y ocho Especial, modelo Cassidy, numero interno 151 y con serial identificativo IM5273K.

Las cuatro (4) vainillas recibidas para estudio del caso 20140101110010002495, relacionadas como; V1/4, V2/4, V3/4 y V4/4 fueron percutidas por el revolver Indumil llama antes relacionado "²²

Sumado a lo anterior se encuentra el oficio No.02194.079 del 31 de 2019, IM-OC-SGE-respuesta solicitud, suscritas por el Secretario General de Indumil:

"En respuesta a su solicitud, con radicado No. 02.192.026 el 25 de julio del año en curso me permito informar que luego de consultar en la base de datos actas y facturas de la INDUSTRIAMILITAR se evidencia que el serial del Revolver Llama Cassidy calibre 38 especial le hace falta una letra al final, por tal motivo no es posible saber a quién fue comercializada el arma, es necesario obtener el numero completo del serial o el número de comercializada el arma, es necesario obtener el numero completo del serial o el número de cedula de la persona mencionada, en dicha solicitud.

Se verificó en el sistema del Departamento control comercio de Armas, Municiones explosivos y la serie IM5273 no existe. "²³

También el oficio N°0119005643102/MDN-COGFM-JEMCO-SEMAI-DCCAE-OF-JUR-19 del 03 de agosto de 2019, suscrito por el Jefe de Departamento Control Comercio de Armas Municiones y Explosivos del Ministerio de Defensa:

"Con toda atención y en respuesta a su oficio de la referencia, radicado bajo el numero interno

²¹ lineamientos para la seguridad, dotación Y MANTENIMIENTO DE LAS ARMAS DE FUEGO Proceso asociado Código Versión GESTIÓN DE SEGURIDAD, APOYO LOGÍSTICO, COMUNICACIÓN Y PRENSA. L-SA-02 01

²² Fol. 145 Cuaderno 2 de pruebas

²³ Fol. 91 Cuaderno principal

119002492402, verificado el sistema de información de Armas, Explosivos y Municiones (SIAEM), por otra parte el arma de fuego tipo REVOLVER marca CASSYDY, calibre 38, con número de serie IM5273, no aparece registrada en el Sistema de Información de Armas, Explosivos y Municiones (SIAEM).²⁴

Adicional se observa oficio No, s-2019—DIASE-ASJUD-29.25 del 14 de junio 2019:

*"Por último a lo referente a la información relacionada con el arma, tipo revolver Cal 38, marca Llama, modelo Cassidy, serial No. IM5273K, numero interno 151, de acuerdo a lo informado por el señor Almacenista de Armamento de la Dirección Antisecuestro Y Antiextorsión, indica que una vez verificados los sistemas de información para la administración el componente de armamento de la Policía Nacional (SAP SILOG, el arma antes descrita no ha estado registrado en los inventarios de armamento de la Dirección Antisecuestro y Antiextorsión."*²⁵

Así mismo, el informe Ejecutivo FP-J-3 del 04 de agosto de 2014, donde indican que dentro de los objetos recolectados el día de los hechos se encuentra el arma:

*"04:08:2014; 5:12 P.M. EN MANO DERECHA DE LA VÍCTIMA UN REVOLVER MARCA SMITH WESSON CON NUMERO DE SERIE IM5243K"*²⁶

De las pruebas anteriormente relacionadas es claro que, el señor Michael Iván Rodríguez Lozano se encontraba adscrito a la Dirección Antisecuestro y Extorsión, pero mediante orden administrativa de personal 1-142 de fecha 30 de julio de 2014, el señor patrullero (F), se encontraba adelantando curso de capacitación para el ingreso al grado de subintendente desde el 24 de junio hasta 05 de septiembre de 2014 por lo que en desarrollo de dicha actividad, no tenía asignado ninguna clase de armamento.

Como se indicó en el escrito de la demanda y conforme a las pruebas obrantes en el expediente, es claro para el Despacho que el patrullero acabó con su vida y presuntamente atentó contra la vida de su compañera sentimental Yenny Alejandra Marín Hernández, el día 3 de agosto de 2014, por cuanto está comprobado el suicidio del patrullero, lo mismo no ocurrió con la extinta Yenny Alejandra María Hernández, dentro del proceso 110016000028201402174, en las diligencias de archivo por la Fiscalía 37 Unidad de Vida – Seccional de Fiscalías de Bogotá, como se indica a continuación:

*"(...) En el caso que nos ocupa, estamos frente a un hecho en el cual no intervino ningún tercero sujeto activo en la conducta, pues aparece claro de acuerdo con los elementos materiales probatorios recaudados, principalmente de los diversos escritos de lamentación y despedida del occiso MICHAEL IVÁN RODRIGUEZ LOZANO, además de los señalado por el psiquiatra forense Ricardo Izquierdo Urdinola, según lo cual la acción de muerte fue auto infligida, de tal manera que no existiendo sujeto activo de la conducta diferente, a la propia víctima MICHAEL IVÁN RODRIGUEZ LOZANO, no es posible continuar la indagación por tratarse de un suicidio en donde la propia víctima se autolesiona como consecuencia de las presiones que sentía por asuntos de índole sentimental.
(...)"*

²⁴ Fol. 99 Cuaderno principal

²⁵ Fol. 61 Cuaderno 3 de pruebas

²⁶ Fol 4 Cuaderno 4 de pruebas

En consecuencia, dispone esta delegada el ARCHIVO PROVISIONAL DE LAS DILIGENCIAS, conforme a lo normado en artículo 79 de la Ley 906 de 2004 (...)

No lo mismo se puede predicar respecto de la víctima YENNY ALEJANDRA MARÍN HERNÁNDEZ, pues su deceso, según elementos probatorios e informes periciales, si obedeció a un homicidio, cuyo mecanismo causal de muerte que arma de fuego por la acción de un tercero, esto al parecer su propio cónyuge MICHAEL IVAN RODRIGUEZ LOZANO, por lo cual se compulsaran copias, para que se continúe la indagación respecto de esta víctima YENNY ALEJANDRA MARIN HERNÁNDEZ, para si llegar hacer del caso acudir ante Juez del Circuito de esta ciudad a fin de que se declare a la extinta la acción penal bajo los términos de los artículos 77, 78, 80 del C.P.P. en consonancia con la sentencia de la Corte Constitucional C 591 del 09 de junio de 2005, en concordancia con el artículo 82 del C.P.²⁷

No se allegó ningún otro expediente o prueba en el que se hubiera iniciado la investigación del homicidio de la víctima, donde se pudiera determinar y esclareciera la muerte de la señora Yenny Alejandra, por tanto, en gracia de discusión se tendrá como prueba lo allegado en el proceso, esto es, el presunto homicidio de la señora antes mencionada por parte del patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano.

En cuanto al nexo del agente con el servicio, el II. Consejo de Estado ha precisado:

"La simple calidad de funcionario público que ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública. En doctrina que la Sala ha acogido en reiterada jurisprudencia, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Para establecer cuándo un hecho cometido por un agente estatal tiene vínculo con el servicio, la Sala, en sentencia del 17 de julio de 1990, expediente: 5998, formuló el siguiente test de conexidad, con fundamento en la doctrina extranjera: ¿advino el perjuicio en horas del servicio, en el lugar o con instrumento del mismo?; ¿el agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio o bajo su impulsión?. En la misma providencia se advirtió que "ello no quiere decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas especies o de ambas, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración, pero si resultara que el Juez, en primer término, tendrá mejores elementos de juicio para inferir que existió una falla en el servicio". En providencias más recientes se señaló que "en las decisiones en las que se ha acudido al referido test éste no conduce inexorablemente a una u otra conclusión, ya que se deberán analizar, en cada caso, las circunstancias especiales que rodearon el hecho para poder determinar si el daño es atribuible o no atribuible al demandado, aportando únicamente hechos indicadores en relación con la conducta imputada (no con el nexo de causalidad), a partir de los cuales y en armonía con las demás pruebas se podrá solucionar la controversia". En síntesis, aunque las pruebas que obran en el expediente demuestran que las lesiones sufridas por el señor Henry Castro Mejía fueron causadas con intervención del agente de la Policía Enzo Rafael Acosta Camaño, el daño sufrido por los demandantes no es imputable al Estado porque la actuación de éste no supuso una manifestación del ejercicio de su cargo, ni se produjo con un vehículo oficial, ni con un bien que hubiera estado bajo la guarda de las entidades públicas demandadas. En pocas palabras, el daño sufrido por los demandantes no es imputable a la demandada porque la actuación del agente estatal que intervino en su comisión fue ajena al servicio que prestaba

²⁷ FIs 217 a 221 del Cuaderno 4 de pruebas.

y por lo tanto, sólo comprometió su esfera personal".²⁸ (Negrilla y subrayado fuera del texto original)

De conformidad con el anterior criterio jurisprudencial, es dable inferir que no es suficiente que se acredite la calidad del funcionario público que reviste el agente que ocasionó el daño, a efectos de atribuir responsabilidad a la administración, toda vez que el agente puede adelantar actos ajenos a la prestación del servicio, en tanto que puede actuar dentro de la esfera privada.

Así mismo, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁹, ha señalado:

"La jurisprudencia de la Subsección ha sostenido que la culpa personal del agente configura una ausencia de imputación, y se concreta en los casos en los que el funcionario realiza actividades que no tengan vinculación con el servicio, sino que actúan desprovistos de la citada calidad, a lo que se adiciona la ausencia del ánimo o la intención de que el resultado haya sido producto del servicio, sino que, a contrario sensu, la génesis del daño está en un motivo personal del servidor".

En este orden de ideas, en casos como el que aquí se estudia, es importante dilucidar si el hecho dañoso causado por un miembro de la fuerza pública tuvo o no nexo con el servicio, es decir si la exteriorización de su conducta se despliega en virtud al ejercicio del poder público, que en el presente caso ya es claro que los hechos no ocurrieron con ocasión a la prestación del servicio.

Del estudio que se hace sobre el particular, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sido enfático en precisar que en aquellos casos en los que se pretende atribuir responsabilidad al Estado, con ocasión de hechos ejecutados por miembros de la fuerza pública, es menester acreditar diferentes circunstancias, tal y como pasa a verse:

"Bajo esta perspectiva, la Sala de modo reiterado³⁰ ha precisado que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas, cuando estas tienen algún nexo con el desarrollo de la función administrativa, es decir, que la sola calidad de funcionario o servidor público que ostente el autor del hecho, no es suficiente para impeler la responsabilidad del Estado. En este sentido la Sala manifestó:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que ahora se reitera, las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público³¹. La simple calidad de funcionario que

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 2 de mayo de 2007. Exp. 16743.

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C, Sentencia del 7 de febrero de 2011, Radicación nro. 66001-23-31-000-1998-00620-01, Nro. Interno 19038.

³⁰ Se pueden consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de agosto 10 de 2001, rad. 13666 y de agosto 15 de 2002, rad. 13335, C.P. Alier Hernández Enriquez.

³¹ [1] En sentencia de 26 de septiembre de 2002, rad. 14.036, dijo la Sala: "Para determinar cuándo el hecho tiene o no vínculo con el servicio se debe examinar la situación concreta para establecer si el funcionario actuó frente a la víctima prevaleciendo de su condición de autoridad pública, es decir, que lo que importa examinar no es la intencionalidad del sujeto, su motivación interna, sino la exteriorización de su comportamiento. En otros términos lo que importa para atribuir al Estado, por ejemplo, el hecho de un policía que agrede a una persona es establecer "si a los ojos de la víctima aquel comportamiento lesivo de la policía nacional aparecía como derivado de un poder público, siquiera en la vertiente del funcionamiento anormal de un servicio público".

ostente el autor del hecho no vincula necesariamente al Estado, pues dicho funcionario puede actuar dentro de su ámbito privado separado por completo de toda actividad pública.

En doctrina que la Sala ha acogido en dichas decisiones, se señala que para que la conducta causante del daño, desplegada por un agente estatal, tenga vínculo con el servicio, se requiere que ésta se presente externamente como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público:

“[N]o cualquier actuación dañosa de los funcionarios o agentes administrativos conlleva imputación de responsabilidad a la administración de quien dependen o en la que están encuadrados. Se requiere en todo caso para que opere el mecanismo de atribución a la administración del deber de reparar un daño patrimonial, que la actuación lesiva de la persona autora material de éste pueda calificarse como propia del “funcionamiento de los servicios públicos”. Es decir que la conducta del agente de la administración productora del evento dañoso suponga una manifestación del desempeño o ejercicio del cargo público, presentándose externamente entonces el resultado lesivo como expresión o consecuencia del funcionamiento del servicio público. Por tanto, la Administración no responde de los daños causados por la actividad estrictamente privada de sus funcionarios y agentes, es decir, la llevada a cabo absolutamente al margen de las funciones del cargo público; en una palabra, la realizada fuera del servicio público. En definitiva, el fenómeno jurídico de la imputación de responsabilidad civil a la administración no se produce en aquellos supuestos de daños resarcibles en los que el funcionario se presenta frente al sujeto dañado” en su alidad de persona privada, desprovisto, por tanto, de toda calificación jurídico pública³²³³. (Subrayas del Despacho).

De este modo, conforme a los pronunciamientos realizados por el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es claro que en casos como el que decide el Despacho, se debe acreditar la concurrencia de ciertas circunstancias: i) *que se trate de la utilización de un arma de dotación oficial por parte de un agente de alguno de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, en ejercicio de sus funciones* y ii) *que exista relación entre esta y el daño producido.*

Descendiendo al caso objeto de estudio, encontramos que conforme al material probatorio recaudado, el arma empleada en la comisión de los hechos objeto de controversia, el arma tipo revolver Cal 38, marca Llama, serial No. IM5273K número interno 151, de acuerdo a lo informado por el señor Almacénista de Armamento de la Dirección Antisecuestro, indica que una vez verificados los sistemas, esta arma no ha estado registrada en los inventarios de armamento de la Dirección Antisecuestro y Antiextorsión donde se encontraba inscrito el Patrullero Michael Iván Rodríguez Lozano.

Así mismo, se allego Oficio No. 0119005643102/MDN –COGFM-JEMCO-SEMAI-

³² [2] ANDRÉS E. NAVARRO MUNUERA. *La ampliación de la responsabilidad patrimonial de la administración a los daños ocasionados por sus funcionarios o agentes actuando al margen del servicio público*, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 60, octubre-diciembre de 1988. Se analiza en el artículo la sentencia del Tribunal Supremo de España del 27 de mayo de 1987, que concedió a los demandantes la indemnización por la muerte de su hijo ocasionada por un agente de la policía con arma de fuego reglamentaria, pero quien disfrutaba de sus vacaciones, en aplicación de la teoría del riesgo como título de imputación.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de febrero 10 de 2011, rad. 19123, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

DCCAE-OF JUR 19, proferido por el Jefe Departamento de Control Comercio de Armas Municiones y Explosivos del Ministerio de Defensa, en el cual se certifica que el arma de fuego tipo revolver, marca CASSIDY, calibre 38, con número de serie IM5273, no aparece registrada en el sistema de información de armas explosivas y municiones, por tanto queda descartado que el arma causante del homicidio perteneciera a las Fuerza Pública, y estuviera a cargo del señor patrullero, si bien es cierto no se ha probado el origen del arma, lo cierto es que no se encontró en los inventarios del armamento de la Policía Nacional.

Es importante precisar que, el señor patrullero no tenía ninguna arma a su cargo porque se encontraba en comisión de estudios, y que a pesar de que se había solicitado apoyo para actividad en Bogotá y entre los solicitados se encontraba el patrullero extinto, el mismo nunca llegó a prestar el servicio, justificando su ausencia por supuesta luxación en un pie y que se dirigía al Hospital para recibir el tratamiento correspondiente,

Por lo tanto, del estudio que se hace de las pruebas y atendiendo la situación fáctica, para el Despacho es claro que la exteriorización de la conducta del patrullero no se adelantó en razón a la manifestación del ejercicio de su cargo, por el contrario, la misma comprometió la esfera personal del citado, atendiendo los conflictos que afrontaba con su pareja tal y como se indicó en líneas anteriores.

En el presente asunto, la parte demandante reprocha la negligencia de la entidad demandada, en tanto que a su juicio debió tomar medidas por tener conocimiento de su trastorno psicológico, y no permitir que el patrullero Michael Rodríguez, portara armas de dotación.

Sobre el particular, el Despacho encuentra que no obra constancia médica que se hubiera advertido el peligro de algún tipo, el patrullero no se encontraba en servicio activo policial, estaba desempeñándose como estudiante en la Escuela Gonzalo Jiménez de Quesada y cuando fue requerido para prestar apoyo esto el 2 de agosto de 2014, no se presentó, la Policía Nacional no recibió ningún indicio o queja en contra del patrullero o que se haya puesto en conocimiento previo alguna anomalía que le hubiera hecho prever, los cambios emocionales, que conllevaran a sus superiores a adoptar medidas de seguimiento y evaluación de su conducta a efectos de tomar correctivos.

En tal sentido, no se avizora una conducta omisiva por parte de la entidad demandada, en tanto que, al advertir el normal desarrollo de las actividades asignadas al patrullero, toda vez que, no se tenía conocimiento de ningún tipo de conducta objeto de reproche, no era procedente tomar medidas al respecto.

En conclusión, en estos casos para que surja responsabilidad patrimonial, no es suficiente probar que el daño se produjo por un agente de la fuerza pública, es necesario demostrar que la actividad desplegada por el agente tuvo una relación directa con el servicio, como tal circunstancia no acaeció, en el presente asunto no es dable acceder a las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, atendiendo que, si bien se advierte que el fallecimiento de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández presuntamente se causó por un Agente de la Institución, NO se causó con arma de propiedad de la Nación Ministerio de Defensa – Policía Nacional, es claro que las circunstancias que conllevaron al acaecimiento de dichos hechos fueron causados en

virtud a la órbita privada del agente.

En este orden de ideas, es dable afirmar que en el caso que nos ocupa no se advierte que la entidad demandada haya incurrido en algún tipo de omisión que contribuyera a la configuración de los hechos objeto de reproche.

En consecuencia, del análisis del acervo probatorio obrante en el plenario, el Despacho encuentra que atendiendo que la conducta desplegada por el señor Michael Iván Rodríguez Lozano, fue determinante en la concreción de los hechos que son objeto de reprensión, y que los mismos se causaron en una esfera de carácter personal, completamente ajena al ejercicio que prestaba como miembro de la Policía Nacional, es claro que en el presente caso se encuentra configurada el eximente de responsabilidad consistente en *culpa personal del agente*.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado en providencia del 21 de noviembre de 2018, con ponencia de la doctora Marta Nubia Velásquez Rico (40843), precisó:

“La culpa personal del agente estatal es una figura jurídica reconocida jurisprudencialmente que consiste en aquel o aquellos hechos que se producen como consecuencia directa, determinante y sustancial de la acción, negligencia, impericia o imprudencia del agente o funcionario estatal bien sea por fuera del ejercicio de sus labores, misiones o deberes legales, institucionales o funcionales, o bien en su fuero de despliegue privado aunque haya la intervención de bienes, elementos u objetos ligados a la actividad estatal, como ocurre con los vehículos o las armas de dotación de las que están provistos estos sujetos, pero que no están destinados, ligados o vinculados a la actividad, función o servicio público de manera inescindible cuya prueba está en cabeza de quien invoca la imputación del daño antijurídico al Estado”³⁴.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, es claro que en el caso objeto de análisis se encuentra acreditada la configuración de la eximente de responsabilidad de culpa personal del agente, circunstancia que impide estructurar la imputación jurídica del daño a la entidad demandada.

6. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del fallecimiento de la señora Yenny Alejandra Marín Hernández, debe resolverse de forma negativa, pues pese a que se causó por el patrullero al servicio de la Policía Nacional, esto devino con un arma de fuego que **NO** pertenecía al inventario de armamento de la demandada, se actuó con diligencia de parte de la Institución Policial, y el hecho se causó por la culpa personal del agente desligada del servicio.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2016, Exp. 30866, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

En consecuencia, **el Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar probada el eximente de responsabilidad de culpa personal del agente, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

CUARTO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

CTT



**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 20 de mayo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362017-0021400
Demandante	:	Aldemar Molina Carvajal
Demandado	:	Alcaldía de Bogotá – Secretaría Distrital de Movilidad y Servicios Especiales para la Movilidad – SIM

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 104**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho profiere sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda

Mediante apoderado judicial, el señor Aldemar Molina Carvajal presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra Bogotá D.C. – Secretaría Distrital de Movilidad y el Consorcio de Servicios Especiales para la Movilidad – SIM a efectos de que, se les declare responsable por los perjuicios causados por el presunto deficiente control ejercido por las demandadas en el trámite del traspaso del vehículo de placas MSL886 que había sido comprado por el demandante y que le impidieron adquirir la propiedad del automotor.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 50 a 52 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora señaló que, el señor Aldemar Molina Carvajal realizó negocio de compraventa con pacto de retroventa del vehículo de placas MSL886.

Refirió que una vez realizadas una serie de trámites, radicó los papeles del vehículo en el SIM de la localidad de Restrepo, a efectos de que la tarjeta de propiedad saliera a nombre del señor Aldemar Molina Carvajal, situación que acaeció, razón por la que realizó el pago total del precio de la compraventa.

Adujó que, el 26 de junio de 2016 el SIM expidió la licencia de transito No. 10009789508 en la que figuraba como propietario el señor Aldemar Molina Carvajal.

Refirió que, las entidades incurrieron en una falla en el servicio, al no realizar los controles necesarios para verificar que las firmas y huellas dactilares correspondían a las del propietario real del vehículo, lo que causó un daño patrimonial al señor Aldemar Molina Carvajal.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad – SIM

Mediante escrito radicado el 12 de junio de 2018, el Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad – SIM se pronunció respecto de la presente demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Indicó que, no era dable imputar responsabilidad a la entidad, en tanto que, había obrado dentro del marco funcional y legal, por lo que no existía prueba de alguna conducta activa u omisiva que sea fuente de la configuración del daño alegado por el demandante.

Refirió que conforme a las pruebas aportadas se advertía que en su momento, el usuario radicó los documentos de manera completa, lo que permitió la aprobación del trámite de traspaso bajo el principio de buena fe, por lo que los hechos acaecidos con posterioridad no le eran imputables.

1.3.2. Bogotá Distrito Capital – Secretaría Distrital de Movilidad

A través de escrito radicado el 18 de junio de 2018, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas por la parte actora.

Señaló que, en el caso objeto de estudio no se presentaban los elementos esenciales para la configuración de la obligación de reparar, toda vez que la demanda estaba enfocada a reparar unos perjuicios por la presunta conducta irregular de la entidad, situación que no se encontraba acreditada.

Indicó que, en el presente asunto se encontraba acreditada la legitimidad en la causa, por cuanto no era partícipe material en los hechos objeto de estudio, en tanto que, existía un contrato de concesión suscrito con la Concesión Servicios Integrales para la Movilidad SIM, quien era la encargada de realizar el trámite de traspaso de los vehículos automotores.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 11 de agosto de 2017 (f. 55 c. principal) mediante auto proferido el 18 de agosto de 2017, se inadmitió la demanda y seguidamente, se admitió la demanda a través de auto del 12 de octubre de 2017 (f. 95 a 97 c. principal).

El día 7 de marzo de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que, entre otras cosas se decretaron pruebas. (fl. 209 a 211).

Finalmente, el día 8 de octubre de 2019 se realizó audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 265 - 266 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

No presentó escrito de alegatos de conclusión.

1.5.2. Consorcio Servicios Integrales para la Movilidad – SIM

Mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2019, la entidad presentó escrito de alegatos de conclusión.

Indicó que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, la actuación desplegada por la autoridad competente – Secretaría Movilidad y su concesionaria Servicios Integrales para la

Movilidad – SIM, dieron cumplimiento con los presupuestos normativos aplicables a la materia, esto es, la Ley 769 de 2002 y la Resolución No. 12379 de 2012, proferida por el Ministerio de Transporte.

Refirió que de las actuaciones adelantadas por la entidad no se desprendía una acción u omisión en el ejercicio de las funciones reglamentadas por el Ministerio de Transporte.

1.5.3. Bogotá Distrito Capital, Secretaría Distrital de Movilidad

Mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2019, presentó escrito de alegatos de conclusión.

Señaló que, la Secretaría Distrital de Movilidad y el Consorcio SIM no han realizado ninguna actuación contraria a las actividades delegadas por el ordenamiento jurídico.

Así mismo, indicó que la firma de Servicios Integrales para la Movilidad – SIM, era encargada de la administración del registro distrital de conductores, automotores y tarjetas de operación de conformidad con el contrato No. 071 de 2007.

Indicó que, no se encontraban acreditados los elementos de la responsabilidad del Estado, por cuanto no se advertía la configuración de algún daño que conllevara a su reparación.

1.5.4. Ministerio Público. No rindió concepto

II. CONSIDERACIONES

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

El medio de control de reparación directa es procedente para el caso, por cuanto se pretende la indemnización de los perjuicios causados al demandante, por el presunto deficiente control ejercido en el trámite de traspaso del vehículo de placas MSL886.

3. Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, Bogotá D.C.– Secretaría Distrital de Movilidad y Servicios Especiales para la Movilidad – SIM deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante, con ocasión del trámite del traspaso del vehículo de placas MSL 886 presuntamente adquirido por el demandante y del cual no pudo concretar la adquisición del derecho de propiedad sobre el mismo.

4. Régimen jurídico aplicable

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado¹, de conformidad a lo prescrito en el artículo

¹ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de *i)* un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; *ii)* una conducta activa u omisiva, **jurídicamente imputable a la administración;** y *iii)* **una relación o nexo de causalidad entre** estos elementos, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de las autoridades públicas de que se trate.

4.1 De la falla del servicio

En lo que respecta al título de imputación aludido por la parte actora –*falla del servicio*– el H. Consejo de Estado² ha precisado:

“La Sala de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continúa siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo que más se acomoda a la posibilidad de cumplir el Juez del Estado esa función de control a la que se hace referencia.

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades “debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera”²⁶. Así las cosas, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para evitarlo o contrarrestarlo.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía”.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 26 de febrero de 2015, Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01333-01(30270).

5. Caso en concreto

El daño antijurídico y su origen.

El máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³ ha señalado que el daño antijurídico, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado *“impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea ‘irrazonable’, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos”*.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la *“(…) antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁴. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser *i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal* y que se trate de una *v) situación jurídicamente protegida*.

Del estudio que, se hace del material probatorio se advierte lo siguiente:

- El 16 de octubre de 2012, la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá D.C. a través del Consorcio de Servicios Integrales para la Movilidad – SIM mediante licencia de tránsito No. 10004353474, legalizó el trámite de matrícula del vehículo de placa MSL886 a nombre de Carlos Antonio Ardila Rocha, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.965.999.
- El 25 de junio de 2015, la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá D.C. a través del Consorcio de Servicios Integrales para la movilidad – SIM mediante licencia de tránsito No. 10009789508, legalizó el trámite de traspaso de propiedad del vehículo de placas MSL 886 de Carlos Antonio Ardila Rocha con C.C. 79.965.999 a favor de Aldemar Molina Carvajal con C.C. 79.662.148.

Por otra parte, se encuentra que en cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgado Sesenta y Cuatro Penal Municipal con función de control de garantías de Bogotá D.C., la Secretaría Distrital de Movilidad de Bogotá profirió auto 81351 de 2015⁵, en el que se determinó:

ARTÍCULO PRIMERO. *SUSPENDER* los efectos del traspaso – contrato de compraventa del rodante de placas MSL886 de propiedad del señor CARLOS ANTONIO ARDILA ROCHA con C.C. 79.965.999, de conformidad a lo ordenado por el JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ.

ARTÍCULO SEGUNDO. En consecuencia, **REVOCAR PROVISIONALMENTE** la Licencia de Tránsito No. 10009789508, mediante la cual se legalizó trámite de traspaso de propiedad del vehículo de la placa MSL886 de CARLOS ANTONIO ARDILA ROCHA con C.C. 79.965.999, a favor de ALDEMAR MOLINA CARVAJAL con C.C. 79.662.148. hasta tanto exista orden judicial respecto del mismo.

ARTÍCULO TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, inscribir como titular del derecho del vehículo de placa MSL886 a CARLOS ANTONIO ARDILA ROCHA con C.C. 79.965.999, desde el 16 de octubre de 2012, hasta tanto exista orden judicial de conformidad a lo ordenado por el JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64) PENAL

³ Ibidem.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵ Folio 149 c.1

MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ.

A juicio de la parte actora, la propiedad del vehículo fue afectada por la conducta ilícita cometida por terceros, circunstancia que no fue advertida en su momento por parte de la entidad encargada del trámite de traspaso del automotor.

Imputabilidad

Establecida la existencia del daño, el Despacho verificará si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a las entidades demandadas y en consecuencia si esta se encuentra en el deber jurídico de resarcir los perjuicios causados a los demandantes.

En cuanto a las circunstancias en que ocurrieron los hechos, obran en el plenario las siguientes pruebas:

El Despacho encuentra que el día 25 de julio de 2019, se llevó a cabo audiencia de pruebas en la que se recibió la declaración del señor Aldemar Molina Carvajal, de la que se extrae:

"PREGUNTADO: CÓMO TUVO USTED CONOCIMIENTO DEL NEGOCIO DEL VEHÍCULO DE LA COMPRA DEL VEHÍCULO. INTERROGADO: ESO FUE EN EL AÑO 2015, JUNIO APROXIMADAMENTE POR PARTE DE ERMIDES, ÉL ME DIJO QUE HABÍA ALGUIEN QUE NECESITABA LA PLATA POR UN VEHÍCULO, ENTONCES EN ESE MOMENTO NO LA TENÍAMOS, COMO AL MES SIGUIENTE NOS VOLVIERON A DECIR, ENTONCES YA NOS HABÍAMOS PUESTO JUICIOSOS Y HABÍAMOS YA CONSEGUIDO EL DINERO, ENTONCES YA PROCEDIMOS HACER EL NEGOCIO, PERO EMPEZANDO LE PEDIMOS AL SEÑOR COPIA DE LA TARJETA DE PROPIEDAD, LE EXIGIMOS QUE SI PODÍAMOS MANDARLO A REVISARLO A LA DIJIN Y DESPUÉS DE ESO YA FUE QUE NO LO PRESENTARON, ALLÁ EN EL RESTREPO FUE QUE YO LO CONOCÍ AL SEÑOR, HICIMOS EL NEGOCIO. PREGUNTADO: CUÁL FUE EL CONTRATO QUE USTED REALIZÓ CON EL SEÑOR, EL QUE ERA EL APARENTE PROPIETARIO, EL QUE LE ESTABA VENDIENDO EL VEHÍCULO, QUÉ NEGOCIO USTED REALIZÓ CON ÉL. INTERROGADO: NOSOTROS HICIMOS UNA COMPRA CON PACTO DE RETROVENTA, ESO ESTÁ EN EL ARTÍCULO DE COMERCIO, PERO HICIMOS UN CONTRATO CON PACTO DE RETROVENTA. PREGUNTADO: USTED VERIFICÓ QUIÉN ERA LA PERSONA QUE LE ESTABA VENDIENDO EL VEHÍCULO. INTERROGADO: NOSOTROS, CLARO ÉL TENÍA SU CEDULA Y NOSOTROS COMO YA HABÍAMOS REVISADO EL VEHÍCULO, ÉL LO TENÍA COMO 1 MES ANTES PUES ESO LE HACE DAR CONFIANZA A UNO Y ÉL TENÍA LA DOCUMENTACIÓN AHÍ EN LA MANO PARA HACER EL TRASPASO Y ESO, ENTONCES ESA FUE LA VERIFICACIÓN QUE HICIMOS. PREGUNTADO: ÉL TENÍA LA CÉDULA DE QUIÉN. INTERROGADO: LA DE ÉL Y TAMBIÉN TENÍA TODA LA DOCUMENTACIÓN EN UNA CARPETA DEL SEÑOR QUE FIGURABA EN LA TARJETA, ERA ROCHA. PREGUNTADO: QUIÉN ERA ÉL. INTERROGADO: SUPUESTAMENTE A ÉL SE LA HABÍAN COMPRADO, ÉL LA TENÍA, BUENO EL CASO ES QUE ÉL TENÍA TODA LA DOCUMENTACIÓN AHÍ EN LA MANO PARA HACER LOS TRÁMITES DEL TRASPASO DEL VEHÍCULO. PREGUNTADO: CUÁL ERA EL NOMBRE DE ÉL, QUIÉN ES ÉL. INTERROGADO: UN MUCHACHO, YO LES DIJE, CLARO COMO SON ESTAFADORES SON MUY HÁBILES ÉL NOS MOSTRÓ LA CÉDULA DE UN ANDRÉS, ÉL ENTRÓ CON NOSOTROS AL SIM, FUIMOS AL BANCO EL INCLUSIVE FUE TAMBIÉN A REALIZAR LA REVISIÓN DE LA DIJIN EL MISMO ALLÁ CON LA CAMIONETA, ANDRÉS, PERO NO ME ACUERDO EL NOMBRE COMPLETO DE ÉL, ANDRÉS ME PARECE MUCHO, ES QUE YO SOLO LO VI ESE DÍA PORQUE A NOSOTROS NOS INTERESABA ERA HACER LOS DOCUMENTOS PORQUE HABÍAMOS HABLADO ESO CON EL SEÑOR QUE NOSOTROS LE DÁBAMOS LA PLATA MIENTRAS NOS PASARA LA PROPIEDAD DEL VEHÍCULO, OBTENIENDO PORQUE USTED NO LE VA A SOLTAR A ALGUIEN UNA PLATA ASÍ POR ASÍ SIN CONOCERLO. PREGUNTADO: A QUÉ SE DEDICA. INTERROGADO: EN ESTOS MOMENTOS SOY TRANSPORTADOR, TENGO UN TAXI Y TENGO UNA CAMIONETA Y AHÍ VECES TAMBIÉN PUES VENDO UN CARRITO QUE OTRO, PERO MUY POCO ESO ES MUY CASUAL, PERO EN SI TRANSPORTADOR. PREGUNTADO: ANTERIORMENTE CUÁNTAS OCASIONES HA COMPRADO Y VENDIDO VEHÍCULOS APROXIMADAMENTE. INTERROGADO: EN LO QUE LLEVÓ EN MI VIDA ARTOS, TENGO 44 AÑOS POR AHÍ 20 30 VEHÍCULOS, NO SE EXACTO EL NÚMERO. PREGUNTADO: SIEMPRE COMPRA UN VEHÍCULO SIN IDENTIFICAR PLENAMENTE AL PROPIETARIO. INTERROGADO: PUES ES QUE EN ESAS NEGOCIACIONES, LO QUE PASA ES QUE NOS DIERON MUCHO LA CONFIANZA, PORQUE EL MUCHACHO YA ANDABA DESDE MUCHO ANTES EN EL VEHÍCULO, FUE ÉL MISMO, LO LLEVÓ A LA DIJIN Y YO VERIFIQUÉ QUE TUVIERA TODA LA DOCUMENTACIÓN AHÍ EN LA MANO, INCLUSIVE AHÍ ESTABA EL NÚMERO DEL SEÑOR Y

NOS DIJO QUE ESTABA EN CALI, ESO ME ACUERDO COMO SI FUERA AYER Y LE ESTUVIMOS MARCANDO Y EL SEÑOR NUNCA CONTESTÓ PORQUE AHÍ EN EL SEGURO HAY UNOS DATOS Y LE MARCAMOS Y NO CONTESTÓ, PERO OBIAMENTE UNO SI VERIFICA, PERO ESO SE ACOSTUMBRA HOY EN DÍA A QUE USTED COMPRA UN VEHÍCULO PARA VENDERLO PARA AHORRARSE LOS GATOS DEL TRASPASO, DE RETENCIÓN EN LA FUENTE HACE LLENAR USTED LOS DOCUMENTOS Y LOS TIENE Y DESPUÉS LO PASA ALLÁ AL SIM, A MOVILIDAD. PREGUNTADO: USTED SOLICITÓ EN ALGUNA OPORTUNIDAD UN CERTIFICADO DE TRADICIÓN ANTE EL SIM PARA DETERMINAR QUIÉN ERA EL PROPIETARIO DEL VEHÍCULO. INTERROGADO: HOY EN DÍA NO ES TAN NECESARIO PORQUE, BUENO EN ESE MOMENTO TAMPOCO PORQUE USTED SE METE POR LA PÁGINA DEL RUNT Y AHÍ USTED VERIFICA Y SABE QUIÉN ES EL PROPIETARIO, SALE EL SEGURO, LA TECNOMECÁNICA CUANDO SE LE VENCE Y LA OTRA ES QUE EL TIPO TENÍA TODO, PARA USTED LLEVARLO A LA REVISIÓN DE LA DIJIN TOCA QUE TENGA EL MANIFIESTO DE ADUANA Y LA FACTURA DE COMPRA DEL VEHÍCULO, ENTONCES EL TIPO TENÍA TODA LA DOCUMENTACIÓN AHÍ, ENTONCES POR ESO AHÍ NOSOTROS VERIFICAMOS QUE LA TARJETA ERA ORIGINAL Y TODO. PREGUNTADO: PERO LA PERSONA QUE USTED LE COMPRÓ EL VEHÍCULO O QUE HIZO LOS TRÁMITES CON USTED ERAN DIFERENTE AL PROPIETARIO QUE ESTABA REGISTRADO DEL VEHÍCULO. INTERROGADO: SI OBIAMENTE. PREGUNTADO: EN QUÉ MOMENTO USTED CONOCIÓ AL SEÑOR CARLOS ANTONIO ARDILA ROCHA. INTERROGADO: ESO FUE PASADO NO ME ACUERDO EXACTAMENTE CUÁNTO TIEMPO, NOSOTROS HABÍAMOS ALQUILADO EL VEHÍCULO, PORQUE HICIMOS EL NEGOCIO COMO EN ESE TIEMPO TRABAJAMOS EN SEGURIDAD VIAL, ENTONCES CONOCE MUCHOS INGENIEROS, GENTE QUE TRABAJA CON MÁQUINAS PESADAS, TODO ESO, ENTONCES PUES TAMBIÉN POR ESO LO HICIMOS COMPRAR EL VEHÍCULO PARA ALQUILARLO PARA LLEVAR INGENIEROS A LOS POZOS PETROLEROS Y TODO ESO, ENTONCES RESULTA QUE EL CARRO SALIÓ A TRABAJAR POR ALLÁ PARA EL LADO DE ACACIAS, ALGO ASÍ PARA EL LLANO, POR ALLÁ LO GOLPEARON EN LA PARTE DE ATRÁS, ME PARECE MUCHO Y ENTONCES LO TRAJERON AL SIETE DE AGOSTO, CUANDO RESULTA QUE NOS LLAMARON QUE APARECIÓ EL DUEÑO, Y COMO ASÍ SI YO SOY EL PROPIETARIO, YO TENGO LA TARJETA, ENTONCES NOS CITÓ EL SEÑOR ARDILA ALLÁ A LA SEXTA CON CARACAS Y FUE CUANDO LO CONOCÍ. PREGUNTADO: CUÁL ERA EL VALOR COMERCIAL DE ESE VEHÍCULO PARA LA FECHA. INTERROGADO: ESA APROXIMADAMENTE VALÍA COMO UNOS NOVENTA Y PICO DE MILLONES, APROXIMADAMENTE COMO 95 VALOR COMERCIAL. PREGUNTADO: CÓMO FUE LA FORMA DE PAGO DEL VEHÍCULO. INTERROGADO: NOSOTROS INCLUSIVE LE PRESTAMOS PARA LO DE LOS IMPUESTOS AL MUCHACHO FUERON COMO \$2.300.000, NO ME ACUERDO BIEN LA CIFRA Y DESPUÉS FUIMOS, CUANDO YA PASAMOS LOS PAPELES LOS DOCUMENTOS \$56.000.000 MILLONES EN EFECTIVO. PREGUNTADO: USTED FIRMÓ EL CONTRATO DE COMPRAVENTA QUE SIRVIÓ DE SOPORTE PARA HACER EL TRASPASO ANTE EL CONSORCIO SIM. INTERROGADO: SI YO LO FIRMÉ. PREGUNTADO: EN LA CLÁUSULA SEGUNDA SE AFIRMA QUE EL VALOR DEL CONTRATO DICE QUE SE PAGÓ EN LA MISMA FECHA DE LA SUSCRIPCIÓN DE ESE CONTRATO, ESE CONTRATO SE SUSCRIBIÓ EL 11 DE JUNIO DE 2015, O SEA NO ES VERDAD QUE SE HAYA PAGADO DESPUÉS DE RECIBIR LA LICENCIA DE TRÁNSITO. INTERROGADO: LO QUE PASA ES QUE AHÍ NO SE PUEDE COLOCAR QUE VOY A PAGARLO DESPUÉS, PORQUE TOCA QUE LLENEN SINO NO LO RECIBEN, ENTONCES USTED TIENE QUE COLOCAR OBIAMENTE QUE SE CANCELÓ. PREGUNTADO: POR QUÉ NO SE ACEPTÓ COMO PROPIETARIO AL SEÑOR OME. INTERROGADO: NO ME ACUERDO EN EL MOMENTO, TAL VEZ POR UNAS MULTAS DE TRÁNSITO O ALGO ASÍ, POR ESO NO LO HICIMOS, PARA QUE 2 PERSONAS, DESPUÉS SE COMPLICABA MÁS. PREGUNTADO: (...) USTED NOS INDICABA QUE CONOCÍA A UN SEÑOR QUE SE IDENTIFICÓ COMO ANDRÉS, EL NEGOCIO DE COMPRAVENTA DEL VEHÍCULO SE SUSCRIBIÓ CON ESE MUCHACHO. INTERROGADO: SI SEÑOR. PREGUNTADO: REPOSA DENTRO DEL EXPEDIENTE A FOLIO 39 UN CONTRATO DE COMPRAVENTA QUE ES EL QUE SE PRESENTA AL SIM, ESE CONTRATO DE COMPRAVENTA PODRÍA INDICARNOS SI ESTA ES SU FIRMA. INTERROGADO: SI SEÑOR. PREGUNTADO: EL DESPACHO DEJA CONSTANCIA QUE EN ESTE CONTRATO FIGURA COMO VENDEDOR CARLOS ANTONIO ARDILA Y COMO COMPRADOR ALDEMAR MOLINA, USTED NOS INDICA QUE EL CONTRATO USTED LO SUSCRIBIÓ CON UN MUCHACHO ANDRÉS, PUEDE USTED INDICARNOS POR QUÉ EL CONTRATO AQUÍ APARECE FIRMADO ES DIRECTAMENTE DE CARLOS ANTONIO ARDILA ROCHA CON USTED. INTERROGADO: EN ESOS CONTRATOS SE ACOSTUMBRA MUCHO Y MÁS EN VEHÍCULO ASÍ DE ALTO VALOR LA RETENCIÓN EN LA FUENTE ES MUY COSTOSA, SON MILLONES, ENTONCES SE ACOSTUMBRA A DEJAR LLENOS LOS DOCUMENTOS CON LAS FIRMAS Y UNO LLENA EL NOMBRE DE LA PERSONA QUE VA A QUEDAR, ESO LO HACE MUCHÍSIMA GENTE. PREGUNTADO: SE TRATA DE UN TEMA QUE COMERCIALMENTE SE DENOMINA TRASPASO ABIERTO. INTERROGADO: EXACTAMENTE. PREGUNTADO: CUANDO USTED HACE EL CONTRATO A USTED LE LLEVARON ESTE CONTRATO YA FIRMADO POR CARLOS ANTONIO ARDILA. INTERROGADO: SI SEÑOR, ESE SEÑOR LLEVABA TODO FIRMADO LA FOTOCOPIA DE LA CÉDULA, TODO LLEVABA. PREGUNTADO: Y USTED POR QUÉ NO SOLICITÓ QUE ESTE CONTRATO LO AUTENTICARAN ANTE NOTARIA A EFECTOS DE CORROBORAR QUE

EFFECTIVAMENTE LA PERSONA QUE LE VENDÍA PUES CORRESPONDÍA CON LA PERSONA EN REALIDAD. INTERROGADO: SI LO QUE PASA ES QUE, USTED SABE QUE ES GENTE ESTAFADORA QUE LO CONVINCE A UNO MUY BIEN, PORQUE ÉL TUVO EL CARRO, LO LLEVÓ COMO UN MES ANTES, ÉL ANDABA EN EL CARRO PARA ARRIBA PARA ABAJO Y LO CONVENCEN A UNO, ÉL HABLABA QUE IBA HACER UNAS IMPORTACIONES DE COSMÉTICOS, ELLOS YA TIENEN SU EXPERIENCIA EN ESE CUENTO, ENTONCES PUES LA VERDAD QUE SÍ, FUE UNA IMPRUDENCIA MÍA QUE NO LO HICE AUTENTICAR, QUE NO LO PEDÍ AUTENTICADO. PREGUNTADO: PERO PARA CLARIFICAR Y ENTENDER LA SITUACIÓN POR LA QUE USTED PASÓ, EL SEÑOR ANDRÉS SE LE PRESENTÓ A USTED DICIÉNDOLE QUE ÉL LE HABÍA COMPRADO A CARLOS ANTONIO. INTERROGADO: ES CORRECTO. PREGUNTADO: AHÍ FUE QUE LE EXHIBIÓ LA DOCUMENTAL, EL PRESUNTO NEGOCIO ENTRE CARLOS ANTONIO Y ANDRÉS. INTERROGADO: SI PORQUE YO SI LE PREGUNTÉ QUE DONDE ESTABA EL SEÑOR, QUE QUIÉN ERA, ENTONCES ME DIJO QUE ESTABA EN CALI, ENTONCES BUENO LLÁMEMELO A VERIFICAR, NO NOS CONTESTÓ DESAFORTUNADAMENTE, SI LE INSISTIMOS HARTO. PREGUNTADO: USTED NUNCA TUVO CONTACTO DIRECTO. INTERROGADO: NO SEÑOR, NUNCA TUVIMOS CONTACTO DIRECTO. PREGUNTADO: YA DESPUÉS DE QUE SE PRESENTÓ QUE YA CONOCIERON A CARLOS ANTONIO QUÉ PASO CON EL VEHÍCULO. INTERROGADO: PUES IMAGÍNESE QUE RESULTÓ QUE EL SEÑOR ERA UN OFICIAL COMO DE ALTO RANGO DE LA POLICÍA, PUES OBTENIENDO UNO SE ASUSTA, YO HABÍA COMPRADO COMO 20 CARROS Y NUNCA HABÍA TENIDO NI UN SOLO PROBLEMA, PUES UNO SE ASUSTA, ÉL NOS COGIÓ Y TAMBIÉN NOS COLOCÓ UNOS INVESTIGADORES, PUES UNO TAMBIÉN ACTÚA DE BUENA FE Y NOS DIJO QUE GUARDAMOS EL CARRO DONDE NINGUNO LO MOVIÉRAMOS, YO COMO NO SÉ NADA DE PROBLEMAS, PUES YO ACEPTÉ Y FUIMOS Y LO GUARDAMOS INCLUSIVE POR ACÁ CERCA 68 CON 26, VINIMOS Y LO DEJAMOS EN UN SÓTANO Y DESPUÉS NOS HICIERON UNA AUDIENCIA CUANDO FUE CUANDO QUE YA LE VOLVIERON LA PROPIEDAD DEL VEHÍCULO A ÉL, PERO ÉL LO TUVO DESDE ESE MISMO MOMENTO. PREGUNTADO: YA EN EL TEMAS DE LA INVESTIGACIÓN PENAL QUÉ HA PASADO, USTEDES DENUNCIARON A LA PERSONA, PUDIERON IDENTIFICAR A LA PERSONA O QUÉ HA PASADO. INTERROGADO: SON MUY AGILES EN EL MOMENTO, Y NO SÉ SI LOS INVESTIGADORES, NO SÉ SI LOS ABRAN COGIDO PORQUE YO DI BIEN LA DESCRIPCIÓN, EL HORARIO QUE ESTUVIMOS EN EL SIM PARA QUE ELLOS POR MEDIO DE LAS CÁMARAS LO PUDIERAN MIRAR Y TODO TAMBIÉN, PERO LA VERDAD NO SÉ QUÉ HA PASADO, PORQUE NO ME HAN VUELTO A CITAR NI NADA, ENTONCES NO SÉ. PREGUNTADO: EL TRASPASO QUE FIGURABA DE CARLOS ANTONIO A USTED YA FUE CANCELADO. INTERROGADO: ESO ES UNA ANOTACIÓN QUE QUERÍA YO DECIR QUE EL SIM ESTÁ SIENDO AHÍ UN POQUITO COMO MENTIROSO ENTRE COMILLAS PORQUE ESE TRASPASO UNO MIRA POR LA PÁGINA DEL RUNT Y DICE RECHAZADO Y ESO NUNCA FUE ASÍ, PORQUE EL TRASPASO FUE AUTORIZADO ELLOS ME DIERON LA TARJETA DE PROPIEDAD A MI NOMBRE, DEBIERON HABERLO FUE ANULADO PORQUE FUE AUTORIZADO Y DESPUÉS SI FUE QUE DEBIERON FUE RECHAZARLO, LUEGO DESPUÉS SI ANULARLO, PERO AHÍ DICE RECHAZADO COMO SI NUNCA HUBIERAN HECHO EL TRASPASO PERO ELLOS SÍ LO HICIERON. PREGUNTADO: USTEDES HAN PEDIDO O HAN ESTADO PENDIENTES EN LA FISCALÍA A EFECTOS DE TRATAR DE INCORPORAR PRUEBAS QUE PERMITAN IDENTIFICAR A LA PERSONA QUE LES HIZO ESE TRASPASO, NO SÉ SI AL INTERIOR DEL SIM HAYAN CÁMARAS QUE USTEDES HAYAN SOLICITADO O HAYAN REQUERIDO A LA FISCALÍA PARA QUE INCORPORE ESTE TIPO DE ELEMENTOS PARA PODER IDENTIFICAR A ESTAS PERSONAS. INTERROGADO: PUES LA VERDAD YO COMO ESTE TIPO DE CASOS, ESTE ES EL PRIMER PROBLEMA QUE ME HA SUCEDIDO ENTONCES LA VERDAD NO SÉ, YO SÉ QUE ESA VEZ ME DECLARARON COMO VÍCTIMA, PERO DE RESTO NO SÉ PORQUE EMPEZANDO QUE NO LO DEJAN A UNO NI HABLAR NI PREGUNTAR".

De igual manera, del estudio que se hace de las pruebas se advierte que obra denuncia por el delito de estafa del 3 de julio de 2015, presentada por el señor Carlos Antonio Ardila Rocha⁶, de la lectura de la misma se extrac:

"EL DÍA 30 DE ABRIL SUSCRIBÍ UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CON LA EMPRESA EZ RENT A CAR NIT NO. 900834739-8, DONDE EL REPRESENTANTE LEGAL ES EL SEÑOR MARIO ANDRES JHON MENDOZA, IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 1016091773 DE BOGOTÁ, PARA EL VEHÍCULO DE MI PROPIEDAD MARCA BMW, LÍNEA X3, MODELO 2013, COLOR NEGRO, DE PLACAS MSL-886, CHASIS NO. WBAWX3105DL903834, MOTOR NO. A0430202, ASÍ MISMO DENTRO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO SE PACTÓ LA INSTALACIÓN DE MONITOREOS GPS CON LA EMPRESA TRACKER GPS, MEDIANTE ACTA Y ENTREGA DE INSTALACIÓN NO. 0817 DE FECHA 30/04/15, DURANTE EL DESARROLLO DEL

⁶ Folio 257 a 260.

MENCIONADO CONTRATO MANTUVE PERMANENTE COMUNICACIÓN AL CELULAR NO. 3209990406 CON EL SEÑOR MARIO ANDRÉS JHON MENDOZA, QUIEN ME MANIFESTÓ QUE EL VEHÍCULO SE ENCONTRABA ALQUILADO SIN PROBLEMAS. EL DÍA DE AYER EN HORAS DE LA NOCHE SOSTUVE UNA REUNIÓN CON EL SEÑOR MARIO ANDRÉS JHON MENDOZA, QUIEN ME MANIFESTÓ QUE EL CARRO CONTINUABA ALQUILADO SIN EMBARGO AL VERIFICAR EL GPS. PUEDE EVIDENCIAR QUE SE ENCONTRABA PARQUEADO EN EL SIETE DE AGOSTO, POR TAL MOTIVO ME TRASLADÉ HOY EN HORAS DE LA MAÑANA HASTA EL LUGAR DE LA RAZÓN SOCIAL FABRILLANOS, UBICADO EN LA CALLE 64 NO. 28-45, DONDE ENCONTRÉ MI VEHÍCULO GOLPEADO EN LA PARTE TRASERA Y EN PROCESO DE REPARACIÓN, ME ATENDIÓ EL SEÑOR JHON EDILSON PATIÑO, IDENTIFICADO CON CÉDULA NO. 79.966.222 DE BOGOTÁ, A QUIEN LE MANIFIESTO QUE YO ERA EL PROPIETARIO DE LA CAMIONETA, DONDE VERIFICAMOS QUE LOS DOCUMENTOS DENTRO DEL VEHÍCULO COMO LA LICENCIA NO. 10004353474, Y EL SEGURO OBLIGATORIO DE LA EMPRESA ASEGURADORA SOLIDARIA NO. 01228090 ESTABAN A MI NOMBRE. PARALELAMENTE SOLICITÓ LA PRESENCIA DE LAS PATRULLAS DE LA POLICÍA DEL SECTOR, Y LOS FUNCIONARIOS DE AUTOMOTORES DE LA SIJIN POSTERIORMENTE LE CONSULTÓ AL SEÑOR JHON EDILSON PATIÑO, QUIEN LLEVÓ EL VEHÍCULO A ESE LUGAR, ÉL ME MANIFIESTA QUE FUERON UNAS PERSONAS QUE ÉL CONOCE Y LE SOLICITÉ ME FACILITARA LOS NÚMEROS DE CONTACTO PARA COMUNICARME DESDE MI CELULAR, TOMO CONTACTO CON UNO DE ELLOS Y LES MANIFIESTO QUE ESE VEHÍCULO ES DE MI PROPIEDAD Y LE SOLICITO HAGAN PRESENCIA EN EL CAI DEL 7 DE AGOSTO PARA ESCLARECER LOS HECHOS, DE IGUAL FORMA TOMO CONTACTO TELEFÓNICO CON EL SEÑOR MARIO ANDRÉS JHON MENDOZA PARA QUE ME EXPLIQUE LA SITUACIÓN, EL ME MANIFIESTA TELEFÓNICAMENTE QUE EL REALIZÓ UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y QUE DESCONOCE QUE PUDO HABER PASADO, POSTERIORMENTE LEGAL AL CAI SIETE DE AGOSTO 2 PERSONAS ERMIDES HOMES HOMES, CÉDULA NO. 79640113 DE BOGOTÁ Y EL SEÑOR EDGAR RICARDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 79560156 DE BOGOTÁ QUE MANIFIESTAN SER PRESTAMISTAS Y RECIBIERON ESE CARRO POR UN EMPEÑO DE \$54.000.000, DE MANOS DE DOS SUJETOS QUIENES MANIFESTARON LLAMARSE ANDRÉS Y JHONATAN SIN MÁS DATOS, Y QUE REALIZARON EL PROCESO DE TRASPASO LA SEMANA PASADA A NOMBRE DEL SEÑOR ALDEMAR MOLINA CARVAJAL, IDENTIFICADO CON CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 79.662.148 DE BOGOTÁ, TENIENDO EN CUENTA ESTA SITUACIÓN ACORDAMOS TRASLADARNOS HASTA LAS INSTALACIONES DE LA SIJIN MEBOG, CON EL FIN DE RECIBIR LA ORIENTACIÓN POR PARTE DEL GRUPO DE AUTOMOTORES E INSTAURAR LA CORRESPONDIENTE DENUNCIA. UNA VEZ EN LA SIJIN HACE PRESENCIA EL SEÑOR ALDEMAR MOLINA CARVAJAL IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NO. 79662148 DE BOGOTÁ, A QUIEN SE LE PONE AL TANTO DE LA SITUACIÓN Y SE PACTA DE MANERA VOLUNTARIA CON ÉL, ES DECIR LAS DOS PARTES, DE DEJAR EL VEHÍCULO PARQUEADO EN EL SÓTANO DE LAS INSTALACIONES DEL FONDO ROTATORIO DE LA POLICÍA, UBICADO EN LA CARRERA 66 A NO. 43-18, LUGAR DONDE YO LABORÓ, CON EL FIN DE GARANTIZAR QUE EL VEHÍCULO PERMANECIERA ASEGURADO Y DISPONIBLE DURANTE EL DESARROLLO DE LA PRESENTE INVESTIGACIÓN, PARA ESTO SE REALIZÓ UNA ANOTACIÓN EN EL LIBRO DE GUARDIA DEL FONDO ROTATORIO DEL CUAL SE ALLEGA COPIA".

Así mismo, se encuentra que el día 8 de octubre de 2019 se adelantó continuación de audiencia de pruebas en la que se recepcionó el testimonio del señor Carlos Antonio Ardila Rocha, quién manifestó ser el único propietario del vehículo de placas MSI.886, sin que en ningún momento hubiese algún tipo de negocio que conllevara al traspaso del automotor a otra persona, de igual manera se corroboraron los argumentos aludidos en la denuncia referenciada con anterioridad, es decir que, se hizo alusión al contrato de alquiler de dicho vehículo, y la manera como tuvo conocimiento de los trámites del traspaso ejecutados de manera fraudulenta con el vehículo.

Por su parte el señor Hermides Ome Ome rindió declaración en audiencia de pruebas practicada el 25 de julio de 2019, señalando que tanto él como el señor Aldemar Molina eran comerciantes, efectuando negocios de automóviles y de finca raíz, de igual manera refirió que conocía al demandante hace aproximadamente 25 a 30 años, sosteniendo desde dicha época una relación de hermandad, por lo que, en diferentes ocasiones habían efectuado diferentes negocios, incluso los dos participaron en la compra del vehículo que hoy ocupa la atención.

De las pruebas anteriormente relacionadas, el Despacho encuentra que la situación fáctica que rodea el caso objeto de estudio se encuentran relacionadas con la compra del vehículo de placas MSL 886 por parte del señor Aldemar Molina Carvajal al presunto poseedor de dicho automotor, por lo que, en virtud del negocio pactado, suscribieron un contrato con pacto de retroventa y en consecuencia presentaron la documental respectiva ante la autoridad de tránsito a efectos de adelantar los trámites de traspaso, situación que se legalizó con la expedición de la licencia de tránsito No. 10004353474, situación que con posterioridad fue objeto de modificación con ocasión a la decisión del Juzgado 64 Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, quien dispuso la suspensión de los efectos del referido traspaso, atendiendo que el negocio se trató de una estafa realizada al aquí demandante.

En consecuencia, se encuentra debidamente acreditada la existencia del daño invocado por la parte demandante consistente en la imposibilidad de usar y gozar el vehículo adquirido el 13 de junio de 2015, mediante contrato de compraventa celebrado presuntamente con el señor Carlos Antonio Ardila Rocha, automotor que fue dejado a disposición de este último.

En este orden de ideas, corresponde al Despacho determinar si el daño aludido por la parte actora resulta imputable a las entidades demandadas, en tanto que, en el caso bajo análisis se indicó que al permitir el registro de propiedad del vehículo de placas MSL 886 por parte de un tercero que se valió de medios fraudulentos, posibilitó que se transfiriera el dominio del referido automotor mediante contrato de compraventa celebrado el 13 de junio de 2015⁷ y una vez registrado el traspaso de la propiedad se expidiera la correspondiente licencia de tránsito a nombre del demandante, la que fue cancelada por orden del Juzgado 64 Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá, lo que constituía una falla en el servicio en el registro del automotor por parte de la oficina de *Servicios Especiales para la Movilidad - SIM*, quienes omitieron verificar las firmas y huellas de los documentos presentados.

Es importante indicar que, a efectos de llevar el registro de vehículos automotores y traspasos sobre los mismos, se ha implementado una serie de requisitos y procedimientos a efectos de adelantar los trámites atinentes al cambio de propietario de un vehículo, para tal efecto, es dable traer a colación lo dispuesto en la Resolución No. 12379 de 2012, que señala lo siguiente.

Traspaso de propiedad de un vehículo Artículo

12. Procedimiento y requisitos. Verificada la inscripción del vendedor o titular del derecho de dominio del vehículo y del comprador o nuevo titular del derecho de propiedad en el sistema RUNT, para adelantar el traspaso de la propiedad de un vehículo automotor, remolque o semirremolque ante los organismos de tránsito, se deberá observar el siguiente procedimiento y cumplir con los requisitos que el mismo exige:

1. Verificación de la transferencia del derecho de dominio del vehículo. El organismo de tránsito requiere al usuario el formato de solicitud de trámite debidamente diligenciado, la presentación y entrega del contrato de compraventa, documento o declaración en el que conste la transferencia del derecho del dominio del vehículo, celebrado con las exigencias de las normas civiles y/o mercantiles, adhiriéndole las respectivas improntas en la parte final o al reverso del documento.

2. Confrontación de la información registrada en el sistema RUNT. El organismo de tránsito procede a verificar los datos del vehículo registrados en el sistema RUNT, con las improntas adheridas en el documento y los datos de la licencia de tránsito o la tarjeta de registro según corresponda.

3. Verificación de la existencia de decisiones judiciales u otras medidas que afecten la propiedad del vehículo. El organismo de tránsito procede a verificar que no existen órdenes judiciales u otras medidas administrativas expedidas por autoridad competente que imponga limitaciones a la propiedad del vehículo. Si el vehículo presenta limitación o gravamen a la propiedad, deberá adjuntarse el documento en el que conste su levantamiento o la autorización otorgada por el beneficiario del gravamen o limitación, en el sentido de aceptar la continuación de este con el nuevo propietario.

⁷ Folio 139 C. 1

4. *Validación de la existencia del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, revisión técnico-mecánica e infracciones de tránsito.* El organismo de tránsito valida a través del sistema RUNT que el vehículo automotor cuente con el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, con la revisión técnico-mecánica y de emisiones contaminantes y que tanto el comprador como el vendedor se encuentren a paz y salvo por concepto de multas por infracciones de tránsito.

5. *Verificación del pago por concepto de retención en la fuente, impuesto sobre vehículos y validación del pago de los derechos del trámite.* El organismo de tránsito verifica el pago por concepto de retención en la fuente y el pago de impuestos del vehículo automotor, para lo cual requiere las respectivas copias de los recibos de pago y valida en el sistema RUNT el pago realizado por el usuario por los derechos del trámite a favor del Ministerio de Transporte y de la tarifa RUNT y verifica la realización del pago correspondiente a los derechos del organismo de tránsito.

6. *Expedición de la nueva licencia de tránsito.* El organismo de tránsito registra en el sistema RUNT los datos del nuevo propietario y procede a expedir la nueva licencia de tránsito. Cuando el traslado de dominio o traspaso que se realiza es de un remolque o semirremolque, el documento que expide la autoridad de tránsito se denomina tarjeta de registro.

(...).

Por otra parte, se advierte que, sobre el tema, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁸ señaló:

Sobre la falla en el servicio de registro de automotores la Sala ha considerado que:

(...)

...sobre la expedición de licencias y autorización de traspaso de dominio de un vehículo que previamente ha sido hurtado; en la sentencia del ocho de noviembre de 2001, que toma en consideración los diferentes tratamientos que la jurisprudencia había venido dando estas situaciones, se dijo lo siguiente:

La exigencia de inscripción de los vehículos en un registro público tiene por objeto permitir el control que debe ejercer el Estado sobre una actividad de interés general, que presenta un avance en el desarrollo social, pero que a su vez contiene una potencialidad destructiva que debe ser mantenida dentro de estrictos límites.

La inscripción de un vehículo y de cualquier acto de disposición sobre el mismo en el registro automotor no es constitutiva de ningún derecho, es declarativa del mismo y por lo tanto, puede ser desvirtuada a través de medios probatorios.

No obstante, la certificación oficial de los datos que consiste en el registro genera confianza pública, por lo cual la administración está en el deber de diseñar los medios para obtener información verídica, consignar tales datos de manera idónea certificarlos de manera que resulten útiles para facilitar las relaciones jurídicas que se deriven de ellos.

En consecuencia, el Estado será responsable de las fallas en que incurra al expedir certificaciones falsas o no idóneas que causen perjuicios a los particulares.

Sin embargo, no debe perderse de vista que en actos de registro y posterior certificación en los cuales se da fe de una verdad suministrada por un particular y no de un acto que la autoridad que expida la certificación haya debido presentar, la responsabilidad por la veracidad del dato corresponde al particular que la suministra y si bien es cierto que el Estado debe establecer unas medidas de control para evitar que se alleguen datos falsos también lo es que en aplicación del principio de la buena fe no debe confirmar todo cuanto al particular acredita ante este.

En síntesis, puede afirmarse que para el Estado el deber de certificación implica responsabilidades de orden patrimonial cuando se incurra en fallas en la elaboración del registro o en la expedición del certificado, pero no cuando da cuenta de la verdad formal consignada por el particular y se han agotado las medidas de control que el caso concreto exige.

El mismo desarrollo de ciertas actividades ha generado la necesidad de crear un principio de confianza legítima el cual se desprende del principio de buena fe, establecido por el artículo 83 de la Carta.

Advertido lo anterior, es claro que en el presente asunto se debe resolver si el hecho de que

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de febrero de 2014 Radicado: 25000-23-26-000-2002-00382-01(27134) C.P. Olga Melida Valle de La Hoz

el SIM haya realizado el registro del vehículo objeto de este proceso con fundamento en un documento suscrito por una persona diferente a la que figuraba como propietario del automóvil, dicha circunstancia deriva la obligación de reparar el daño causado.

Al respecto es importante precisar que, conforme a la jurisprudencia transcrita es dable la atribución de responsabilidad siempre que en el acto de registro las autoridades competentes hubieran incurrido en irregularidad por acción u omisión en el cumplimiento de sus deberes legales.

La Ley 769 de 2002 "*Por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*", en cuanto a la licencia de tránsito, señala:

ARTÍCULO 2º. DEFINICIONES. *Para la aplicación e interpretación de este código, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

(...)

Licencia de tránsito: Es el documento público que identifica un vehículo automotor, acredita su propiedad e identifica a su propietario y autoriza a dicho vehículo para circular por las vías públicas y por las privadas abiertas al público.

(...)

LICENCIA DE TRÁNSITO

ARTÍCULO 34. PORTE. *En ningún caso podrá circular un vehículo automotor sin portar la licencia de tránsito correspondiente.*

ARTÍCULO 35. EXPEDICIÓN. *La licencia de tránsito será expedida por cualquier organismo de tránsito o por quien él designe, previa entrega de los siguientes documentos:*

Factura de compra si el vehículo es de fabricación nacional.

Factura de compra en el país de origen y licencia de importación.

Recibo de pago de impuestos.

Certificado de inscripción ante el RUN

Conforme al anterior precepto normativo, se advierte que la licencia de tránsito es un documento público cuya finalidad es autorizar el tránsito de un vehículo por las vías del territorio nacional y adicionalmente sirve para la identificación del mismo.

Así las cosas, es importante resaltar que las entidades de tránsito dan curso a los diferentes trámites a su cargo en cumplimiento de los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico, todo esto bajo el principio de la buena fe que le asiste a quien solicita el respectivo trámite.

Como se indicó en párrafos anteriores, se ha establecido un trámite para registrar el traspaso de dominio de un vehículo -*El organismo de tránsito requiere al usuario el formato de solicitud de trámite debidamente diligenciado, la presentación y entrega del contrato de compraventa, documento o declaración en el que conste la transferencia del derecho del dominio del vehículo, celebrado con las exigencias de las normas civiles y/o mercantiles, adhiriéndole las respectivas improntas en la parte final o al reverso del documento.*⁹

Advertido lo anterior, el Despacho encuentra que en el caso objeto de análisis la parte demandante presentó los documentos requeridos a efectos de que se expidiera licencia de tránsito en la que constara su calidad de propietario del vehículo de placas MSL 886; en tal sentido no se advierte algún tipo de irregularidad por parte de las entidades demandadas.

En este orden de ideas, se observa que el procedimiento aplicado por la entidad demandada y los documentos aportados por los particulares que intervinieron el trámite, no conllevaban

⁹ Numeral 2 Artículo 12 Resolución 12379 de 2012

a exigir de la entidad una actuación diferente a la que desplegó, en tanto que, de lo expuesto es claro que no se requería la adopción de medidas de control adicionales a efectos de establecer la procedencia del vehículo o la autenticidad de las firmas de las personas que suscribieron el contrato de compraventa, por cuanto la normatividad aplicable no lo exige, máxime cuando las actuaciones de los particulares ante las entidades públicas se presumen de buena fe.

Por ende, es evidente que era el comprador al que le asistía la obligación de constatar la idoneidad de la documentación – contrato de compraventa- es decir, la parte actora se encontraba en la obligación de verificar que la persona con quien había suscrito el contrato de compraventa correspondiera a la misma que figuraba como propietaria del vehículo en la tarjeta de propiedad.

Es claro que la parte actora actuó de manera diligente al no autenticar el contrato de compraventa No. 1181010, circunstancia que fue corroborada por el señor Aldemar Molina en la declaración rendida en audiencia de pruebas. Por lo tanto, es claro que el objetivo de hacer el reconocimiento de la firma, es que se acredite la plena autenticidad del documento y de la firma de quienes los suscriben.

Al respecto es importante indicar que, obra Informe Investigador de laboratorio –FPJ13-¹⁰ por medio del que se efectuó cotejo de las muestras manuscriturales, en dicho documento se precisó:

“9. INTERPRETACIÓN DE RESULTADO.

De acuerdo a los análisis practicados, del material dubitado e indubitado del presente estudio y a los razonamientos de orden técnico antes expuestos, se determino que:

Las firmas dubitadas descritas en los numerales 3.1.1. y 3.1.2. plasmados en los documentos FORMULARIO DE SOLICITUD DE TRAMITE DE REGISTROS NACIONAL AUTOMOTORES FECHADO EL 25/06/15 y en el CONTRATO DE COMPRAVENTA VEHICULOS No. 1181010, presentan diferencias significativas en aspectos constitutivos y formales de la escritura como, forma, orientación, presión, diseño entre otras.

9.1. Las firmas dubitadas descritas en el numeral 3.1, no uniproceden frente a las muestras escriturales indubitadas aportadas para cotejo, del señor CARLOS ANTONIO ARDILA ROCHA identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.965.999.”.

Así las cosas, es claro que la firma suscrita por el señor Carlos Antonia Ardila en el contrato de compraventa No. 1181010, no correspondía a la del citado.

En consecuencia, a juicio del Despacho el demandante ejecutó conductas que contribuyeron a la causación del daño alegado en el presente caso, por cuanto fue objeto de engaño por una persona que suscribió contrato a nombre del propietario del vehículo de placas MSL886, circunstancia que había podido ser advertida si se hubiesen adoptada las medidas necesarias con el fin de determinar la identidad de la persona con la que se estaba adelantado la negociación del vehículo.

Así las cosas, en el caso bajo examen se considera pertinente hacer alusión al eximente de responsabilidad denominado culpa exclusiva de la víctima, tenemos que, el Consejo de Estado¹¹ ha precisado:

Así las cosas, esta Sección ha reiterado que “para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que

¹⁰ Folio 32 c.1

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 1 de abril de 2019, 68-001-23-31-000-2003-02635-01 (42671).

se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar (...)

En tal sentido, es claro que el señor Aldemar Molina debió propender porque dentro de la relación contractual se implementaran las herramientas dispuestas por el ordenamiento jurídico con el fin de que la misma, estuviera enmarcada dentro del marco de la legalidad y por ende tener plena certeza de la identidad de la persona que suscribió el contrato de compraventa.

Adicional a lo anterior, también se configura el eximente de responsabilidad del hecho de un tercero, en la medida fue el hecho de un tercero el causante del daño cuya reparación se pretende, el que en el presente caso hizo incurrir en error la parte actora y a las partes demandadas, para así lograr la estafa en la compraventa del vehículo en mención.

Por lo tanto, contrario a lo expuesto por la parte actora, se advierte que en el caso objeto de estudio no se encuentra acreditada la falla del servicio, circunstancia que impide atribuir responsabilidad a las entidades demandadas.

6. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que se configura la causal de exclusión de responsabilidad, de culpa de la víctima. En ese sentido, el Despacho negará las pretensiones de la demandada.

7. Costas y agencias en derecho.

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la liquidación y ejecución de la condena en costas, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan la materia; en este caso, los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, que regulan lo concerniente al tema.

Se proferirá sentencia de condena en costas, para lo que, respecto de las denominadas agencias en derecho, se tendrá en cuenta lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 366 referido, en tanto su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 del artículo 5°, fijándose para los procesos declarativos de primera instancia con cuantía, entre el 3% hasta el 10% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia, dependiendo la cuantía.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicará gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables.

Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se tendrá en cuenta que el apoderado de la parte demandante hizo presencia en la audiencia inicial y a las de práctica de pruebas y presentó alegatos de conclusión; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el tres por ciento (3%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

8. DECISIÓN

En consecuencia, el **Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante y fijar como agencias en derecho, el tres por ciento (3%) de las pretensiones de la demanda negadas en el presente fallo.

TERCERO: NOTIFICAR la presente sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA