



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2019

JUEZ	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2013-00047-00
Demandantes	:	Lucy González de Toro y otros
Demandado	:	Superintendencia de Notariado y Registro y otros

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 31**

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, las señoras Lucy González de Toro, Catalina María Toro González y Diana Paola Toro González presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Superintendencia de Notariado y Registro – Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Norte, Eduardo Durán Gómez (Notario 38 del Circuito de Bogotá) y Mónica Zulma Bautista Navarro (Notaria encargada 38 del Circuito de Bogotá), a efectos de que se les declare responsables por los daños y perjuicios causados a raíz de las compraventa del bien identificado con matrícula inmobiliaria No.50N-20120245.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (fls. 80-100 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

Mediante escritura pública No. 1375 del 24 de agosto de 2010, la señora Lucy González de Toro y Juan Diego Zapata Sánchez celebraron un contrato de compraventa sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20120245, pactado como precio la suma de \$145.300.000, contrato que fue debidamente registrado ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte.

Una vez se perfeccionó el anterior contrato y al querer ejercer actos de propiedad, la señora Lucy González de Toro se encontró con que el bien inmueble que adquirió había sido objeto de una falsa enajenación con anterioridad, en tanto el traspaso registrado que figuraba a favor del señor Juan Diego Zapata Sánchez, procedía de la falsificación de la suplantación en la escritura pública No. 4210 del 11 de mayo de 2010 de la Notaría 38 del Circuito de Bogotá, la que nunca fue otorga por el señor Guillermo Enrique Garzón Galán.

La parte demandante fundamentó sus pretensiones en que los demandados incurrieron en una falla del servicio, al inscribir una escritura pública falsa, lo cual promovió la estafa de la cual fue objeto, en tanto confió de la fe pública que se otorgaba con un instrumento público debidamente calificado e inscrito en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria 50N-

20120245.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. Superintendencia de Notariado y Registro

Mediante escrito presentado el 15 de octubre de 2013, adujo que el daño causado a la parte actora no era imputable a la entidad, en tanto la disminución del patrimonio devino de la compra de un inmueble a una persona que no era su real propietario.

Así mismo, indicó que en una eventual responsabilidad, esta sería de los notarios que otorgaron los instrumentos públicos, de manera que no se presentaba una irregularidad en la función de vigilancia y control, pues el registro se realizó con la convicción que la escritura pública de compraventa era legítima.

Alegó como eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, en la medida que fue un tercero el que con maniobras fraudulentas suplantó al real propietario del inmueble y posteriormente lo vendió. (f. 169-186 c. principal).

1.3.2. Eduardo Durán Gómez y Mónica Zulma Bautista

Mediante escrito presentado el 20 de junio de 2014, indicaron que conforme a la función notarial que ejercieron, estos solo responden por la regularidad formal de los instrumentos, más no de las declaraciones de los interesados y la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar los actos o contratos, máxime cuando se presume la buena fe de las personas en las gestiones que se adelantan.

Así mismo, adujeron que no se constituía responsabilidad, en la medida que en calidad de notarios no dejaron de observar la normatividad vigente para la expedición de escrituras públicas (f. 267-287 y 309-311 c. principal).

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 20 de enero de 2013 (f. 108 c. principal) y mediante auto proferido el 2 de mayo de 2013 se admitió la demanda (f. 146-149 c. principal).

El día 11 de julio de 2017 se llevó a cabo audiencia inicial (f. 339-348 c. principal).

El 9 de agosto, 14 de noviembre de 2018 y el 28 de febrero 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. 365-366, 389-390 y 444-446 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

A través de escrito radicado el 14 de marzo de 2019, la parte actora adujo que conforme a las pruebas aportadas al expediente se acreditó que, las demandadas incumplieron sus deberes en la función notarial, en la medida que permitieron que personas naturales las indujeran en error al momento de la compraventa, en la medida que realizando las diligencias pertinentes para corroborar la propiedad del bien inmueble, confiaron en la información reportada por los demandados.

De manera que, dada la violación al principio de la confianza legítima, al tener la obligación de verificar la autenticidad de las actuaciones, las demandadas eran responsables de los daños causados a la parte actora, derivada de la pérdida del dinero entregado en virtud del contrato de compraventa (fls.453-462 c. principal).

Por escrito del 14 de marzo de 2019, la entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, reiterando que el daño fue causado por un tercero, actuación en la que no intervino la entidad, por lo tanto no era posible atribuirle responsabilidad alguna (fls.447-455 c. principal).

Mediante escrito del 13 de marzo de 2019, la demandada Mónica Zulma Bautista Navarro adujo que en virtud del principio de buena fe, no era responsable de la suplantación que se realizó del señor Guillermo Enrique Garzón Galán, en la medida que la escritura se profirió dentro del trámite legal (fls.447-448 c. principal).

Eduardo Durán Gómez 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.- Problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el presente caso concreto, las demandadas deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la estafa de la cual fue objeto, en tanto confió en la fe pública que se otorgaba con un instrumento público debidamente calificado e inscrito en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria 50N-20120245.

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, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el

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.

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. Caso en concreto

En el presente caso, el daño que se alega consiste en el presunto detrimento patrimonial del cual fue objeto la parte actora, al suscribir un negocio jurídico sobre un bien inmueble que había sido adquirido de manera fraudulenta por el señor Juan Diego Zapata Sánchez, quien le ofertó el mismo, logró ganar la confianza de la víctima y concretó la compraventa del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20120245.

Obran dentro del expediente las copias de las escrituras públicas No. 4210 del 11 de mayo de 2010 expedida por la Notaría 38 del Circuito de Bogotá y 1375 del 24 de agosto de 2010 expedida por la Notaría 22 del Circuito de Bogotá, que contienen el contrato de compraventa suscrito entre los señores Guillermo Enrique Garzón Galán y Juan Diego Zapata Sánchez, y de este último y la señora Lucy González de Toro, sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20120245.

En cuanto al valor efectivamente cancelado por concepto de la compraventa del bien inmueble, se encuentra acreditado que si bien en la escritura pública No. 1375 se estableció como precio la suma de \$145.300.000, tal como se corrobora con el propio contrato de promesa compraventa suscrito el 12 de julio de 2010 (fls.2-5 c1) y con los comprobantes emitidos por el señor Juan Diego Zapata Sánchez (fls.51-54 c1), se tiene que el valor real pactado por las partes fue de \$180.000.000,

Así mismo, se tiene que mediante sentencia del 28 de octubre de 2013, dado el allanamiento a cargos, el Juzgado 15 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá emitió sentencia condenatoria contra el señor Juan Diego Zapata Sánchez por los delitos de fraude procesal, en concurso heterogéneo con obtención de documento público falso y estafa, producto de la expedición de la escritura pública No. 4210 del 11 de mayo de 2010 expedida por la Notaría 38 del Circuito de Bogotá. Igualmente, se ordenó la cancelación de las anotaciones 5, 6 y 7 del folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20120245.

Imputabilidad

Según lo ha entendido y explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado², imputar, para el presente caso, es atribuir al Estado el daño que padeció la víctima, circunstancia que se constituye en condición *sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial de aquél. La imputación del daño al Estado depende de que su causa obedezca a la acción u omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público, o en nexos con éste, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño.

Respecto de la responsabilidad que se predica de la Superintendencia de Notariado y Registro - Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá Zona Norte, el Despacho considera que en el presente caso no es posible imputar responsabilidad a la misma, puesto que en primer lugar, debe de partirse de la premisa, según la que, las actuaciones que los particulares adelantan ante las entidades públicas, se presumen de

² Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1999, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Henríquez – expediente 10948.

buena fe, tal como lo consagra el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia³, lo cual no permite que de entrada se pueda inferir un comportamiento delictuoso por parte de las personas que desean elevar sus manifestaciones de voluntad a escritura pública y someterlas a registro.

En el presente caso, la escritura pública contentiva de la compraventa efectuada a favor del señor Juan Diego Zapata Sánchez (4210 del 11 de mayo de 2010), no era posible que fuera objeto de estudio de legalidad y autenticación por parte de la entidad demandada al momento de sus inscripción en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria, toda vez que no es la entidad competente para tal fin y la misma contenía todas las manifestaciones de la voluntad que se requerían para efectuar la respectiva anotación en el folio de matrícula inmobiliaria.

Al respecto, para la fecha de inscripción de la escritura pública No. 4210 (13 de mayo de 2010), el Decreto 150 de 1970 establecía:

ARTICULO 22. El proceso de registro de un título o documento, se compone de la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado ésta, y deberá cumplirse dentro del término de tres días hábiles.

ARTICULO 23. Recibido el título o documento en la oficina de registro, se procederá a su radicación en el Libro Diario Radicador, con indicación de la fecha y hora de recibo, número de orden sucesivo anual, naturaleza del título, fecha, oficina y lugar de origen.

A quien lo presente para su registro se le dará constancia escrita del recibo, fecha, hora y número de orden; circunstancias que igualmente se anotarán tanto en el ejemplar que será devuelto al interesado, como en la copia destinada al archivo de la oficina.

ARTICULO 24. Hecha la radicación, el documento pasará a la sección jurídica de la oficina para su examen y calificación. En formulario especial y con la firma del funcionario correspondiente, se señalarán las inscripciones a que dé lugar, referidas a las respectivas secciones o columnas del folio.

ARTICULO 25. El formulario de calificación contendrá impresas las distintas clases de títulos que puedan ser objeto de registro, clasificados por su naturaleza jurídica y sección o columna a que corresponden, y un espacio para señalar la orden de inscripción y el número de la radicación.

Si el título fuere complejo o contuviere varios actos, contratos o modalidades que deban ser registrados, se ordenarán las distintas inscripciones en el lugar correspondiente. Así, tratándose de un contrato de compraventa cuyo precio e <sic> quedó a deber parcialmente y en el que para garantía del pago se constituyó hipoteca sobre el inmueble comprado, en el formulario de calificación se indicará que en la matrícula debe inscribirse la tradición a que da lugar la compraventa, en la primera columna (modos de adquisición); la hipoteca, en la segunda columna (gravámenes); y la condición resolutoria aparente, en la tercera columna (limitaciones del dominio).

ARTICULO 26. Hecha la calificación, el título pasará a la sección de inscripción para su registro, de conformidad con la orden dada por la sección jurídica.

ARTICULO 27. La inscripción se hará siguiendo con todo rigor el orden de radicación, con anotación en el folio, en las correspondientes secciones o columnas, distinguida con el número que al título le haya correspondido en el orden del Diario Radicador y la indicación del año con sus dos cifras terminales. En seguida se anotará la fecha de la inscripción, la naturaleza del título: escritura, sentencia, oficio, resolución, etc., su número distintivo, si lo tuviere, su fecha, oficina de origen, y partes interesadas, todo en forma breve y clara, y en caracteres de fácil lectura y perdurables.

³ ARTICULO 83. 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 éstas.

ARTICULO 28. Cumplida la inscripción, de ella se dejará constancia tanto en el ejemplar del título que se devolverá al interesado, como en la copia destinada al archivo de la oficina, con expresión de su fecha, número de orden en el Libro Radicador, el código distintivo del folio de matrícula en que fue inscrito y la columna o columnas de aquel donde se hizo la inscripción. Acto seguido se anotará en los índices, y se guardará la copia en el archivo.

ARTICULO 29. Luego de efectuada la inscripción y puesta la constancia de ella en el título o documento objeto del registro, aquél regresará a la sección de radicación, para que allí, en la columna sexta del Libro Diario Radicador, en seguida de la radicación, se escriba el folio y la fecha en que fue registrado, y se devuelva al interesado, bajo recibo.

ARTICULO 30. Con las anotaciones en la forma indicada en el presente capítulo se considera realizado para todos los efectos legales el registro de instrumentos.

Así mismo, posteriormente el artículo 16 de la Ley 1579 de 2013 señalaba lo siguiente:

Artículo 16. Calificación. Efectuado el reparto de los documentos se procederá a su análisis jurídico, examen y comprobación de que reúne las exigencias de ley para acceder al registro.

Parágrafo 1º. No procederá la inscripción de documentos que transfieran el dominio u otro derecho real, sino está plenamente identificado el inmueble por su número de matrícula inmobiliaria, nomenclatura o nombre, linderos, área en el Sistema Métrico Decimal y los intervinientes por su documento de identidad. En tratándose de segregaciones o de ventas parciales deberán identificarse el predio de mayor extensión así como el área restante, con excepción de las entidades públicas que manejan programas de titulación predial. También se verificará el pago de los emolumentos correspondientes por concepto de los derechos e impuesto de registro.

Parágrafo 2º. El registro del instrumento público del cual pudiere exigirse el cumplimiento de una obligación, solo se podrá cumplir con la primera copia de la escritura pública que presta mérito ejecutivo o con la copia sustitutiva de la misma en, caso de pérdida, expedida conforme a los lineamientos consagrados en el artículo 81 del Decreto-ley 960 de 1970, salvo que las normas procesales vigente concedan mérito ejecutivo a cualquier copia, con independencia de que fuese la primera o no.

En la escritura pública No. 4210, que fue sometida a registro, el funcionario encargado de calificar la misma podía identificar claramente el inmueble objeto de venta tanto por el folio de matrícula inmobiliaria como su cédula catastral y sus linderos, y así mismo, podía identificar los intervinientes del negocio jurídico por su documento de identidad (Juan Guillermo Enrique Garzón Galán y Juan Diego Zapata Sánchez).

De manera tal que conforme a dichas actuaciones, cualquier persona podía presumir la legalidad de dicho instrumento, tanto así que la parte actora así lo consideró y de esta manera celebró el respectivo contrato de compraventa con el señor Juan Diego Zapata Sánchez, sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-20120245.

En este orden de ideas, se ha de considerar que para la fecha de inscripción de la escritura pública No. 4210, la misma gozaba de legalidad, hasta tanto no se hubiera declarado lo contrario por la autoridad competente.

Por lo tanto, no se puede determinar que la anotación de la compraventa en el folio de matrícula inmobiliaria hubiera sido el hecho determinante para la generación del daño alegado, toda vez que fue un tercero, el encargado en inducir en error tanto al demandante como a la entidad demandada, teniendo en cuenta que no está determinada por la ley a la

Superintendencia de Notariado y Registro la función⁴ de contrastar la huellas y la firmas de los otorgantes de una escritura pública, respecto a las demás que estén en las escrituras públicas registradas en el folio de matrícula inmobiliario respectivo, para que pudiera inferir una presunta falsedad.

Adicional a lo anterior, debe considerarse que para la fecha en la que fue otorgada la escritura pública 4210, tan solo a partir de la expedición de la Resolución No. 9146 del 1 de octubre de 2012⁵, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro, se estableció una fecha límite en la cual le dispuso que las notarias del país expidieran las copias de las escrituras públicas en el papel de seguridad tamaño carta señalado en la resolución en comento, con el fin de poderse controlar cada una de las diligencias que se tramitan ante las notarias y que tienen que ver con la función fedataria, pues en la misma, se dispuso que las copias de las escrituras públicas numeradas hasta el 30 de septiembre de 2012, se podían expedir en papel común, de suerte que las expedidas con posterioridad al 1 de octubre de 2012 sí debían expedirse en papel de seguridad, por lo que al ser de fecha anterior la escritura pública 4210, no era posible tampoco que la entidad demandada avizorase alguna irregularidad de la misma.

Así mismo, en lo que hace relación a la verificación de la huella dactilar por medios electrónicos, si bien la misma se reguló en el artículo 18 del Decreto 19 de 2012⁶, en la cual se impuso la obligación a todas las notarias del país de contar con sistemas de obtención electrónica remota de la huella dactilar, dicha regulación solo vino a hacerse exigible hasta la expedición de la Resolución 6467 del 11 de junio de 2015, pues hasta dicha fecha, se convalidó el procedimiento de acceso, consulta y utilización de la base de datos de la información que produce y administra la Registraduría Nacional del Estado Civil, para la autenticación biométrica en línea, por lo que por este aspecto tampoco era posible que la entidad demandada avizorase alguna irregularidad en la escritura pública No. 4210 que le fue sometida por un particular para su registro.

⁴Artículo 12 - Decreto 412 de 2007

⁵ Artículo 5º, La Unión Colegiada del Notariado Colombiano suministrará los nuevos formatos.

Parágrafo 1º. Las copias de las escrituras públicas numeradas hasta el día 30 de septiembre de 2012, se expedirán en papel común. Las copias de las escrituras públicas numeradas partir del 1 de octubre de 2012 se expedirán en papel de seguridad.

Parágrafo 2º. El uso del papel de seguridad será exclusivamente para aquellas diligencias notariales que se surtan en las notarias, mas no para aquellos documentos que se lleven a éstas para autenticación de firmas y/o reconocimiento de contenido y firma.

⁶ ARTÍCULO 18. VERIFICACIÓN DE LA HUELLA DACTILAR POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.

En los trámites y actuaciones que se cumplan ante las entidades públicas y los particulares que ejerzan funciones administrativas en los que se exija la obtención de la huella dactilar como medio de identificación inmediato de la persona, ésta se hará por medios electrónicos. Las referidas entidades y particulares contarán con los medios tecnológicos de interoperabilidad necesarios para cotejar la identidad del titular de la huella con la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Si el trámite no requiere de la identificación inmediata de la persona, la autoridad o el particular encargado de funciones administrativas coordinarán con la Registraduría Nacional del Estado Civil el mecanismo de verificación de la información requerida.

Cuando por razones físicas la persona que pretenda identificarse no pueda imponer la huella dactilar o esta carezca de calidad suficiente para identificarla, la verificación de la identidad se hará mediante la comparación de su información biográfica con la que reposa en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil. De igual forma se procederá para identificar a personas menores de siete (7) años, caso en el cual deberá acompañarse copia del Registro Civil de Nacimiento.

La comprobación de identidad a través de la Registraduría Nacional del Estado Civil no tendrá costo para la entidad pública o el particular que ejerza funciones administrativas

Parágrafo 1. La identificación mediante la obtención electrónica de la huella dactilar no excluye la presentación del documento de identidad. En caso de que la persona no tenga documento de identidad, el requisito se surtirá con la exhibición del comprobante del documento en trámite, expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el cual se presume auténtico.

Parágrafo 2. Cuando sea necesario, y con el fin de obtener la huella dactilar en sitios distintos a su sede operativa, las autoridades públicas o los particulares en ejercicio de funciones administrativas podrán incorporar mecanismos móviles de obtención electrónica remota de la huella dactilar. Las notarias del país están obligadas a contar con sistemas de obtención electrónica remota de la huella dactilar.

Bajo este orden de ideas, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra que no existe ninguna prueba que acredite el actuar omisivo que se predica de la entidad demandada y que permita estudiar la imputabilidad del daño a la misma, y por lo tanto, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., el cual señala que incumbe a las partes probar los supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que estas persiguen, teniendo en cuenta lo considerado en esta providencia, es decir, que fue el hecho de un tercero el que en el presente caso hizo incurrir en error a los demandantes y a la parte demandada, para así lograr la estafa, el Despacho negará las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, en lo que respecta a la responsabilidad de los notarios, el artículo 9 del Decreto 960 de 1970⁷, consagra que los Notarios responderán por la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados, lo cual significa, que el Notario no está en la obligación de estudiar las manifestaciones que hacen las partes dentro de una escritura pública, lo cual, aplicado al presente caso y del material probatorio aportado al proceso, no es posible atribuirle una responsabilidad al Notario que autorizó la escritura pública 4210, toda vez que de la investigación y el proceso penal adelantado en contra del señor Juan Diego Zapata Sánchez, no se puede inferir que el Notario no verificó la identidad de las partes⁸, toda vez que se exigieron todos los requisitos que señalaba la ley, por lo cual, el hecho que se hubiera presentado o no una cédula falsa del señor Guillermo Enrique Garzón Galán⁹, impedía al Notario determinar la conducta delictiva que se ejecutó con el otorgamiento de la escritura pública, en este caso, la estafa sufrida por la parte actora.

Razones que conllevan a determinar que el daño sufrido fue producto del hecho de un tercero, en este caso, la persona que suplantó la identidad del señor Guillermo Enrique Galán, quien logró obtener la confianza de los demandantes e inducirlos en error, para la comisión del correspondiente delito, por el que se emitió sentencia condenatoria de 60 meses de prisión y multa de 150 SMLMV contra el señor Juan Diego Zapata Sánchez.

Adicionalmente, debe ponerse de presente que, conforme la Ley 906 de 2004, las víctimas podían iniciar incidente de reparación integral contra la persona directa causante del daño, aspecto del que si bien se hizo uso, debe ponerse de presente que fue por la propia autonomía de las víctimas que se solicitó el desistimiento del correspondiente incidente, actuación atribuible únicamente a la parte actora.

Con fundamento en lo anterior, teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra que no existe ninguna prueba del actuar omisivo que permita imputar el daño a la parte demandada, de conformidad con el artículo 167 del CGP, que señala que incumbe a las partes probar los supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que estas persiguen, y teniendo en cuenta lo considerado en esta providencia, es decir, que fue el hecho de un tercero el que en el presente caso hizo incurrir en error a los demandantes y a las partes demandadas para así lograr la estafa, se declarará próspera la excepción del hecho de un tercero.

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

⁷ ARTICULO 9o. Los Notarios responden de la regularidad formal de los instrumentos que autorizan, pero no de la veracidad de las declaraciones de los interesados; tampoco responden de la capacidad o aptitud legal de estos para celebrar el acto o contrato respectivo.

⁸ Decreto 960 de 1970-Artículo 3-Numeral 4.- Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal

⁹ Hecho que no está probado dentro del expediente, toda vez que la investigación terminó por la imposibilidad de determinar al sujeto activo de la conducta delictuosa (tl.1, 147-152 c3).

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 aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por la parte actora, 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 cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas 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,

6. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probado el eximente de responsabilidad denominado hecho de un tercero, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte actora 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: La sentencia deberá cumplirse dentro de los términos previstos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011 y subsiguientes.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362014-0004000
Demandante :	Pablo Hugo Criollo Chapal y Otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 47**

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 Pablo Raúl Criollo Chapal, Hugo Raúl Criollo Chapal, Hugo Raúl Criollo Ortega y Carmen Elvira Chapal Criollo quienes actúan en nombre propio y en representación de los menores Diana Carolina Criollo Chapal y José Manuel Criollo Chapal presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, a efectos de que se le declare responsable por las lesiones padecidas por el señor Pablo Raúl Criollo Chapal, 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 (fl. 1-2 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el señor Pablo Raúl Criollo Chapal ingresó a prestar el servicio militar obligatorio a la Armada Nacional.

Señaló que, en el mes de abril del año 2010, en cumplimiento de las actividades propias del servicio militar, tuvo una caída a la que, sus superiores no le prestaron atención; sufriendo un fuerte dolor en la cintura.

Adicionalmente indicó que, posteriormente fue valorado por el médico de sanidad militar, por lo que fue remitido a la Clínica la Calendaria de Magangué a efectos de que le fueran practicadas radiografías, determinándose que todo estaba normal y se recetó medicamentos para el dolor.

Precisó que, debido a que las molestias continuaban, el demandante acudió nuevamente a sanidad y, por lo tanto, le ordenaron 10 sesiones de fisioterapia, las que se realizaron en la clínica.

Adujo que, debido a la persistencia de los dolores acudió al centro médico, practicándosele rayos x, por lo que, una vez analizadas las placas radiográficas, el médico tratante dictaminó *escoliosis lumbar leve de convexidad izquierda de tipo postural y/o antálgica*.

Refirió que puso en conocimiento de su superior la afección padecida, sin que se efectuara ningún tipo de pronunciamiento. Así mismo, tampoco se elaboró informe administrativo, así

ni se le practicó Junta Médico Laboral.

Indicó que, el 22 de noviembre de 2011, el demandante fue licenciado de la Armada, padeciendo el dolor causado por la lesión adquirida prestando el servicio militar obligatorio.

Finalmente refirió que, la lesión sufrida por el señor Pablo Raúl Criollo Chapal le causó perjuicios en tanto que, no puede ejecutar las actividades que normalmente realizaba con anterioridad.

2.3.- Contestación de la demanda

2.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Armada Nacional

Mediante escrito radicado el 7 de abril de 2015, la entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Señaló que, de las pruebas allegadas no obraba informe administrativo por lesiones o Junta Médica Laboral, que permitiera determinar el grado de incapacidad psicofísica del demandante y que la misma, obedeciera al accidente ocurrido durante la prestación del servicio militar.

Indicó que, la parte actora no demostró que el daño causado se hubiese originado en una falla o un riesgo excepcional atribuible a la entidad demandada.

Indicó que, atendiendo el material probatorio obrante en el expediente, no era posible imputar responsabilidad a la entidad, circunstancia que conllevaba a que se negaran las pretensiones de la demanda.

2.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 4 de febrero de 2014, ante los Juzgados Administrativos de Pasto, y mediante auto del 14 de marzo de 2014 se remitió el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, correspondiéndole el conocimiento a este Despacho.

A través de auto del 23 de abril de 2014, se admitió la demanda (f. 62 c. principal).

El día 3 de mayo de 2016, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 41 a 95)

Posteriormente, el 8 de septiembre de 2016, se adelantó audiencia de pruebas (fl. 157).

El 19 de abril de 2018, se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas (fl. 175)

Finalmente, mediante auto del 22 de julio de 2019, se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

2.5.- Alegatos de conclusión

2.5.1. Parte Demandante

No presentó escrito de alegatos de conclusión.

2.5.2. La entidad demandada 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 – Armada Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte

actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el señor Pablo Raúl Criollo Chapal, 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.

3.2. 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 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 caso bajo estudio la parte actora hizo consistir el daño en las lesiones padecidas por el señor Pablo Raúl Criollo Chapal, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, el que fue cumplido según lo aduce la parte actora desde el 8 de febrero de 2010 al 22 de noviembre de 2011.

Del estudio que se hace del material probatorio, se encuentra que obra valoración realizada por médico especialista en radiología, de la que se extrae:

- *Unidad de Imagenología la Candelaria*

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.

Centro de Imágenes Diagnosticas⁴

Nombre: PABLO CRIOLLO CHAPAL

Fecha: JUNIO – 08 – 2010

Entidad: BAFLIM

INFORME:

RX COLUMNA LUMBOSACRA

El eje mecánico esta conservado. La morfología de los cuerpos vertebrales es normal. Espacios intervertebrales conservados. Pedículos normales. No hay lisis ni listesis. Articulaciones interapofisiarias definidas. No se observa lesión ósea traumática. Densidad ósea normal.

CC: 1- NO HAY LESIÓN ÓSEA TRUMÁTICA.

- Armada Nacional
Sanidad Naval⁵

DÍA	MES	AÑO
15	II	2010

1) Valoración ciexti por ortopedia

-Obra Social Diocesana

Centro de Imágenes Diagnosticas⁶

Nombre: PABLO CRIOLLO CHAPAL

Fecha: AGOSTO – 26 – 2010

Entidad: HOSPITAL NAVAL DE CARTAGENA

INFORME:

Se observa una escoliosis lumbar leve de conexidad izquierda de tipo postural y/o la morfología de los cuerpos vertebrales es normal. Espacios intervertebrales conservados. Pedículos normales. No hay lisis ni listesis. Articulaciones interapofisiarias definidas. Densidad ósea normal.

CC: 1- ESCOLIOSIS LUMBAR LEVE DE CONEXIDAD IZQUIERDA TIPO POSTURAL Y/O ANTALGICA.

NOTA: DESCARTAR ESPASMO MUSCULAR?

De igual manera, obra historia clínica de la que se extrac que, el señor Pablo Raúl Criollo fue atendido por el establecimiento de sanidad militar de la Armada Nacional, desde el día 14 de agosto de 2010 al 23 de agosto de 2010⁷.

Así mismo, revisado dicho documento se observa que, el día 3 de noviembre de 2011, el señor Pablo Raúl Criolla⁸ fue atendido por urgencias, reflejando como hallazgos los siguientes:

"Paciente con cuadro clínico de 12 horas de evolución consistente en caída desde su propia altura mientras jugaba fútbol, cayendo de costado derecho, presentando posteriormente exconación en dorso y dolor.

(...)

25/10/2011

GA: Paciente con cuadro clínico de 4 días de evaluación consistente en trauma contundente a nivel de tercio medio de pierna derecha mientras realizaba actividad lúdica, presentando posteriormente dolor

⁴ Folio 20

⁵ Folio 21

⁶ Folio 25

⁷ Folio 39 a 42

⁸ Folio 35

(...)

IDX: 1 Trauma superficial pierna derecha
2 Riesgo de (...)"

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 el presente caso, a juicio de la parte actora las patologías sufridas por el señor Pablo Raúl Criollo Chapal se causaron con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio.

No obstante, lo anterior el Despacho advierte que una vez revisadas las pruebas allegadas al proceso, no obra informe administrativo por lesión del que se pueda advertir las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que dé cuenta de la manifestación aludida por la parte actora.

Por otra parte, se advierte que dentro del presente asunto, se recaudaron los testimonios de los señores Wilmer Manchegos y Oscar Daniel Hayes Ramírez, personas que prestaron servicio militar obligatorio con el señor Pablo Raúl Criollo Chapal.

De la declaración rendida por el señor Oscar Daniel Hayes Ramírez⁹, se extrae lo siguiente:

"Preguntado: Dígame al Juzgado las circunstancias de tiempo modo y lugar relacionadas con el conocimiento que tenga sobre el señor Pablo Raúl Criollo Chapal. Interrogado: Lo conozco desde el 2010 que empezamos a prestar el servicio en Coveñas y en Magangué (Bolívar) fue donde prestamos el servicio. Preguntado: Ustedes prestaron el servicio juntos y después de prestar el servicio se vieron más, se siguieron contactando. Interrogado: Via telefónica y por Facebook. Preguntado: Los demandantes en el proceso que nos encomiendan pretenden de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, que estas entidades sean administrativamente responsables y sean condenadas a pagar perjuicios morales y materiales ocasionados con motivo de lesiones del IMAR Pablo Raúl Criollo Chapal mientras prestaba su servicio militar obligatorio y además le volvemos a repetir que el objeto de su declaración, es si usted sabe algo cerca de que el demandante presentó oportunamente los informes sobre su padecimiento, sus solicitudes no fueron oportunamente por sanidad de la Armada Nacional y demás hechos relacionados con la demanda, qué sabe usted de esos hechos. Interrogado: O sea lo que yo tengo que decir es que él sí salía a sus controles, sus terapias, viajaba a Cartagena a los especialistas. Preguntado: Cómo se enteró usted de esto que acaba de expresar, cómo tuvo ese conocimiento. Interrogado: Como dije anteriormente prestamos el servicio juntos, fuimos compañeros y por medio de eso me daba cuenta cuando solicitaba el permiso que viajaba a Cartagena donde el especialista y a la ciudad de Magangué a las terapias. Preguntado: Sabe usted por qué el señor Pablo Raúl Criollo Chapal pedía permiso para pedir cita con especialista. Interrogado: El conocimiento que tenía, era que tenía una fractura en la columna, la tenía desviada. Preguntado: Eso de que tenía la columna desviada cómo lo conoció usted, cómo se enteró de eso. Interrogado: Porque nosotros hablábamos y a él le hacían rayos x, incluso él no podía utilizar chalecos ni nada de eso. Preguntado: En el tiempo que usted prestó el servicio militar junto al demandante Pablo Raúl Criollo Chapal, tiene usted conocimiento que el mismo haya sufrido algún accidente en la prestación del servicio militar. Interrogado: Que yo haya visto así algún accidente no. Preguntado: Y en ese tiempo que usted estuvo junto con el demandante Pablo Raúl Criollo Chapal, tuvo conocimiento que el mismo haya sufrido alguna enfermedad o lesión. Interrogado: Como le dije ahorita lo único que yo sé del problema ese es que el no utilizaba chaleco, tenía su problema en la columna, salía como le dije a sus terapias. Preguntado: A esas terapias a las que usted se refiere tiene conocimiento o le consta que era atendido en esas citas por especialistas. Interrogado: De que me conste no porque yo no lo acompañaba, pero sí era el permiso que el diligenciaba que salía a Magangué a hacerse su terapia y a Cartagena con el especialista. Preguntado: Usted solamente sabe que el tramitaba un permiso que se lo concedían y que salía atender sus citas y sus consultas. Interrogado: Si señor. Preguntado: No sabe usted más nada de lo que pasaba en esas citas, en esas consultas con el señor Pablo Raúl Criollo Chapal. Interrogado: No señor porque el salía solo. Preguntado: Quiere corregir o agregar algo a su declaración. Interrogado: Corregir no,

⁹ Medio magnético folio 183

pero si decir que prácticamente vivíamos las 24 horas juntos y él si se quejaba de su dolor, el comandante de la compañía, todos sabían del problema que él tenía, como lo dije ahorita el no utilizaba chaleco, nada de eso por su problema que tenía en la cintura, en la columna. Preguntado: Ese problema que tenía el señor Pablo Raúl Criollo Chapal cuando prestó el servicio militar usted tiene conocimiento si fue atendido por la institución, por la entidad. Interrogado: Lo que yo sé es que el salía a sus terapias iba donde el especialista, es lo único que yo sé, pero haya más a fondo uno no tengo conocimiento de eso”.

Ahora bien, de la declaración rendida por el señor Wilmer Manchegos se extrae lo siguiente:

Preguntado: hágale un relato breve al Despacho de lo que le conste acerca de los hechos que le he comentado. Interrogado: El señor Criollo Chapales del contingente primero del 10 yo soy del segundo del 10 a mí me asignaron 3 meses antes de que él estuviera en este batallón BAFLIN 30 de Magangué (Bolívar) yo llegue ahí y él ya estaba en el batallón, como es un batallón pequeño ahí nos conocíamos todos, él estuvo conmigo en la parte de seguridad prestando guardia en el batallón, también nos asignaron a una patrulla perimétrica del batallón, la patrulla durante un tiempo fue como 1 año con él patrullando, enseguida de eso empezó la falencia del señor Pablo, de dolor de espalda, que le dolía la parte de la pierna, en las formaciones generales no se aguantaba por el peso y por el dolor no aguantaba las formaciones generales que eran los viernes tocaba traerle una silla para que él se sentara porque no aguantaba el dolor de tanto tiempo de pie, que eran formaciones de 1 o 2 horas cuando hablaba el comandante de batallón, en seguida de eso él iba mucho a sanidad del mismo batallón hacerse terapias, lo que hacían era que le aplicaban una inyección para el dolor y pastillas, pero entonces decían que él era por tomar del pelo que se sentía así de enfermo, pues nunca tuve conocimiento de que le hayan tomado una radiografía sobre el caso, después fue con el tiempo que lo mandaron a Cartagena a como que ciento y pico de terapias, él estuvo allá en Cartagena pero siguió con la misma falencia y en sanidad le decían que no había un convenio como tal con una entidad para hacer las terapias más avanzadas, ese era el procedimiento que hacían allá no más, ya que decían que él tomaba del pelo del dolor, lo ponían como decía la palabra a voltear, hacer ejercicio como normal un soldado que no tuviera dolor ni nada de eso. Preguntado: Señor Wilmer usted indicó anteriormente que el señor Pablo Raúl Criollo le comunicó a uno de sus superiores las dolencias que padecía y le decían que no era verdad y que al contrario tomaban represarias, sabe usted o le consta el nombre de alguno de los comandantes a quienes el soldado Pablo Raúl Chapar les comunicó y tomó esa actitud, sabe el nombre y el grado Interrogado: Más que todo doctor era suboficiales, que tenían más contacto con nosotros, me consta porque yo también fui uno de ellos que salí yo con una asiática, tengo una escoliosis yo creo que hasta peor de la que tiene la amistad Criollo, con una hernia discal también salí yo no demande por eso, porque quería seguir en el proceso de estar en la carrera y no me recibieron por eso, pero yo no demande eso, me consta a mí porque a mí también me ponían a hacer ejercicio también, decían que yo era mamando gallo que no sé qué, incluso a mí la pierna se me dormía, pero como entonces uno allá tenía que cumplir las órdenes porque o sí no le dañaban la libreta a uno, que le pasaban un informe que no sé qué más, entonces uno para ir 2 años haya y regalados y salir con la libreta dañada, uno hacía era cumplir la orden.

De igual manera se advierte que ante las preguntas realizadas por el apoderado de la parte actora el testigo respondió:

Preguntado: Cuando usted conoció al señor Chaparro este sufría de alguna afectación física o corporal. Interrogado: Si doctor cuando yo lo conocí ya tenía como la falencia del dolor, él decía que en la patrulla no podía estar, por el morral que pesaba más o menos 4 arrobas, entonces nos ponían a patrullar con el morral y él decía que no podía, pero entonces hacían caso omiso, lo enviaban así y después con el tiempo después de quejarse pues ya lo pasaron a la maestría que es una oficina donde hacen la orden del día del batallón de todo, entonces ya lo pasaron hacer esto. Preguntado: Manifieste al Despacho si durante el tiempo que usted compartió con el su servicio militar obligatorio al señor Pablo Criollo Chapal, se le realizaron todos los exámenes médicos clínicos o le consta que se le realizaron los exámenes médicos clínicos como todas las terapias que le ordenaron los médicos tratantes. Interrogado: Yo el conocimiento que tengo de eso es que él iba mucho a sanidad por dolor, o hacía que le aplicaran inyección, no me acuerdo el nombre de cuál era la inyección que le aplicaban para el dolor que le aplicaban a uno haya por cualquier dolor o pastilla, que era lo le aplicaban a él, si le hacían era unas terapias muy leves ahí en el mismo corregimiento de Magangué, pero nada avanzado que hubiese tenido una mejoría en la lesión. Preguntado: Manifieste al Despacho si a usted le consta si ustedes una vez terminaron su servicio militar obligatorio hayan sido convocados por alguna autoridad médico legal con el fin de realizárseles la respectiva junta médico laboral de retiro, como lo ordenan las normas de carrera en los soldados regulares. Interrogado: Nos

hicieron un examen ahí, pero fue por encima, no fue algo que nos dijeran usted póngase aquí pasamos la máquina para ver como tienen la columna solamente fue de tanteo, tanto del médico como listo usted está bien, no fue algo así que fuera como una radiografía o algo así que se mostrara que una de verdad sale bien de allá, entonces todo fue por encima como legalizando la salida.

De las declaraciones recepcionadas en el proceso de la referencia se avizora que, si bien el señor Pablo Raúl Criollo padecía de traumas en su espalda, circunstancia por la que acudía a terapia y consultas, de dichos testimonios no es posible dilucidar que la afección padecida se originara por una situación acaecida durante la prestación del servicio militar y con ocasión del mismo.

Lo anterior, por cuanto de los testimonios recaudados no se vislumbra que el demandante haya sufrido algún tipo de accidente en el transcurso del ejercicio de las actividades propias de la prestación del servicio militar y que ocasión a las mismas se causaron las dolencias padecidas.

Así mismo, no se aportó al plenario valoración médica u otro dictamen en el que se advirtiera la disminución de capacidad laboral del demandante.

Recuerda el Despacho que, durante el curso del proceso, se propendió por la obtención de la documental que confirmara la presunta pérdida de capacidad del demandante; sin embargo, a pesar de haberse decretado la aludida prueba en la audiencia inicial de 3 de mayo de 2016¹⁰ y siendo reiterada en las audiencias de práctica de pruebas adelantadas, no fue posible el recaudo de la misma.

Por lo tanto, se advierte que la parte actora no propendió por el recaudo de las pruebas decretadas en el caso objeto bajo estudio, sobre el particular se advierte que el Jefe de Medicina Laboral de la Armada Nacional¹¹ señaló:

“Revisado el Sistema Virtual de Medicina Laboral se evidenció que el señor Infante de Marina Regular (L.) PABLO RAÚL CRIOLLO CHAPAL desde el año 2011 tiene abierto proceso médico laboral por la especialidad de ORTOPEdia (Lumbagia) sin que se evidencie avance alguno dentro del mismo ni accreimiento por parte del prenombrado con esta Dirección desde dicha anualidad”.

La anterior circunstancia fue puesta en conocimiento de la parte actora a efectos de que adelantara las gestiones pertinentes, sin que obre prueba de las actuaciones realizadas.

En el presente caso, a juicio de la parte actora las patologías sufridas por el señor Pablo Raúl Criollo Chapal se causaron con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio.

No obstante, lo anterior el Despacho advierte que una vez revisadas las pruebas allegadas al proceso, no obra prueba alguna de la que se pueda advertir las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que dé cuenta de la manifestación aludida por la parte actora, relacionada con una presunta caída o golpe.

Aunado a lo anterior, 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 se presentó una alteración en su estado de salud durante el periodo que el señor Pablo Raúl Criollo Chapal prestó su servicio militar, no se encuentra probado que dicha patología se haya causado como consecuencia del sometimiento de actividades físicas o actividades militares tal y como lo señaló la parte actora en el escrito de demanda. Se está entonces, ante una enfermedad cuyo origen no se probó y por esta razón no se puede acreditar su nexo con la actividad castrense.

En síntesis, el Despacho concluye que, si bien el demandante prestó el servicio militar

¹⁰ Folio 91 a 95

¹¹ Folio 133

obligatorio y en desarrollo del mismo presentó una afección tratada por la institución médica castrense, dicho aspecto por sí mismo no configura la responsabilidad de la entidad demandada, en tanto no se realizó ninguna actividad probatoria tendiente a acreditar que la afección tuvo lugar con las funciones desarrolladas en la prestación del servicio militar obligatorio. De manera que, no se acreditó ningún nexo causal entre el daño alegado y las labores realizadas al interior de la entidad demandada, más aún cuando las patologías padecidas, se pudo presentar por diferentes causas y no se probó que la misma se presentaron con ocasión a la prestación del servicio militar obligatorio.

Asimismo, precisa el Despacho que al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del CGP según el cual *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, constituía una carga procesal para la parte actora demostrar lo imputado en la demanda a partir de lo que, se pretendía la declaración de responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional.

Paralelamente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo¹², frente a la carga de la prueba en materia de responsabilidad del Estado ha dicho:

“(…) si bien en los casos en los cuales se debate la responsabilidad del Estado por daños padecidos por soldados que prestan el servicio militar obligatorio es posible aplicar un régimen de imputación objetivo o por falla del servicio en caso de encontrarse acreditada, lo cierto es que ello no releva a la parte actora de su carga de probar los elementos de la responsabilidad del Estado, es decir, el daño antijurídico, una conducta –activa u omisiva– desplegada por el ente público demandado y el nexo causal entre el primero y la segunda, sin los cuales no es posible declarar la responsabilidad del Estado y proceder así a condenarlo a indemnizar un daño, frente al cual no se hubiere acreditado relación alguna con este. (...) no puede olvidarse (...) que constituía una carga procesal de la parte actora demostrar las imputaciones hechas por ella en la demanda, a partir de las cuales pretendió que se declarara responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por las lesiones del señor Wilmar Alejandro Gallego Gil y que se la condenara a una cuantiosa indemnización de perjuicios a su favor; sin embargo, la parte actora no cumplió con dicha carga y la consecuencia de su falencia no puede ser otra que la negación de las súplicas de la demanda por ella promovida .

De igual manera, 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.”*¹³ 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”*.

Por lo tanto, ante la aludida falta de pruebas se negarán las pretensiones encaminadas al reconocimiento de perjuicios, puesto que conforme al material probatorio aportado no es posible acceder a las pretensiones de la demanda.

Aunado lo anterior, de tenerse por cierto que el señor Pablo Raúl Criollo Chapal presentó una caída, dado que no se demostró que esta fuera ocasionada por las condiciones a las que fue expuesto para prestar el servicio militar obligatorio, no resulta atribuir responsabilidad a la entidad demandada.

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*

¹² Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00630-01(41708)

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

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”¹⁴.

En efecto, las circunstancias de una caída, conforme a las reglas de la sana crítica y la experiencia, dado que no se acreditó que la causa directa de esta fuera la actividad propia del servicio militar, para el Despacho, caminar y trotar es una actividad que hace parte del actuar diario de las personas, y el sufrir una caída en desarrollo de las mismas, 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.

Dicha premisa es compartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en decisión adoptada el 19 de abril de 2018¹⁵, al decidir un recurso de apelación de una situación fáctica similar a la aquí estudiada, pronunciándose en términos similares a los analizados por este Juzgado:

“Ahora bien, destaca la Sala que en el presente asunto, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos, se constata que la lesión sufrida no surgió con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, por lo tanto, **no se evidencia la relación de causalidad** entre una supuesta afección a la salud del actor y conducta alguna –por acción u omisión–, atribuible a la entidad demandada que hubiese generado dicho daño.

Así las cosas, si bien se puede apreciar que el conscripto sufrió una lesión en su Diente No. 21, no hay lugar a afirmar que existe un nexo de causalidad, entre el daño y una imputación de este a la Entidad, por las siguientes razones:

(i) De los elementos probatorios allegados solo permiten demostrar que si bien, se dirigía al trote desde el rancho hacia el alojamiento, cuando el señor FABO MANZANO MARTÍNEZ sufrió una caída, estas circunstancias no conllevan a establecer la relación de causalidad entre el hecho generador y la responsabilidad que se pretende endilgar a la entidad pública.

(ii) Se quiere significar que, el desplazamiento que realizaba el señor FABIO MANZANO MARTÍNEZ, y que fue la causa directa del daño en su diente, no es una actividad propia del servicio en el Ejército Nacional, sino del diario vivir de la mayoría de las personas, y más de aquellas que calificaron de aptas para prestar el servicio militar obligatorio. No se puede confundir la responsabilidad del Estado en reintegrar los jóvenes en el estado en que se encontraban al momento de integrarse a las fuerzas militares y cumplir si deber constitucional, con la carga que debe soportar por acciones propias de la esfera personal de cada quien; si bien el señor sufrió una caída – de acuerdo al informe administrativo por lesiones–, aquella no es una causa suficiente para imputar la responsabilidad al Estado, sino una omisión en el cuidado de las personas al realizar actividades de tipo normal, como lo es trotar...”

Así las cosas, el demandante no allegó prueba alguna en la que se acredite que la lesión que aduce es atribuible a la prestación del servicio militar obligatorio y/o por causa y razón del mismo, que dé certeza de la responsabilidad de la entidad demandada, lo anterior, en tanto si bien su caída se produjo en desarrollo de la prestación de su servicio militar obligatorio, no se acreditó que, esta se hubiere producido en condiciones de terreno que influyeran en la caída que sufrió el demandante, o que este no estuviera en capacidad de realizar un ejercicio o conducta del diario vivir de las personas.

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 tuvo cuidado al caminar, resultando lesionado en su pie izquierdo, lo que provocó la lesión de que fue objeto mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

¹⁴ 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

¹⁵ Radicación No. 2014-241. Magistrado ponente: Juan Carlos Garzón Martínez. Demandante: Fabio Manzano Martínez y Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional

4. 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.

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 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,

6. 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
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCION TERCERA-**

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2014-00327-00
Demandantes	:	Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR
Demandado	:	Luz Adíela Martínez Álvarez

**RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO
SENTENCIA No. 32**

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 conforme a lo dispuesto en el artículo 384 del CGP.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda.

Actuando mediante apoderado judicial, la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR presentó demanda, en aras de obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato de arrendamiento No. 089 de 2012 por parte de la señora Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín y, en consecuencia, la restitución del inmueble ubicado en la Carrera 7ª No. 12B-58 piso 7 – Cafetería, junto con los bienes muebles que se relacionaban en el inventario anexo al contrato.

Así mismo, se condene al demandado a efectuar el pago de los cánones adeudados desde el 5 de mayo has el 4 de septiembre de 2015 y el reconocimiento de los intereses moratorios que se hubieren causado (fls.36-45 c1).

2.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR suscribió contrato de arrendamiento No. 089 de 2012 con las señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín, sobre el inmueble ubicado en la Carrera 7ª No. 12B-58 piso 7 – Cafetería, por un término de 12 meses a partir del 1 de noviembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2013, prorrogables automáticamente 1 año si ninguna de las partes, con antelación de 6 meses al vencimiento del plazo inicial, informaba la decisión de terminar el contrato.

Para la ejecución del contrato se debía constituir una póliza de garantía, la que nunca fue aportada por las arrendatarias.

Mediante oficio del 8 de marzo de 2013 reiterado el 27 de junio de 2013, el director general de CASUR manifestó a la señora Luz Adíela Martínez Álvarez la decisión de dar por terminado el contrato y la necesidad de restitución de inmueble.

Mediante oficio del 12 de septiembre de 2013, la señora Luz Adíela Martínez Álvarez presentó una propuesta de ajuste del canon de arrendamiento para obtener la renovación

del contrato, la que no fue aceptada, en la medida que, la entidad requería el bien inmueble para su propio uso.

2.3. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 14 de agosto de 2014 (f. 47 c. principal), mediante auto de 23 de enero de 2015 se inadmitió la demanda y una vez subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 16 de octubre de 2015 se admitió la demanda (f. 73-74 c1).

Mediante escrito del 22 de octubre de 2018, la parte demandada Luz Adíela Martínez Álvarez contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, por considerar que el deseo de no quererse continuar con el contrato, era el hallazgo realizado por la Contraloría General de la República, según el cual no se estaban aplicando incrementos a los cánones de arrendamiento.

Así mismo adujo que, la parte actora contaba con muchas otras oficinas que podían utilizarse para los presuntos fines perseguidos, por lo que no había lugar ni motivación para solicitar la restitución del inmueble.

De otra parte manifestó que, el arrendador ha seguido recibiendo los cánones de arrendamiento, por lo que, se debía entender renovado el contrato y, en cuanto a la constitución de la póliza, consideró que de no haberse realizado, no se habría perfeccionado el contrato y ejecutado.

Propuso las siguientes excepciones:

- Falta de identificación del inmueble, por cuanto pese a que se indicaron los linderos, no se identificó la nomenclatura del mismo, que corresponde a la oficina 701, conforme a las facturas expedidas por la parte actora.
 - Inexistencia de la causal de incumplimiento por no restitución del inmueble, dado que la actora no ha estado dispuesta formalizar la renovación del contrato, pese a aceptar los cánones de arrendamiento hasta el mes de agosto de 2018, más aún cuando se exigió una adecuación de las instalaciones eléctricas, lo que demostraba la voluntad de continuarse con la ejecución del contrato de arrendamiento.
 - Vigencia del contrato No. 089 de 2012 por prórroga del mismo, por cuanto el contrato se ha prorrogado en los términos pactados por las partes, y no se notificó el desahucio a la coarrendataria.
- El 9 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial (fls.123-124 c1).
- Finalmente, el 18 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 (fl. 141 c1).

2.4.- Alegatos de conclusión

La entidad demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda, precisando que al amparo de las normas comerciales y contractuales, se daban los supuestos para declarar el incumplimiento y la terminación del contrato junto con su restitución, en razón a la necesidad de utilización del espacio arrendado y el riesgo que conlleva que siga funcionando un restaurante, para la salud y seguridad del personal de la entidad (fls.142-146 c1).

La parte demandada Luz Adíela Martínez Álvarez reiteró los argumentos expuesto en la contestación demanda, resaltando que se había presentado una prórroga automática del contrato y que los móviles de la terminación del contrato eran únicamente los hallazgos de

la Contraloría General de la República (fls.147-151 c1).

La demandada María Graciela Duarte Marín y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

En primer lugar, el Despacho advierte que los extremos de la Litis se encuentran legitimados en el presente medio de control, es así que por activa, compareció la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR, en calidad de arrendador, y por pasiva, se convocó a las señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte, en calidad de arrendatarias, en los términos consignados en el contrato de arrendamiento No. 089 de 2012 visible a folio 4-6.

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente evento, es viable declarar el incumplimiento, terminación y restitución del contrato de arrendamiento No.089 de 2012 celebrado entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR y señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín, por no haberse constituido la póliza de garantía, y notificarse la decisión de no prorrogar el contrato y haber expirado el plazo contractual sin que se hubiere efectuado la restitución del inmueble arrendado.

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 contrato estatal de arrendamiento

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere dicho estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que a título enunciativo define dicha Ley. Es decir que, si bien dicha normatividad no enlistó, definió ni realizó desarrollo alguno sobre el objeto, elementos, características y obligaciones que se desprenden del contrato de arrendamiento, ello no obsta para que no sea un contrato estatal, pues basta con que esté contemplado en el derecho privado y que sea celebrado por una entidad pública, para que sea considerado como tal.

Ahora bien, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, señala que los contratos estatales se rigen por las disposiciones comerciales y civiles, salvo en las materias particularmente reguladas por dicho Estatuto General de la Contratación de la Administración pública. A su vez, el artículo 40 ibídem previó que las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esa Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Por su parte, en sentencia de 29 de octubre de 2014¹, el Consejo de Estado precisó los casos en los que no se aplican las disposiciones del derecho privado a los contratos estatales, así:

"Las disposiciones del derecho comercial sólo tienen lugar a ser aplicadas como ley del contrato estatal, en la medida en que las reglas respectivas no se encuentren en contraposición al régimen de la contratación estatal. Por ejemplo, constituyen casos típicos de excepción a la integración normativa del régimen de contratación, los procedimientos de formación del contrato estatal y la formalidad escrita del mismo, puesto que en esos asuntos

¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Ponente: Hernán Andrade Rincón (e). Radicado No. 25000232600020010147701 (29851).

existen reglas legales específicas de acuerdo con la Ley 80 de 1993, contrarias a las disposiciones del derecho comercial en las que se pregona como principio general la libertad de las formas de negociación en la etapa precontractual y el consenso de voluntades como fuente suficiente para dar lugar a la existencia de un contrato mercantil. Otro aspecto concreto del derecho de la contratación estatal en el cual no tiene lugar la aplicación de las reglas del contrato de derecho privado, decantado por la jurisprudencia ya transcrita en este proveído, se refiere precisamente a las cláusulas de prórroga y a la renovación del contrato de arrendamiento que se rige por la Ley 80 de 1993, puesto que dichas modalidades carecen de idoneidad legal para modificar el plazo del contrato estatal o para dar lugar a la formación de uno nuevo.”

De la jurisprudencia en cita, se concluye que es posible recurrir a las normas del derecho civil y comercial al momento de determinar algunas características, elementos y obligaciones del contrato de arrendamiento de bienes de carácter público, no obstante, deberán verificarse que las regulaciones del derecho privado no sean contrarias a los principios, fines y objeto de la contratación estatal y de la función pública misma.

Finalmente, resalta el Despacho que el Consejo de Estado ha señalado como características del contrato de arrendamiento, las atinentes a ser un negocio jurídico bilateral, porque se celebra entre dos sujetos de derecho; oneroso, porque el precio es uno de sus elementos esenciales en cuya ausencia el contrato se torna en comodato; conmutativo, porque es fuente de obligaciones a cargo los dos sujetos contractuales, y de tracto sucesivo, porque es de ejecución periódica, continuada y distribuida en el tiempo.

3.3 Hechos probados

En el presente asunto, se allegó con la demanda, copia del contrato de arrendamiento 089 de 2012, suscrito entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional – CASUR y señoras Luz Adielá Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín, respecto del inmueble ubicado en la carrera 7 No. 12B-58 Cafetería 7 y en el que se determinaron los siguientes linderos: “NORTE: Con área común del mismo edificio. SUR. Con la oficina 701. ORIENTE. Con vista al edificio 12B-52 de la carrera 7a. OCCIDENTE. Con la oficina 702. CENIT. Piso 8o. NADIR. Piso 6o. El edificio donde se encuentra el bien arrendado tiene los siguientes linderos generales dentro de la nomenclatura urbana de la ciudad de Bogotá D.C. NORTE. Con el edificio de la carrera 7a No.12B-42 ORIENTE. Con propiedades de la Universidad del Rosario. OCCIDENTE. Con la carrera 7a”. Acreditándose el vínculo contractual entre los extremos de la Litis, y la identificación plena del inmueble objeto de arrendamiento.

Así mismo, el parágrafo segundo de la cláusula segunda del contrato establecía: *Cada doce (12) meses de ejecución del contrato, el valor del canon de arrendamiento será reajustado conforme a los precios del mercado del sector. Las condiciones de la forma de pago seguirán vigentes.*

La cláusula sexta contempló: *ESTADO DEL INMUEBLE. EL ARRENDATARIO en la fecha de suscripción de este documento declara que ha recibido el inmueble arrendado en perfecto estado, de conformidad con los implementos relacionados en inventario elaborado por las partes que se firma por separado y forma parte integral del presente contrato en calidad de anexo 1.*

Como anexo, obra copia del inventario suscrito el 18 de diciembre de 2012 (fls. 59-62 c1), en el que se hizo relación a los muebles que se entregaron a las arrendatarias, documento que no fue tachado de falso ni desconocido por las demandadas, y del que no se hizo alusión a que no pertenecía al contrato 089 de 2012.

Como obligaciones del arrendatario, en la cláusula décima, se indicó: *EL ARRENDATARIO se obliga: (...) b) Constituir la garantía de cumplimiento y presentarla*

para su aprobación ante el ARRENDADOR, en los términos establecidos. (...) d) Restituir el inmueble en buenas condiciones.

En relación con la póliza de garantía, la cláusula décima novena estableció: *EL ARRENDATARIO se obliga a constituir una póliza de garantía de cumplimiento expedida por una compañía aseguradora legalmente autorizada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por el término del contrato y dos meses más, equivalente al (40%) del valor del presente contrato.*

En relación con las causales de terminación, la cláusula decima tercera señaló: *Serán causales para dar por terminado el presente contrato las siguientes: 1) El vencimiento del término de duración del mismo, de conformidad con lo pactado en la cláusula cuarta, cuando cualquiera de las partes ha manifestado su intención por escrito, de no renovar la relación contractual.*

Finalmente, en torno a la renovación del contrato se estableció en la cláusula vigésima primera lo siguiente: *Con anticipación no menor de seis (6) meses al vencimiento del presente, el arrendatario que desee continuar con el contrato deberá hacerlo saber al arrendador por escrito anexando la solicitud del arrendatario y coarrendatario, la póliza de cumplimiento de conformidad con lo pactado en la cláusula décima novena y las referencias bancarias según el caso para la aprobación de la renovación.*

3.4 Caso concreto

La parte actora adujo en la demanda que, las señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín incumplieron el contrato de arrendamiento al no haber constituido la póliza de garantía, al notificarse la decisión de no prorrogar el contrato y haber expirado el plazo contractual, y al no efectuar la restitución del inmueble arrendado.

Al respecto, conforme se indicó en el acápite anterior, como obligaciones del arrendatario, en la cláusula décima se indicó: *EL ARRENDATARIO se obliga: (...) b) Constituir la garantía de cumplimiento y presentarla para su aprobación ante el ARRENDADOR, en los términos establecidos. (...) d) Restituir el inmueble en buenas condiciones.*

Por su parte, en relación con la póliza de garantía, la cláusula décima novena estableció: *EL ARRENDATARIO se obliga a constituir una póliza de garantía de cumplimiento expedida por una compañía aseguradora legalmente autorizada por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, por el término del contrato y dos meses más, equivalente al (40%) del valor del presente contrato.*

Conforme a lo anterior, es claro para el Despacho que dentro de las pruebas aportadas al proceso, las demandadas no acreditaron el cumplimiento de la obligación en comento, pues no se probó sumariamente que las señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín, como arrendatarias, constituyeran la póliza de garantía de cumplimiento, ni las que a su juicio han debido constituirse por la presunta renovación del contrato, incumplimiento que resalta a la vista, motivo por el que si bien se dio la ejecución irregular del contrato al tenor de lo previsto en el artículo 41 de la ley 80 de 1993², no por dicho aspecto puede considerarse acreditado el cumplimiento de las obligaciones de las arrendatarias.

² ARTÍCULO 41. DEL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto. El proponente y el contratista deberán acreditar que se encuentran al día en el pago de aportes parafiscales relativos al Sistema de Seguridad Social Integral, así como los propios del Sena, ICBF y Cajas de Compensación Familiar, cuando corresponda.

Por su parte, en lo que atañe a la expiración del plazo contractual, debe ponerse de presente que conforme al contrato 089 de 2012, este expiraba el 31 de octubre de 2013, salvo que las partes pactara su renovación o prórroga.

En materia de contratación estatal, debe ponerse de presente que conforme lo ha señalado el Consejo de Estado, las prórrogas automáticas se encuentran prohibidas, motivo por el que, no se puede considerar en este caso que ante un eventual silencio de las partes, el contrato se prorrogó de manera automática.

Al respecto, el Consejo de Estado³ ha precisado:

En atención a la pertinencia que la aludida jurisprudencia tiene para el caso en cuestión, a continuación se cita en extenso el análisis contenido en las sentencias de esta Subsección⁴ con fundamento en el cual se concluyó de manera coincidente con las apreciaciones de la Corte Constitucional y de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, acerca de las cláusulas de prórroga automática y de la tácita reconducción:

“Para fundar la conclusión anterior resulta pertinente la siguiente distinción entre la prórroga automática, la renovación o modificación del contrato y la renovación tácita o tácita reconducción del contrato de arrendamiento, que son tres figuras propias del derecho privado⁵:

i) La cláusula de prórroga automática del contrato de arrendamiento consiste en el acuerdo de voluntades en virtud del cual las partes convienen en que al vencimiento del plazo inicialmente previsto, ante el silencio de las mismas partes, se extenderá la vigencia del contrato por el período previsto en la respectiva cláusula -usualmente por un periodo igual al inicial-, sin necesidad de manifestación o formalidad adicional alguna.

Se trata pues de un acuerdo que existe desde el inicio del contrato, que otorga un efecto contractual al silencio de las partes y que extiende en el tiempo el mismo contrato preexistente entre las partes.

ii) La renovación del contrato de arrendamiento constituye una modificación⁶ del contrato inicial en cuanto se trata de un nuevo vínculo contractual, esto es se configura la celebración de un nuevo contrato -aunque de ordinario con características similares, al menos en parte, al contrato anterior- puesto que precisamente la re-novación equivale a re-hacer, volver a hacer, o mejor volver a celebrar el contrato, cuestión que puede tener lugar cuando mediante el acuerdo de voluntades y ante el vencimiento de un contrato similar pre-existente, en ejercicio de su libertad negocial, las partes convienen un nuevo vínculo en relación con el cual puede mantenerse vigente la regulación básica o genérica del contrato inicial.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 29 de octubre de 2014, expediente No. 29.851, radicación No. 25000232600020010147701

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 29 de mayo de 2013, expediente No. 27.875, radicación No. 250002326000200102337 01, actor: Francia Armida Alegría Fernández, demandado: Ministerio del Medio Ambiente. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 30 de octubre de 2013, radicación: 250002326000200202470 01, expediente: 32815, actor: Empresa Zuliana de Aviación, demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, referencia: contractual – apelación sentencia.

⁵ Nota original de la sentencia. “Al igual que la renovación automática del contrato de arrendamiento sobre el inmueble con un mismo establecimiento de comercio ocupado no menos de dos años consecutivos, de acuerdo con el artículo 518 del Código de Comercio.”

⁶ En esta oportunidad puntualiza la Sala que la modificación puede ser de tal naturaleza que constituya una verdadera novación del contrato inicial, esto es un contrato nuevo, respecto de la cual se exige, entonces, el cumplimiento del procedimiento de contratación aplicable, en los términos de la Ley 80 de 1993.

iii) Por su parte, la reconducción a la cual hay lugar en el contrato de arrendamiento, según las previsiones del artículo 2014 del Código Civil, no obedece a ninguna cláusula contractual sino que se presenta como una extensión de la vigencia contractual que ocurre por imperativo legal ante la conducta de las partes, cuando -a pesar del vencimiento del plazo del contrato- continúan de hecho ejecutando las prestaciones contractuales.

La mencionada renovación tácita se desprende como efecto legal que consiste en extender por periodos limitados a un máximo de 3 meses cada uno la vigencia del contrato, como consecuencia de la conducta de las partes y opera en ausencia de pacto contractual, cuando el arrendatario continúa en la tenencia del inmueble y realiza el pago del canon con el beneplácito del arrendador.

De acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil la renovación tácita en el contrato de arrendamiento sobre inmuebles urbanos opera por periodos de tres (3) meses consecutivos, según se lee en la mencionada disposición:

“ARTÍCULO 2014. Terminado el arrendamiento por desahucio, o de cualquier otro modo, no se entenderá en caso alguno que la aparente aquiescencia del arrendador a la retención de la cosa por el arrendatario, es una renovación del contrato.

Si llegado el día de la restitución no se renueva expresamente el contrato, tendrá derecho el arrendador para exigirla cuando quiera.

Con todo, si la cosa fuere raíz, y el arrendatario, con el beneplácito del arrendador, hubiere pagado la renta de cualquier espacio de tiempo subsiguiente a la terminación, o si ambas partes hubieren manifestado por cualquier hecho, igualmente inequívoco, su intención de perseverar en el arriendo, se entenderá renovado el contrato bajo las mismas condiciones que antes, pero no por más tiempo que el de tres meses en los predios urbanos y es necesario para utilizar las labores principiadas y coger los frutos pendientes en los predios rústicos, sin perjuicio de que a la expiración de este tiempo vuelva a renovarse el arriendo de la misma manera.”

En realidad, tanto la cláusula de prórroga automática del contrato estatal de arrendamiento de inmuebles, como la renovación expresa del contrato se han visto limitadas en la contratación estatal, tanto en vigencia del Decreto 150 de 1976 como bajo el Decreto-ley 222 de 1983 y en la Ley 80 de 1993, en cuanto que en los dos primeros estatutos contractuales se fijó un plazo máximo de vigencia del contrato y en la Ley 80 de 1993 se fijó un valor máximo de la adición, al paso que la renovación tácita del contrato de arrendamiento no ha tenido cabida frente al contrato estatal por razón de la formalidad escrita exigida para la existencia del contrato y por lo tanto para sus modificaciones.

Para detallar el último aspecto comentado, se recuerda que en el derecho de la contratación entre particulares prima la consensualidad de formas, la cual implica que como regla general las partes pueden expresar su voluntad de cualquier manera, siendo ella la fuente directa de las obligaciones y en el mismo sentido, la conducta de las partes puede ser constitutiva de un acuerdo contractual o de su modificación, cuestión que sufre algunas modificaciones importantes en el campo de la contratación estatal y en particular en cuanto corresponde al contrato de arrendamiento estatal, cuya regla se ha ido consolidando bajo la exigencia del contrato escrito⁷, de manera que ni la conducta de las partes ni los pactos verbales resultan idóneos para generar un contrato estatal y, bajo esta misma regla, tampoco

⁷ Decreto 150 de 1976: Artículo 134.- “De la forma de celebración. El contrato de arrendamiento podrá celebrarse directamente o previa licitación pública. Siempre constará por escrito.” Decreto-ley 222 de 1983, Artículo 156.”De la forma de celebración. El contrato de arrendamiento de inmuebles podrá celebrarse directamente. El de muebles requerirá licitación pública si su valor es superior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00). Para estos efectos se tendrá como valor el previsto en el artículo 159. Siempre constará por escrito. Para todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio.” Ley 80 de 1993 “Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.”

se ha aceptado que el contrato pueda ser modificado por otra vía que la del escrito⁸, al punto que en la normativa vigente es claro que como regla general el contrato estatal no existe si no consta por escrito, tal como lo ha establecido reiteradamente el Consejo de Estado:

“La Sala, en jurisprudencia⁹ que hoy reitera, ha determinado que la solemnidad del escrito para instrumentar la relación jurídico-contractual de carácter estatal constituye requisito ad substantiam actus, lo cual imposibilita acreditar la existencia misma del contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal; en otras palabras, para acreditar la existencia del contrato se requiere del documento escrito debidamente suscrito por las partes, aportado en la forma prevista por la ley procesal, para que el mismo preste mérito probatorio, aserto que encuentra sólido apoyo en el ordenamiento positivo según lo evidencia el texto del artículo 187 del C. de P. C.”.¹⁰

Ahora bien, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha considerado que frente a la exigencia del contrato estatal escrito no es viable la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, es decir la renovación tácita del contrato de arrendamiento, como se lee en la sentencia de 28 de febrero de 2011, (Expediente 28.281)¹¹ :

“Igualmente, tampoco puede ser de recibo la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, para entender que los contratos de arrendamiento fueron renovados al recibir con beneplácito la Aeronáutica Civil los valores correspondientes a los cánones de arrendamiento durante estos años posteriores al vencimiento de los mismos, dado que las normas del Código Civil sólo resultan aplicables a los contratos de arrendamiento celebrados por la Administración en aquellos aspectos no regulados por el Decreto 222 de 1983. Así, como la renovación del contrato de arrendamiento implica uno nuevo, a la luz de los artículos 156 y 157 del citado estatuto contractual, requiere para su existencia de su celebración por escrito en donde conste la manifestación expresa de las partes, lo cual en el caso concreto no ocurrió. Dicho de otro modo, en la contratación pública en vigencia del Decreto 222 de 1983 y por su carácter solemne, en el que se requiere la formalidad escrituraria para la existencia y nacimiento de los contratos de arrendamiento, no es posible la configuración de la renovación o tácita reconducción de estos negocios jurídicos de que trata el artículo 2014 del Código Civil.”

Igualmente, el Consejo de Estado se ocupó de precisar que el contrato de arrendamiento se extingue por el vencimiento del plazo pactado y su vigencia no se extiende por el hecho de que el arrendatario continúe con el uso del inmueble arrendado¹²:

“El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo). El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del

⁸ Artículo 136 del decreto 150 de 1976 y artículo 157 del Decreto-ley 222 de 1983.

⁹ Nota original de la sentencia: *“Al respecto ver las sentencias de 29 de noviembre de 2006, Exp. 16855, M.P. Fredy Ibarra Martínez y de 2 de mayo de 2007, Exp. 14464, actor: Sociedad Inversiones Luis Alfredo García, demandado: Ferrovial. Esta última sentencia fue proferida frente a un contrato celebrado en vigencia del Decreto-ley 222 de 1983 y aplica en lo pertinente frente a la Ley 80 de 1993, por cuanto el supuesto normativo del contrato escrito se mantuvo en el nuevo estatuto contractual.”*

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 30 de julio de 2008, Exp. 23.003.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, 28 de febrero de 2011, radicación número: 2500232600020030034901 (28.281), actor: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, demandado: Parking International Ltda., asunto: acción contractual - restitución de inmueble arrendado.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de marzo de 2007, radicado 40001-23-31-000-1993-03394-01(15883), actor: Roberto Chahn Nohora, demandado: Distrito de Santa Marta.

contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se de el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él."

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 desapareció la regulación específica para el contrato de arrendamiento estatal y la normativa acerca de un plazo máximo para el arrendamiento predeterminado en la Ley, al paso que este tipo de contratos quedó bajo la regulación general del contrato estatal¹³ sobre la cual se debe tener en cuenta que el contrato debe constar por escrito y que la ley estableció como límite máximo a la adición del contrato el 50% de su valor inicial, de conformidad el párrafo final del artículo 40 de la Ley 80 de 1993 que a la letra dice:

"Los contratos no podrán adicionarse en más del cincuenta por ciento (50%) de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales."

El Estatuto de Contratación Estatal, contenido en la Ley 80 de 1993, reconoció la libertad negocial, siempre que los acuerdos se ajusten a las normas del propio estatuto contractual, a las normas de derecho civil y comercial y acudió a la fijación de los límites contractuales por la vía general de la aplicación de la Constitución, la Ley, el Orden Público, los Principios de la contratación estatal y los de la buena administración, así:

"Artículo 40º.- Del Contenido del Contrato Estatal. Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración."

En la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se presentó claramente el cambio en la orientación normativa consistente en la preminencia del postulado de la autonomía de la voluntad pero necesariamente dentro de los principios que rigen la contratación estatal, según se advierte a continuación:

"De modo que el proyecto de ley trata de lograr que la relación contractual descansa sobre la autodeterminación y autovinculación de las partes, esto es, que el postulado de la autonomía de la voluntad constituya la fuente principal de los efectos que regirán la ejecución del contrato dentro del respeto que impone la igualdad de oportunidades que se traduce en el acatamiento de las condiciones impuestas en los pliegos de referencia o demás cuadernos de requisitos para la selección y sin perjuicio, claro está, de imperativos de ineludible cumplimiento que se apoyan en la necesidad de preservar el interés colectivo que en materia de contratación estatal resulta ser un valor de importancia significativa.¹⁴"

(...)

¹³ Nota original de la sentencia. "En efecto, el contrato de arrendamiento sólo fue mencionado en las normas de la Ley 80 de 1993 para efectos de citarlo como uno de los contratos en los que se prescindirá de cláusulas o estipulaciones excepcionales, de conformidad con el parágrafo del artículo 14, y para permitir la escogencia del contratista sin el requisito de la licitación de acuerdo con el artículo 24 de la referida Ley 80 de 1993."

¹⁴ Exposición de motivos, publicada en la Gaceta del Congreso, miércoles 23 de septiembre de 1993, aparte 1, punto 3: *Autonomía de la Voluntad – Normativa del Acuerdo*; cita tomada del texto publicado en el libro: *Nuevo Régimen de la Contratación Estatal*, Sandoval Rojas, Marleny, primera edición 1994, Ediciones Doctrina y Ley, pg. 25.

“En este orden de ideas, los principios de transparencia, economía y responsabilidad que explicamos a continuación constituyen una especie de tabla de la ley que deben asimilar los usuarios de la contratación, y que a su vez están concebidos como una garantía, de tal manera que la contratación se consolide como un eficaz instrumento para el cumplimiento de los objetivos estatales.”¹⁵

Ahora bien, el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 estableció los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales, en la siguiente forma:

“La actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía, responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente se aplicarán las mismas normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo.”

Por su parte, el artículo 209 de la Constitución Política estableció los siguientes principios como rectores de la función administrativa:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

Frente a la aplicación de los principios comentados, en los casos de modificación y de prórroga automática de los contratos estatales, el Consejo de Estado ha precisado los límites de los acuerdos de modificación y la improcedencia de celebrar cláusulas contentivas de prórrogas automáticas, según se puede observar en los conceptos citados a continuación:

i) El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, mediante concepto del 13 de agosto de 2009, radicación 1.952, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo, se ocupó del mutuo acuerdo como forma de modificación del contrato¹⁶, así:

“Es frecuente oír, que por el solo hecho de existir un común acuerdo entre las partes de un contrato estatal, es posible variarlo. Dado que de ser cierta ésta afirmación permitiría sin más discusión la reforma del contrato de concesión del Aeropuerto El Dorado, pasa la Sala a efectuar el análisis correspondiente:

(...)

Puede adicionarse una razón a las expuestas para justificar que la simple voluntad de las partes no es causa de modificación de los contratos estatales, la cual consiste en el respeto por el principio de igualdad de los oferentes. Si se acepta que los contratos pueden modificarse por el simple común acuerdo, fácilmente se podría licitar determinado objeto con el fin de adjudicárselo a cierta persona, a sabiendas de que se cambiarán las obligaciones, una vez celebrado.

De lo expuesto, y a manera de solución al interrogante planteado, surgen estas dos ideas que han servido de hilo conductor al análisis que aquí se hace: el mutuo acuerdo es una forma de modificación del contrato estatal, la más usada en la práctica y preferida por la legislación vigente; advirtiéndose, y esta es la segunda idea, que toda modificación debe tener una causa real y cierta, contemplada en la ley, diferente de la mera voluntad de los contratantes.”

ii) En igual sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con ponencia del Magistrado William Zambrano Cetina, se pronunció el 19 de mayo de 2010, radicación número:

¹⁵ ibídem, aparte V: Principios que Rigen la Contratación Estatal, pg. 40

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. 13 de agosto de 2009, Radicación No. 1.952 -11001-03-06-000-2009-00033-00, Referencia: El contrato de concesión de servicio público. Modificaciones. La Amigable Composición. Contrato de concesión del aeropuerto El Dorado.

11001-03-06-000-2010-00005-00(1984), actor: Ministerio de la Protección Social, con referencia a la prórroga del contrato de concesión prevista en el artículo 60 de la ley 643 de 2001, así:

“Las prórrogas automáticas no pueden pactarse en ningún contrato estatal. (...) las cláusulas de prórroga de los contratos estatales no confieren un derecho automático a un mayor plazo, sino que contienen solamente la posibilidad de que al terminarse el plazo inicial, las partes acuerden su continuación dentro de los límites que imponga la ley al momento de prorrogar. Si se entendiera que plazo inicial y prórroga se integran en uno sólo, no habría necesidad de distinguir ambas figuras. En el caso particular de las entidades estatales, la imposibilidad de pactar cláusulas de prórroga automática, significa además que la Administración conserva en todo caso la potestad de analizar su conveniencia al momento de vencerse el plazo inicial y, por ende, de abstenerse de extender el plazo del contrato si así lo determina el interés general. Y más aún, que la Administración no podrá acceder a la prórroga si para el momento en que se vaya a suscribir, existe una prohibición legal para ello.”

La Corte Constitucional, por su parte, se fundamentó en los principios de igualdad de los oferentes y de la planeación contractual, inmersos en el artículo 209 de la Constitución Política, para concluir acerca de la exequibilidad condicionada de la prórroga del contrato de concesión, en su momento prevista en el artículo 28 de la Ley 1150 de 2007, asunto en el que la Corte citó el concepto de 2009 emitido por el Consejo de Estado y consideró que la prórroga o adición no puede ser pactada en violación del principio de igualdad de los oferentes, así como se detuvo en el análisis del principio de planeación, que exige evaluar adecuadamente el alcance y la duración de los contratos estatales desde la etapa precontractual¹⁷. (Las negrillas no son del texto).

Por su parte, en relación con la aplicación del artículo 518 del Código de Comercio, el mismo no resulta aplicable en contratación estatal, pues así lo puntualizó el Consejo de Estado¹⁸:

4. En el régimen de la contratación estatal no hay lugar a la integración normativa del artículo 518 del Código de Comercio.

En el régimen especial de la contratación estatal, se tiene presente que la Ley 80 de 1993 en su artículo 13 dispuso la integración normativa de las reglas de derecho comercial y civil, *“salvo en aquellas materias reguladas en esta ley.”*

En este sentido, las disposiciones del derecho comercial sólo tienen lugar a ser aplicadas como ley del contrato estatal, en la medida en que las reglas respectivas no se encuentren en contraposición al régimen de la contratación estatal.

Por ejemplo, constituyen casos típicos de excepción a la integración normativa del régimen de contratación, los procedimientos de formación del contrato estatal y la formalidad escrita del mismo, puesto que en esos asuntos existen reglas legales específicas de acuerdo con la Ley 80 de 1993, contrarias a las disposiciones del derecho comercial en las que se pregona como principio general la libertad de las formas de negociación en la etapa precontractual y el consenso de voluntades como fuente suficiente para dar lugar a la existencia de un contrato mercantil.

Otro aspecto concreto del derecho de la contratación estatal en el cual no tiene lugar la aplicación de las reglas del contrato de derecho privado, decantado por la jurisprudencia ya transcrita en este proveído, se refiere precisamente a las cláusulas de prórroga y a la renovación del contrato de arrendamiento que se rige por la Ley 80 de 1993, puesto que dichas modalidades carecen de idoneidad legal para modificar el plazo del contrato estatal o para dar lugar a la formación de uno nuevo.

La jurisprudencia citada en el punto 3 anterior explica suficientemente las razones por las

¹⁷ Sentencia C-300/12, abril 25 de 2012.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, sentencia de 29 de octubre de 2014, expediente No. 29.851, radicación No. 25000232600020010147701

cuales el artículo 518 del Código de Comercio¹⁹ tampoco hace parte de la integración normativa del Código de Comercio al contrato de arrendamiento estatal celebrado bajo las reglas de la Ley 80 de 1993.

En esta oportunidad la Sala agregará a la jurisprudencia mencionada algunos fundamentos adicionales respecto de los bienes de propiedad del Estado, bajo los cuales se reitera como improcedente el nacimiento del derecho a la renovación del contrato de arrendamiento de un local comercial, por cuanto esa prerrogativa del derecho comercial se opone a los principios de planeación de la Hacienda Pública, de la gestión de los bienes y recursos del Estado y en su caso, a los principios propios del servicio público que se presta con determinados bienes.

A continuación se desarrollan las consideraciones en las cuales se funda la anterior apreciación:

i) La necesidad e importancia de determinar plazos de ejecución en la contratación estatal sobre los bienes de propiedad del Estado se desprende del principio de la planificación estatal del Régimen Económico y de la Hacienda Pública consagrado en el título XII de la Constitución Política y en las leyes que lo desarrollan, toda vez que se establece la obligación constitucional de definir de planes y programas orientados de acuerdo con las políticas públicas, en principio acotados a los periodos plurianuales de la Administración Pública ejecutora y a las vigencias fiscales predeterminadas en los presupuestos públicos²⁰.

Siendo que la contratación estatal constituye una de las principales herramientas de ejecución del Plan Nacional de Desarrollo, no puede verse expuesta a situaciones indefinidas ni inamovibles en la gestión de los bienes de propiedad del Estado, de lo cual se concluye que debe determinar plazos ciertos en forma tal que se puedan gestionar los bienes en orden a cumplir con los Planes que establece la Constitución Política, los cuales a su vez tienen que ejecutarse con base en los respectivos presupuestos de ingresos y gastos dentro de las vigencias predeterminadas.

Así las cosas, descendiendo a los contratos de arrendamiento de locales comerciales de propiedad del Estado, la entidad estatal no puede pactar, ni se le puede imponer, una renovación obligatoria, irrevocable e indefinida a favor del arrendatario particular, puesto que ello configuraría una situación legal de permanencia más allá del término del contrato estatal, que se opone a la planeación de la gestión pública sobre los bienes que constituyen un recurso económico, a organizar, para lograr la ejecución de los planes por principio definidos en interés general.

ii) De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 el régimen de contratación estatal impone a los servidores públicos el deber de cumplir con los fines estatales de la contratación y a los particulares contratistas el deber de colaboración con el logro de los fines y la función social del contrato, sin perjuicio del derecho individual a obtener utilidades en la ejecución del mismo.

¹⁹ "ARTÍCULO 518. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato;
2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y
3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva."

²⁰ "Artículo 339 C.P. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por un aparte general y un Plan de Inversiones de las entidades públicas del orden nacional (...). El Plan de Inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución."

"Artículo 346 C.P. "El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo."

"Artículo 13 Estatuto Orgánico del Presupuesto. El presupuesto deberá guardar concordancia con los contenidos del Plan Nacional de Desarrollo, del Plan Nacional de Inversiones, del Plan Financiero y del Plan Operativo Anual de Inversiones"

Esta disposición pone de presente que en toda contratación pública prima el interés general sobre el individual y desde otra óptica, establece que las reglas de ejecución del contrato estatal no pueden definirse apartándose de los fines estatales.

En este sentido, el derecho individual a la celebración -y en su caso a la renovación del contrato estatal- sólo puede tener lugar dentro de los fines de interés general que el Estado define sobre la organización económica de los bienes que hacen parte de la Hacienda Pública.

Se avanza en esta disertación para puntualizar que tratándose de bienes afectos a un servicio público, la noción del interés general se impone sobre el derecho individual, en este caso el del empresario del comercio, por manera que ciertamente el contrato y la ley de derecho privado no pueden ser llamadas en su aplicación, en contravía de los fines del servicio público.

iii) en virtud del deber de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, vigente para la época de los hechos, se estableció la exigencia de realizar el procedimiento de escogencia del contratista de conformidad con los factores objetivos de comparación determinados previamente. De acuerdo con el texto de la norma citada la ponderación de los factores de selección se debía encontrar detallada en los pliegos de condiciones, o antes de suscribir el contrato tratándose de la contratación directa, regla que excluye la selección de un contratista con base en el sólo criterio de su actividad empresarial anterior, toda vez que, siguiendo las voces de la norma citada, el cumplimiento del anterior del contratista no podía constituirse en el *único factor* de favorabilidad para definir su selección, en los términos del referido artículo 29²¹.

En el mismo sentido, el cumplimiento del contrato de arrendamiento por el término de dos (2) años referido en el artículo 518 del Código de Comercio no tiene aplicación en el procedimiento de selección del contratista, toda vez que configuraría un factor obligado y exclusivo para definir la contratación estatal posterior, en oposición a las reglas de la selección objetiva.

iv) Por último, en virtud de los principios constitucionales de la función administrativa, el Estado debe garantizar la igualdad de acceso en la contratación (artículo 209 C.P.) por manera que no tiene lugar la configuración de un derecho individual de acceso a la tenencia indefinida de un bien de propiedad del Estado.

Así las cosas, la Sala encuentra fundamento suficiente para reiterar que el artículo 518 del Código de Comercio no aplica en el contrato de arrendamiento celebrado bajo el régimen de la Ley 80 de 1993.

En consecuencia, aún cuando en la actualidad la arrendataria ha venido cancelando oportunamente los cánones de arrendamiento, lo anterior por mandato de la ley, en virtud

²¹ Artículo 29º. Del Deber de Selección Objetiva.

“La selección de contratistas será objetiva.

Es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. Si el plazo ofrecido es menor al previsto en los pliegos de condiciones o términos de referencia, no será objeto de evaluación.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.”. (La negrilla no es del texto).

que esta señala que para que el arrendatario pueda ser oído dentro del proceso debe estar al día en el pago de los cánones (artículo 384 del CGC), existe prueba del incumplimiento del contrato por parte de las arrendatarias, pues teniendo en cuenta que en el contrato de arrendamiento en mención, se pactó la obligación de constituir póliza de cumplimiento, EL Despacho considera que tal incumplimiento se encuentra acreditado, máxime que como se pasa a explicar, con forme a los términos del contrato, la parte actora manifestó la intención de dar por finalizado el contrato con la expiración del plazo.

En efecto, obra constancia emitida el 8 de marzo de 2013 con firma de recibido el 20 de marzo de 2013, por el que CASUR comunicó la señora Luz Adíela Martínez Álvarez, la decisión de no renovar el contrato de arrendamiento, por lo que al margen de las razones, que en este caso obedecen a necesidades del servicio, resulta clara la intención del arrendador y la obligación que le surgía a las arrendatarias de dar fin al contrato y restituir el inmueble.

En relación con la señora María Graciela Duarte Marín, pese haberse notificado en debida forma de la demanda, no dio contestación a la misma, razón por la que, resulta procedente dar aplicación a lo dispuesto en el Numeral 3º del Artículo 384 del Código General del Proceso, que dispone lo siguiente:

"ARTÍCULO 384. RESTITUCIÓN DE INMUEBLE ARRENDADO. Cuando el arrendador demande para que el arrendatario le restituya el inmueble arrendado se aplicarán las siguientes reglas:

(...) 3. Ausencia de oposición a la demanda. Si el demandado no se opone en el término de traslado de la demanda, el juez proferirá sentencia ordenando la restitución. (...)" (Subraya fuera de texto)

Por lo anterior, y teniendo en cuenta que la demandada María Graciela Duarte Marín tuvo la oportunidad de oponerse a lo manifestado por la demandante y no lo hizo, en tanto no contestó la demanda ni mucho menos demostró haber cumplido con las anteriores obligaciones, para este Despacho es evidente que se encuentran acreditados todos los presupuestos para declarar el incumplimiento del contrato, su terminación y ordenar su restitución.

Así mismo, dado que la parte actora no solicitó el reconocimiento de perjuicios a su favor, sino únicamente la declaratoria de incumplimiento y su restitución, se accederá únicamente a lo solicitado.

Así las cosas, se advierte que en el clausulado del contrato se pactó como plazo, el término de 12 meses contados a partir del 1 de noviembre de 2012 al 31 de octubre de 2013, circunstancia que como se indicó, dado la petición realizada por la parte actora de no continuar con el contrato, el plazo expiró el 31 de octubre de 2013, extinguiéndose en esa fecha el vínculo contractual, tal como lo ha decantado la jurisprudencia del Consejo de Estado:

*"El contrato de arrendamiento se extingue al producirse la expiración del plazo, momento mismo en el cual se hace exigible la obligación del arrendatario (deudor), consistente en restituir el bien y, en consecuencia, surge el derecho del arrendador (acreedor) de adelantar las acciones pertinentes para obtener el cumplimiento de la obligación, si el arrendatario no satisface la prestación de restitución, acción que no podía ejercer antes del vencimiento del plazo contractual por ser inexigible la obligación, toda vez que estaba sometida a la llegada de esa fecha (plazo suspensivo). El no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se dé el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él."*²²

²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 8 de marzo de 2007: Rad. No. 40001-23-31-000-1993-

En ese orden de ideas, en el presente caso, al tratarse de un contrato estatal de arrendamiento, no es posible concluir que se renovó tácitamente o se prorrogó automáticamente, aun cuando el arrendatario mantenga la tenencia del inmueble arrendado y haya continuado con el pago de los cánones de arrendamiento, por lo que, se reitera que el contrato objeto de demanda, expiró el 31 de enero de 2013, por vencimiento del plazo contractual.

Por lo anterior, atendiendo que una de las pretensiones y el fin del presente proceso es la declaratoria de incumplimiento contractual, la consecuente terminación del Contrato de Arrendamiento 089 de 2012 y la restitución del inmueble, así será declarado en la presente providencia.

De otro lado, en lo que atañe a la restitución del inmueble objeto del citado contrato, se tiene que el demandado se encuentra en mora en la entrega del mismo, toda vez que, las partes acordaron en la cláusula décima primera, lo siguiente:

“RESTITUCIÓN DEL INMUEBLE: A la terminación del plazo del contrato o por cualquier otra causa de terminación del mismo EL ARRENDATARIO deberá restituir el inmueble que le fue entregado, en las mismas buenas condiciones en que lo recibió del Arrendador, salvo el deterioro natural causado por el uso legítimo”. (f. 5 c. principal).

En esa medida, surgió la obligación para el demandado de restituir el módulo comercial arrendado a partir de la celebración del contrato, sin embargo, sólo se hizo exigible para el arrendador a partir del día siguiente a la expiración del plazo de ejecución del contrato, esto es, a partir del 31 de octubre de 2013, momento en el quedó facultado el aquí demandante para adelantar las acciones tendientes al cumplimiento de la obligación.

Así las cosas, toda vez que a la fecha no se acreditó que el demandado hubiere hecho entrega a la parte actora del inmueble arrendado, el Despacho encuentra procedente acceder a la restitución del inmueble arrendado junto con los bienes relacionados en el anexo 1 (fls. 59-62 c1), en el que se hizo relación a los muebles que se entregaron a las arrendatarias, documento que no fue tachado de falso ni desconocido por las demandadas, y del que no se hizo alusión a que no pertenecía al contrato 089 de 2012.

3.5 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado se resuelve indicando que se configuraron los presupuestos para acceder al pedimento de la parte demandante, declarando el incumplimiento del contrato de arrendamiento 089 de 2012 por la no suscripción de la póliza de garantía, la terminación del contrato por haberse expirado el plazo contractual sin que se hubiere efectuado la restitución del inmueble arrendado, disponiendo la restitución del inmueble objeto de la demanda.

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.

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 sin cuantía, hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

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 los apoderados, las pretensiones y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, se fijan como agencias en derecho el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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 que las señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín en su condición de arrendatarias del inmueble ubicado en la carrera 7 No. 12B-58 Cafetería 7 de esta ciudad, **INCUMPLIERON** el contrato de arrendamiento No. 089 de 2012 al no haberse constituido la póliza de garantía y no haber restituido el inmueble al vencimiento del plazo contractual, conforme a las consideraciones contenidas en la parte motiva de ésta decisión.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR TERMINADO** el contrato de arrendamiento No. 089 de 2012 celebrado entre la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, en calidad de arrendador, y las señoras Luz Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín, como arrendatarias, en relación al inmueble ubicado en la carrera 7 No. 12B-58 Cafetería 7 de esta ciudad, y alinderado de la siguiente manera: *“NORTE: Con área común del mismo edificio. SUR. Con la oficina 701. ORIENTE. Con vista al edificio 12B-52 de la carrera 7a. OCCIDENTE. Con la oficina 702. CENIT. Piso 8o. NADIR. Piso 6o. El edificio donde se encuentra el bien arrendado tiene los siguientes linderos generales dentro de la nomenclatura urbana de la ciudad de Bogotá D.C. NORTE. Con el edificio de la carrera 7a No.12B-42 ORIENTE. Con propiedades de la Universidad del Rosario. OCCIDENTE. Con la carrera 7a”,* por haber expirado el plazo contractual sin que se hubiere efectuado la restitución del citado inmueble.

TERCERO: ORDENAR a las demandadas, Adíela Martínez Álvarez y María Graciela Duarte Marín, la restitución del inmueble antes referido junto con los muebles referenciados en el inventario del anexo 1 del contrato No. 089 de 2012 (fls.59-62 c1 a favor de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Si dentro del término concedido no se ha dado cumplimiento a lo ordenado en el inciso anterior, para la práctica de la diligencia de lanzamiento se **COMISIONA** a la Inspección de Policía de la localidad competente. Por secretaría, de ser el caso, librese el despacho comisorio con los anexos e insertos del caso.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

QUINTO: Notificar la presente sentencia a las partes de conformidad con las previsiones del artículo 295 del CGP en concordancia con el artículo 203 del CPACA.

SEXTO: En firme la presente decisión, la parte interesada podrá solicitar ante la Secretaría

la expedición de copias y constancia de ejecutoria de la sentencia, conforme lo previsto en el numeral 2º del artículo 114 del Código General del Proceso. Cumplido lo anterior archívese el proceso, previas las anotaciones de rigor.

SÉPTIMO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor del depositante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00248-00
Demandante :	JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ Y OTROS
Demandado :	NACIÓN – RAMA JUDICIAL Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 33**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

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

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

Actuando mediante apoderado judicial, los señores **JOSE EULICER TOVAR RODRÍGUEZ, SANDRA PATRICIA PÉREZ TRILLERA** quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos **CRISTIAN CAMILO TOVAR PÉREZ, LAURA VALENTINA TOVAR PÉREZ y JOHAN ESTIBEN TOVAR PÉREZ; JOSE ARTURO TOVAR TIQUE, URBELINA RODRÍGUEZ DE TOVAR, MARTHA CECILIA TOVAR RODRÍGUEZ, JOSEFINA TOVAR RODRÍGUEZ, MARÍA CARMENZA TOVAR RODRÍGUEZ** 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 privación de la libertad que sufrió **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ**, ocurrida desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 24 de mayo de 2011.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 80 y ss c. principal).

2.2. Hechos de la demanda

En el escrito de demanda se adujo que, como miembro del Ejército Nacional y orgánico del grupo AFEUR N° 4, el 2 de febrero 2010, el señor José Eulicer Tovar Rodríguez

participó en la operación militar denominada "Esparta", cuyo objetivo era bombardear un campamento perteneciente al Frente 21 de las FARC, ubicado en zona rural del corregimiento de La Marina en Chaparral (Tolima) y neutralizar a los comandantes de dicha organización que, según información de inteligencia, pernotaban en el lugar.

Con posterioridad a la realización de la anterior operación, dos de los militares que participaron en la misma, denunciaron ante la Fiscalía General de la Nación una supuesta alteración de la escena, con el fin de ocultar la apropiación por parte del personal militar de más de \$200 millones que se encontraban en el campamento, así como de un computador portátil, una cámara digital, un scanner, una impresora, un video bean, una pistola y un revolver. En la denuncia también se mencionó que el SP Juan Carlos Giraldo Alzate había disparado en contra de uno de los insurgentes que se encontraba herido y desarmado.

Con base en lo anterior, la Fiscalía inició las labores de investigación y captura de los presuntos responsables, lo que ocurrió el 11 de noviembre de 2010. En audiencia celebrada el 12 de noviembre de 2010, el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones Control de Garantías legalizó la captura, entre otros, del señor José Eulicer Tovar y le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Mediante sentencia del 5 de febrero de 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado absolvió al señor José Eulicer Tovar de los delitos de homicidio en persona protegida, peculado por apropiación y ocultamiento, alteración o destrucción de elementos materiales probatorios.

Según certificación del 27 de enero de 2015, expedida por el Coordinador Jurídico BASPC N° 6 (E), el señor Tovar Rodríguez estuvo privado de la libertad desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 24 de mayo de 2011.

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. 135 c1).

Indicó que, la entidad actuó en cumplimiento de su deber legal de investigación, procedimiento en el que observó los requisitos formales y sustanciales para la vinculación del señor Tovar Rodríguez. Así mismo, la medida de aseguramiento fue solicitada con base al material probatorio debidamente allegado al proceso.

Adicionó que, en el proceso no se alegó la falsedad de las pruebas presentadas por el ente acusador, ni se demostró que el abogado defensor del señor Tovar hubiera interpuesto los recursos legales que procedían en contra de las decisiones tomadas por el Juez Penal, por lo que, tampoco era dable alegar la violación a derechos fundamentales.

Finalmente señaló que, la privación de la libertad del demandante no fue capricho de la entidad, sino que estuvo sometida al rigorismo de ley y a los postulados Constitucionales, y si bien cesó cuando desaparecieron los fundamentos que la originaron, ello no debía tornar arbitraria la medida que, en todo caso, no fue impuesta por el ente acusador sino por el Juez Penal de Control de Garantías, quien determinó que se reunían los requisitos para su imposición.

Propuso como excepciones las siguientes: i) cumplimiento de un deber legal, por cuanto la actuación de la Fiscalía se adelantó en ejercicio de las funciones que legal y constitucionalmente le fueron encomendadas, ii) inexistencia de nexo de causalidad, en tanto que el daño causado (privación de la libertad) se originó en la decisión del Juez Penal que consideró procedente la imposición de la medida de aseguramiento, iii) falta de legitimación en la causa por pasiva porque era el Juez Penal el que tenía la potestad de imponer o no la medida de restricción de la libertad (Fol. 134-148 c1).

2.3.2. Rama Judicial

Mediante escrito presentado el 13 de agosto de 2018 contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señaló que como quiera que a partir del acto legislativo 03 de 2002 el sistema penal colombiano era de tendencia acusatoria, la Fiscalía era quien tenía la obligación de adelantar la investigación de los hechos que revistieran las características de un delito, pero no correspondía al Juez de Control de garantías, resolver sobre la ausencia de responsabilidad del señor Jose Tovar, sino lo atinente a la legalidad de los actos previos (legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento) con base en la información oportuna y legalmente recogida por la Policía Judicial en coordinación con la Fiscalía.

Así, el juez hacía el control formal de las actuaciones de la Policía Judicial y de la Fiscalía, pues en las audiencias preliminares no se discute la responsabilidad del procesado, por lo que el actuar del Juez estuvo sustentado en garantizar el cumplimiento de los fines de la medida de aseguramiento, que en su concepto, era necesaria en ese momento.

Añadió que, en todo caso, la imposición de la medida de aseguramiento no era una actuación oficiosa del juez de garantías sino que dependía de la solicitud que la Fiscalía General de la Nación realizara de conformidad con el artículo 306 del Código de Procedimiento Penal, de ahí que, si la medida se impuso fue porque se contaban con suficientes elementos materiales de prueba que hacían necesaria la medida.

Propuso como excepciones las siguientes: i) falta de legitimación por pasiva, en tanto fue la Fiscalía General la que investigó los hechos y sustentó la medida de aseguramiento con pruebas que posteriormente no fueron suficientes para defender su teoría del caso, ii) hecho de un tercero, pues fueron los testimonios de los señores Edgar Zambrano Díaz, Claudio Meneses Ramírez y Rafael Antonio Lillo Ramos los que originaron la investigación penal que adelantó la Fiscalía y los que sirvieron como fundamento de la medida de aseguramiento, sin que en ese momento inicial el Juez hubiera podido determinar la veracidad de las denuncias realizadas por ellos, pues no

era el momento procesal pertinente, iii) culpa exclusiva de la víctima, en tanto el señor Tovar, como miembro del Ejército, sí participó en una operación militar en la que se asesinó a una persona protegida por DIH, hecho que sí ocurrió, solo que por duda probatoria, no se logró determinar su participación material en el hecho.

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 10 de marzo de 2015 (f. 107 c. principal), mediante auto de 28 de agosto 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. 117 c. principal).

El día 8 de agosto de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (f. 239 y ss. c. principal).

El 22 de octubre y 1 de noviembre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 296 y ss. c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

2.5.1 Parte demandante

El 13 de noviembre de 2019, la parte actora radicó escrito de alegatos de conclusión en el que manifestó que se ratificaba en lo expuesto en la demanda. Así, manifestó que como el presente caso debía ser estudiado bajo el régimen de responsabilidad objetivo, se debía acceder a las pretensiones de la demanda, pues se probó que el demandante estuvo privado de la libertad por más de 6 meses y con posterioridad se profirió sentencia absolutoria a su favor.

Insistió en la causación de los perjuicios reclamados y, para apoyar su tesis, citó los testimonios que relataron sobre las relaciones familiares del señor Tovar y las consecuencias morales y afectivas que tuvo su privación.

2.5.2 Nación – Rama Judicial

A través de escrito del 19 de noviembre de 2019, el apoderado de la Rama Judicial solicitó que se negaran las pretensiones, por cuanto la privación no fue injusta, pues el Juez de Control de Garantías actuó dentro del marco de sus competencias, y si bien decretó la medida de aseguramiento en contra del demandante, lo cierto era que, lo efectuó con base en la solicitud elevada por la Fiscalía y las pruebas que el ente acusador aportó, las que en el momento daban cuenta de la necesidad de la medida.

Así mismo, insistió en la configuración de los eximentes de responsabilidad denominados culpa exclusiva de la víctima y hecho de un tercero.

2.5.3. Nación - Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito del 12 de noviembre de 2019, la Fiscalía insistió en que la privación de la libertad del señor José Eulicer Tovar no fue injusta, pero que de tomarse como tal el daño, no sería imputable a la entidad, por cuanto actuó de conformidad con su deber legal y dentro del marco de sus competencias, máxime si quien decidía sobre la imposición de la medida de aseguramiento era el Juez de Control de Garantías.

Por lo anterior, insistió en la falta de legitimación en la causa por pasiva así como en la inexistencia del nexo causal entre la privación de la libertad y la investigación y labora adelantada por la Fiscalía.

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 **JOSE EULICER TOVAR RODRIGUEZ**, por cuenta de la Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, consistente en la detención preventiva en centro de reclusión.

Así mismo, determinar si se configura un eventual eximente de responsabilidad, en particular, el de culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero.

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

Tanto la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** como la **RAMA JUDICIAL** adujeron 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.

Asimismo, la Rama Judicial adujo que si bien el Juez de Garantías resolvía sobre la imposición de la medida de aseguramiento, lo hacía con base en la solicitud de la Fiscalía y en las pruebas que dicha entidad presentaba como sustento, por lo que finalmente la Responsabilidad era del ente acusador, quien es el encargado de la investigación y el acopio de pruebas.

El Despacho considera que no le asiste razón a los demandados 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 cumplen la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial para que les sea imputada responsabilidad, toda vez que **cumplen con una función legal dentro del proceso penal, donde puede incurrir en fallas que traspasen el ámbito legal de su actuar y 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. Por su parte, el Juez de Control de Garantías debe adoptar su decisión luego de un análisis probatorio minucioso, pues la restricción de la libertad de una persona no puede ser una medida arbitraria o ligera del operador judicial, sino que debe cumplir con una serie de requisitos que deben ser estudiados en contexto.
5. De esa manera, es claro que los todos los servidores públicos o entidades 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 normas, 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 y a la Rama Judicial, realizados dentro del proceso penal adelantado en contra del señor **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ**, se estudiará su responsabilidad.

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 **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ**, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que estuvo privado de la libertad desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 24 de mayo de 2011 en el centro de reclusión Militar Novel I del Canton Jaime Rook en Ibagué (Tolima)³.

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

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 Según certificación visible a folio 78 del cuaderno principal.

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 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.

3.2.2.3 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”*⁴. 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.C⁵, 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”*⁶. 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:

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

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 1 de agosto de 2016, exp. 42.376, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁵ 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.

⁶ Exp. 42.376, op.cit.

especial protección o las buenas costumbres, es fuente de obligaciones y constitutiva de atribución de responsabilidad⁷.

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 art. 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 padeció el demandante **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** como consecuencia de la actuación penal adelantada en su contra por los delitos de homicidio en persona protegida, peculado por apropiación, favorecimiento y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, que culminó con sentencia absolutoria.

En relación con el **daño** se encuentra acreditado que el 12 de noviembre de 2010 el Juzgado Quinto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá legalizó el procedimiento de captura e impuso medida de aseguramiento en contra de **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** por los delitos antes señalados.

Se probó que, en audiencia del 5 de febrero de 2013, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado profirió el respectivo fallo absolutorio a favor de **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ**.

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 **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** estuvo privado de la libertad en el centro de reclusión militar Novel I del Cantón Jaime Rook en Ibagué, desde **el 12 de noviembre de 2010 hasta el 24 de mayo de 2011** como consta en la audiencia de legalización de captura, imputación e imposición de medida de aseguramiento, acta de audiencia preliminar y certificación expedida por el coordinador jurídico BASPC (fols. 78, 196-200 c1).

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 investigación penal se adelantó contra de **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ**, e inició por la denuncia presentada el SP Lillo Ramos Rafael Antonio y el Cabo Primero Zambrano Peralta Edgar Javier, quienes informaron a la Fiscalía que en el desarrollo de la operación "Esparta" llevada a cabo el 2 de febrero de 2010, la escena de los hechos no había sido preservada y que varias unidades orgánicas se habían apoderado de aproximadamente 200 millones de pesos que se habían encontrado en el

⁷ Exp. 42.376, op.cit.

lugar, así como de un scanner, un computador portátil, una cámara digital, una impresora, una planta eléctrica, un *video beam*, un revólver y una pistola.

Por estos hechos, la Fiscalía General de la Nación solicitó se librara orden de captura y el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué expidió orden de captura, entre otros, en contra de la víctima directa por los hechos investigados, la cual se hizo efectiva el 12 de noviembre de 2010 como ya se anotó.

Una vez adelantado el trámite procesal correspondiente, el 5 de febrero de 2013, el Juzgado Segundo Penal de Conocimiento Especializado de Ibagué resolvió absolver al señor Tovar Rodríguez con base en los siguientes argumentos:

En cuanto al peculado por apropiación en la sentencia se expuso:

.. Una vez revisadas tanto las declaraciones dadas por el soldado RAFAEL ANTONIO LILLO en audiencia de juicio oral, como en las entrevistas hechas ante funcionarios de policía judicial e instructores de control disciplinario del Ejército Nacional, así como las rendidas por el Cabo Primero ZAMBRANO DIAZ y la primera versión dada por el soldado MENESES RAMIREZ ante la Fiscalía, todas coinciden en una sola circunstancia, y es que todo lo que atañe al hallazgo de un supuesto dinero encontrado en el campamento bombardeado del Frente 21 de las FARC-EP en la operación "ESPARTA" que fue repartido entre varios militares, son producto de comentarios, rumores y chismes de rancho de tropa; pues ninguno de los testigos de cargo de la Fiscalía sobre cuyas declaraciones se sustentaron las acusaciones contra el personal militar procesado, señaló contundentemente que haya visto cierta cantidad de dinero producto de una apropiación ilegal de la tropa, y la forma como fue repartido el mismo.

Como se puede observar, a lo largo de todas las declaraciones se habla de 200, otros hablan de 100, y algunos de hasta 800 millones de pesos que encontraron debajo del cambuche de alias "PEDRO NEL" y que luego fue repartido por el Capital VILLAMIZAR como comandante del destacamento militar a varios de sus subalternos, pero no existe prueba alguna que en grado de certeza demuestre la existencia de dicho dinero y menos de su cantidad exacta, y la forma como se repartió entre los funcionarios del Ejército Nacional.

(...)

De igual forma, si bien el soldado LILLO RAMOS y el Cabo ZAMBRANO DIAZ señalaron que no vieron dinero o unas joyas en esa operación, si coinciden en afirmar que luego a su realización, era frecuente ver a los soldados gastando licor en sitios de lenocinio, lo cual les hizo pensar que en efecto pudo existir un incremento dinerario derivado de la operación militar realizado en ese campamento de la guerrilla, que le hacen pensar a cual persona que algo se gestó al interior de esa operación.

Pero también se pudo establecer con el citado estado financiero hecho a los acusados, que la gran mayoría no presentaron un incremento patrimonial injustificado luego de la operación "Esparta", y si alguno de ellos adquirieron ciertos bienes de valor como vehículos o inmuebles, son producto de créditos con entidades bancarias, situaciones que de hecho no fueron objeto de contracción por parte del ente acusador.

Lo cierto es que al parecer, gran parte de la investigación sobre el delito de peculado se dio en torno a los comentarios que el soldado RAFAEL ANTONIO LILLO RAMOS escuchó de otros soldados de la AFEUR #4 y que él mismo se encargó de socializar con el resto del personal militar del destacamento, de acuerdo con los testimonios de los soldados SAID CUTIVA LOZANO, FREDY RAMIREZ SALGUERO, SIMON PEDOR GARCIA CRUZ, DIEGO FERNANDO ACEVEDO, LUIS AGUIRRE OCAMPO, HORVEY NIÑO FLOREZ, quienes coincidieron en afirmar que todo lo relativo a los rumores sobre la existencia de una caleta con dinero en la operación "ESPARTA" lo escucharon del mismo soldado LILLO RAMOS, quien incluso manifestó que ellos conocían de primera mano dicha circunstancia, lo que les valió para que cada uno lo denunciara por calumnia, y no en vano al unísono todos los mencionados soldados le atribuyeron al soldado LILLO RAMOS el mote de "Barbarita" en alusión al personaje cómico de la televisión que representa a una señora chismosa que inventa historias sobre sus vecinos.

(...)

Tampoco se tiene certeza sobre la existencia y apropiación de varios elementos hallados en el campamento guerrillero que no están relacionados ni fueron entregados al CTI de la Fiscalía en el municipio de Chaparral, pero que supuestamente aparecieron en manos de algunos soldados de la AFEUR #4, no se halló ningún elemento del que pueda señalarse que haya provenido de la zona donde se realizó la operación "Esparta", tales como plantas eléctricas, computadores portátiles, video bean; y si bien se incautó una impresora Hewlett Packard, esta fue devuelta atendiendo a que se determinó su lícito proceder.

Respecto al delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio se consideró que:

Sobre este delito en particular, las acusaciones de la Fiscalía se basan en lo manifestado por el Cabo Primero EDGAR ZAMBRANO DIAZ y el soldado RAFAEL ANTONIO LILLO RAMOS, quienes señalaron varios meses después de realizada la operación "Esparta", que en el lugar de operaciones se hallaron elementos de prueba como portátiles, cámaras digitales y otros elementos que fueron objeto de apropiación y no fueron entregados a la Fiscalía General de la Nación, y que obviamente hubiesen servido en la investigación, y a los organismos de seguridad del Estado para conocer más a fondo las actividades del Frente 21 de las FARC-EP.

Sin embargo, se ha hecho un profundo análisis de los elementos de prueba de donde se ha concluido que no existe certeza sobre la existencia de estos elementos, y que la apropiación de los mismos por parte del personal militar que participó en la operación solo han sido objeto de rumores y comentarios sin fundamento fáctico.

Finalmente, respecto al homicidio en persona protegida, en la sentencia se afirmó:

...Ahora bien, no se pudo determinar a ciencia cierta si la herida recibida por NILZO BEDOYA fue ocasionada por un proyectil de arma de fuego proveniente de un fusil o una ametralladora; o por un balín de forma regular, expulsado por la fuerza cinética de la explosión de una bomba de alto poder explosivo arrojada

al lugar de los hechos por un avión SUPER TUCANO de la Fuerza Aérea Colombiana.

Es así como toma relevancia la declaración rendida por el Teniente Coronel de la Fuerza Aérea Colombiana JUAN MARTIN OSSA quien señaló que en el lugar entregó bombas de 250 libras a través de los aviones SUPER TUCANO en los objetivos previamente señalados por los informes de inteligencia militar, y aportados como evidencia de la Defensa #4. En su declaración señaló que ese tipo de bombas explosivas tienen en su interior, además de varias libras de un poderoso explosivo, elementos como balines o "metralla" que producen un gran daño en efecto mariposa, en el lugar donde se "entrega" el armamento, es decir donde cae y explota la bomba, fragmentos estos que junto con el cuerpo de la bomba salen disparados en inimaginable velocidad.

Es así como el médico legista MAXIMO ALBERTO DUQUE, traído como testigo de la defensa, señaló que la herida presentada por NILZO BEDOYA bien pudo haber sido producida por un proyectil de arma de fuego, o por un balín despedido con altísima velocidad, que permite como ocurrió en el cuerpo del occiso, que ingrese al organismo a través de un pequeño orificio y salga causando grandes estragos, por la fuerza cinética que dicho elemento lleva en su recorrido. Dicho perito forense aporta como evidencia de la defensa #20 su informe el cual señala científicamente sus conclusiones, según la muerte de NILZO BEDOYA, pues bien pudo ser un balín expulsado por las bombas de alto poder o un proyectil de arma de fuego.

(...)

Como se observa son varias las hipótesis que pueden darse en la muerte del guerrillero NILZO BEDOYA, cada una de ellas completamente viables a la luz de la sana crítica, por lo cual no existe la certeza necesaria para predicar que la muerte del mismo se dio por una "ejecución extrajudicial" cometida por los miembros de la Fuerza Pública; ya que no se sabe a ciencia cierta cómo se dio la muerte del citado integrante de la subversión.

La duda es pues, la ausencia de la certeza, y en este caso no se sabe cómo ocurrió esa muerte, pues científicamente se demostró que la misma pudo ocurrir bien sea al momento del bombardeo de la Fuerza Aérea a las 4 de la mañana de día de marras, bien sea por una esfera a alta velocidad provenientes de las bombas lanzadas al lugar, o bien sea por el ametrallamiento por parte de helicópteros artillados, siendo poco probable que NILZO BEDOYA no fue herido en dicho momento, tuvo más de 4 horas para huir del lugar junto con sus demás compañeros de armas, a sabiendas que en el mismo desembarcarían tropas del Ejército Nacional y la confrontación era inminente.

Así pues, el Despacho deberá aplicar los principios constitucionales que rigen el derecho penal, consagrados en los instrumentos internacionales suscritos por Colombia, y en especial en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que obliga al Juez que en caso de presentarse duda con respecto a la comisión de los hechos delictivos o la responsabilidad del procesado, aplicar el principio de *in dubio pro reo* y emitir un fallo absolutorio.

En reciente jurisprudencia⁸, 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 víctima⁹.

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 **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** en la medida de aseguramiento impuesta por el Juzgado Quinto Municipal con Función de Control de Garantías de Ibagué 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 los delitos de homicidio en persona protegida, peculado por apropiación y ocultamiento, alteración o destrucción de elemento material probatorio, denunciados por miembros del Ejército Nacional que al igual que el demandante participaron en la operación denominada "Esparta". 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.

⁸ 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.

⁹ 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 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. En este punto, el Despacho considera que en el caso concreto no se avizora que la actuación del señor JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ hubiera dado lugar al inicio de la investigación penal y la posterior imposición de la medida de aseguramiento por lo siguiente:

- La investigación penal se originó en la denuncia que hicieron el Cabo Primero EDGAR ZAMBRANO DIAZ y el soldado RAFAEL ANTONIO LILLO RAMOS en la que adujeron que en la operación militar "Esparta" llevada a cabo el 2 de febrero de 2010, se presentaron un serie de irregularidades tales como sustracción de la escena de los hechos de elementos materiales probatorios, apropiación de dinero encontrado en el lugar y disparos en contra de las personas que encontraban en el campamento heridos y desarmados.

- Aunque los denunciante manifestaron el homicidio cometido respecto de Nilzon Bedoya, lo hicieron afirmando que quien lo había cometido era el soldado Juan Carlos Giraldo Alzate. Al respecto, el Cabo Primero Zambrano Díaz, en declaración rendida el 20 de febrero de 2012, señaló que:

...Manifestó que hubo ametrallamiento desde el helicóptero con un fusil porque la ametralladora del aparato estaba descompuesta al momento del desembarco y reiteró que luego de escuchar el disparo se encontró con el soldado GIRALDO, y este le manifestó que le había tratado de andar una ráfaga de fusil, pero sólo le salió un disparo, siendo el único disparo que escuchó durante el tiempo que duró la operación militar.

- Sin embargo, el 3 noviembre de 2010, dentro de la investigación disciplinaria iniciada por el Ejército Nacional, el Cabo señaló que había escuchado del soldado Giraldo que le había hecho una ráfaga de fusil al cuerpo del subversivo muerto, pero solo le salió un tiro, y que lo había hecho por seguridad porque había hablado incluso con él, aclarando que no le constaba si el guerrillero estaba muerto o vivo al momento de recibir un disparo en la cabeza.¹⁰

- Aunque las declaraciones del Cabo Zambrano son contradictorias en cuanto a la forma en que ocurrieron los disparos, lo cierto es que su imputación de responsabilidad estuvo dirigida únicamente en contra del SP. Giraldo, sin que se hubiera hecho referencia alguna a la actuación del señor José Eulicer Tovar.

- En cuanto al delito de peculado, tal como quedó expuesto en las citas de la sentencia absolutoria que previamente se transcribieron, la denuncia del delito estuvo basada únicamente en los dichos de los denunciante, quienes no afirmaron con certeza si en el campamento guerrillero hubo o no dinero, qué monto, quién lo extrajo del lugar y la forma en que se repartió, sino que se limitaron a decir que dicha información provenía

¹⁰ Folio 32 de la Sentencia proferida el 5 de febrero de 2013, folio 102 del cuaderno de pruebas 2.

de los rumores y dichos de los más miembros de la compañía y del propio personal que participó en la operación.

- En este aspecto tampoco se hizo referencia al demandante, más allá de lo dicho por el SP Lillo Ramos respecto a la supuesta orden que el Capitán Villamizar le había dado al SP Tovar de darle a los demás soldados de a \$100.000 para untarlos, hecho que tampoco pudo ser probado y que se denunció como otro rumor, sin prueba que soportara la entrega del dinero o si quiera la existencia del mismo.

- Igual ocurre con los hechos constitutivos del delito de ocultamiento, alteración o destrucción de elementos materiales probatorios, pues la denuncia que se hiciera no indicó de forma específica qué personal fue el que cometió el delito, quien dio la orden, ni se mencionó que soldados fueron los extrajeron los elementos del campamento, por lo que si bien se debía vincular a toda la tropa a la investigación, en el análisis de culpa o dolo en el inicio de la investigación y la imposición de la medida de aseguramiento ello no puede considerarse indicio de responsabilidad de víctima, pues su actuar estaba sujeto al ejercicio de sus funciones como soldado profesional.

Finalmente respecto del argumento relacionado con el hecho de un tercero, en tanto presuntamente la denuncia formulada en este caso por particulares, fue la que puso en marcha el aparato jurisdiccional, debe ponerse de presente que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática que ni las denuncias ni los testimonios falsos, generar exoneración de responsabilidad en casos de privación injusta de la libertad, porque el titular de la función punitiva es el Estado y por ende, le son inherentes todos los riesgos que se deriven de la utilización de un medio de prueba fallido. Al respecto, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado¹¹ reiteró:

Justamente por el origen humano y, por ende falible, de las fuentes de acceso al conocimiento de los hechos, se impone al investigador o el juzgador un deber reforzado de analizar rigurosamente las pruebas, de acuerdo con las exigencias de la sana crítica. El escrutinio del juez debe dirigirse justamente a identificar las posibles falencias y a evaluar su grado de fiabilidad. Por lo anterior, la aceptación de la exoneración por hecho de terceros, en eventos en los que se demuestre que la decisión se tomó con fundamento en una prueba que no resultó del todo veraz, es tanto como eximir al juez (κριτής, crités), de la carga de juzgar con *criterio*. Esto es lo mismo que aceptar que el juez deje de ser juez. Al respecto valga recordar la sentencia de 7 de abril de 2011:

Como la medida de aseguramiento que se impuso al demandante estuvo motivada en el falso testimonio rendido en el proceso por varias personas, resulta relevante establecer si las falsas imputaciones de un tercero, pueden constituir, en una investigación penal, una causa extraña que permita exonerar de responsabilidad al Estado.

(...)

Para adelantar la investigación por la presunta comisión de hechos ilícitos, desvirtuar la presunción de inocencia e imponer una sanción al penalmente responsable, el Estado puede hacer uso de todos los medios de prueba siempre

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 6 de diciembre de 2017, exp. 38976, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.

que estén constitucionalmente permitidos y garanticen el derecho de defensa en el proceso (...).

Entre los medios de prueba se encuentra el testimonio (...). El testimonio constituye un instrumento al servicio del Estado para el ejercicio del ius puniendi y en consecuencia, no puede considerarse como un hecho externo, ajeno a la entidad. El Estado tiene el control permanente de ese instrumento, que incluye, el decreto, práctica y valoración de la prueba y por lo tanto, no puede considerarse que el hecho de que el testigo tergiverse la realidad pueda constituir un hecho imprevisible ni irresistible para el mismo. El funcionario judicial es quien determina si la prueba es conducente o pertinente; es quien interroga al testigo; quien verifica la validez de su versión y quien puede establecer su credibilidad, a través de la valoración del dicho, aplicando las reglas de la sana crítica, esto es, las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia, en conjunto con los demás medios de prueba directos o indirectos con los que se cuente en el proceso. (...)

Los daños sufridos por los demandantes como consecuencia de la privación injusta de la libertad a la que fue sometido el señor (...) son imputables al Estado, aunque esa decisión se hubiera fundamentado en las versiones falsas de varios testigos, porque el titular de la función punitiva es el Estado y por ende, le son inherentes todos los riesgos que se deriven de la utilización de un medio de prueba fallido, como lo son las declaraciones de testigos interesados en desviar el curso de la investigación¹².

En consecuencia, es posible concluir la responsabilidad tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial en la privación de la libertad soportada por JOSÉ EULICER TOVAR RODRIGUEZ. Aunque en casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004, en principio, ostenta un mayor grado de responsabilidad la Rama Judicial por ser el juez de control de garantías y la autoridad que finalmente decide sobre la privación de la libertad; en el presente asunto se encuentra demostrada una mayor concurrencia de la Fiscalía en la causación del daño y, en menor proporción a la Rama Judicial, por lo que se atribuirá un porcentaje del 60% a la primera (Fiscalía) y del 40% a la segunda (Rama Judicial).

Lo anterior obedece porque por parte de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN no se desarrolló en debida forma sus funciones de investigación al vincular a un proceso penal a una persona con base en material probatorio insuficiente para desvirtuar su presunción de inocencia.

Así las cosas, la parte demandante podrá perseguir el pago del 100% de la condena impuesta en esta sentencia ante cualquiera de las entidades demandadas, con la prevención de que la entidad que pague la totalidad de la condena podrá repetir contra la otra, de conformidad con los siguientes porcentajes, 60% a cargo de la Fiscalía General de la Nación y 40% a cargo de la Rama Judicial.

Así las cosas se condenarán de manera solidaria al pago de los dineros reconocidos.

¹² Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 7 de abril de 2011, exp. 18571, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sobre esta premisa, el **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B** Consejero ponente: **RAMIRO PAZOS GUERRERO** de 4 de marzo de 2019 - Radicación número: **17001-23-31-000-2010-00258-01(46174)** Actor: **ALEXÁNDER CUBILLOS MONTOYA Y OTROS** Demandado: **NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** al resolver el caso concreto, condenó solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama judicial por la privación injusta a que fue sometido un ciudadano. Al respecto, dispuso:

“(…) Ciertamente, es de recordar que el mandato constitucional incorporado para asegurar la implementación del sistema acusatorio en materia penal, atribuyó al juez con funciones de control de garantías la adopción de medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, entre ellas, la restricción de su libertad. La Constitución Política facultó al legislador para establecer aquellos eventos en los que la Fiscalía General de la Nación puede realizar capturas de manera excepcional, con el control posterior de las mismas a cargo del juez con funciones de control de garantías¹³.

El Código de Procedimiento Penal adoptado a través de la Ley 906 de 2004, desarrolló el mandato constitucional que incorporó el sistema penal acusatorio en nuestro país. Bajo este diseño legislativo, se distinguió el rol de la Fiscalía General de la Nación como autoridad investigadora y el del juez, de un lado desde el ejercicio de la función de control de garantías y de otro, como juez de conocimiento durante la etapa del juicio.

En torno a la restricción de la libertad, conviene precisar que la Ley 906 de 2004 consagró una solicitud de imposición de medida de aseguramiento procedente del fiscal, dotada de los elementos necesarios para darle sustento a su necesidad y urgencia, sometida a consideración del juez con funciones de control de garantías (Artículo 306).

A la autoridad judicial compete finalmente decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva, además de que se cumpla alguno de los siguientes requisitos: i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (artículo 308).

Ahora bien, no discute la Sala que en el Código de Procedimiento Penal implementado con la Ley 906 de 2004, radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías la competencia para decidir sobre la libertad del imputado; sin embargo, no es menos cierto, que la solicitud de restricción se origina por la solicitud formulada al juez por el fiscal investigador, e igualmente, se asigna al fiscal, en eventos excepcionales la realización de capturas, las que también pueden ser realizadas por miembros de la Policía Judicial en casos de flagrancia.

¹³ El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo n.º 3 de 2002 dispuso: *La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.*

(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. // La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

Al respecto, la Corte Constitucional¹⁴ distinguió las competencias atribuidas al fiscal y al juez, a partir de la Ley 906 de 2004. En su orden consideró que al juez de control de garantías se le instituyó como “el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente”. Señaló por su parte, que en un primer momento el fiscal no es competente para restringir la libertad del imputado, sin embargo, con ocasión del tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 de la Carta Política, se atribuyó una competencia excepcional para realizar capturas, que en ningún modo puede entenderse “como el mantenimiento en cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial”.

La Sala encuentra que en vigencia de la Ley 906 de 2004, la competencia para restringir la libertad del procesado radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías; no obstante, el fiscal es la autoridad que solicita la imposición de la medida de aseguramiento, soportado en los elementos de conocimiento que sustenten la necesidad de la medida y su urgencia.

La Sala ha considerado al respecto, que bajo la estructura del sistema penal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, el elemento imputación en la responsabilidad administrativa por privación injusta de la libertad, debe abordarse desde la concausalidad en la medida en que la prosperidad de la solicitud formulada por la Fiscalía depende de la decisión del juez y a su vez, el juez no está facultado para imponer medida restrictiva de la libertad si no ha mediado solicitud del fiscal. Entendiéndose como “un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del juez de garantías¹⁵”. (...)”

4.2. Liquidación de perjuicios

Acreditada plenamente la responsabilidad de las entidades demandadas en la causación del daño antijurídico, así como la proporción en que estas deben concurrir al pago de la condena impuesta, el Despacho estudiará los argumentos formulados por la parte demandante referente al reconocimiento de perjuicios.

4.2.1. Daño Moral

Por concepto de perjuicios morales, en la demanda se solicitó el reconocimiento de los siguientes valores:

1. Para José Eulicer Tovar Rodríguez, en calidad de víctima directa, 100 SMLMV.
2. Para Sandra Patricia Pérez Trillera, en calidad de esposa de la víctima, 100 SMLMV.
3. Para Cristian Camilo Tovar Pérez, en calidad de hijo de la víctima, 100 SMLMV.
4. Para Laura Valentina Tovar Pérez, en calidad de hija de la víctima, 100 SMLMV.
5. Para Johan Estiben Tovar Pérez, en calidad de hijo de la víctima, 100 SMLMV.
6. Para José Arturo Tovar Tique, en calidad de padre de la víctima, 100 SMLMV.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005, Exp. D-5442, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de agosto de 2017, Exp. 45159, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

7. Para Urbelina Rodríguez de Tovar, en calidad de madre de la víctima, 100 SMLMV.
8. Para Martha Cecilia Tovar Rodríguez, en calidad de hermana de la víctima, 50 SMLMV.
9. Para Josefina Tovar Rodríguez, en calidad de hermana de la víctima, 50 SMLMV.
10. Para María Carmenza Tovar Rodríguez, en calidad de hermana de la víctima, 50 SMLMV.

Al respecto, el Despacho observa que es clara la existencia del perjuicio moral del señor JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ, "(...) por haber sido la persona que estuvo injustamente privada de la libertad, con todas las incomodidades y sufrimientos que la restricción al mencionado derecho fundamental conlleva, sin que sea necesario aportar pruebas adicionales para acreditarlo, pues así lo enseñan las reglas de la experiencia (...)"¹⁶

Igualmente, el Consejo de Estado ha considerado que hay lugar a presumir que los familiares en el primer y segundo grado de consanguinidad, así como el cónyuge o el compañero permanente, también sufren un perjuicio moral con ocasión de la privación de la libertad de su ser querido. En ese entendido, también hay lugar a indemnizar a los demás demandantes toda vez que probaron la calidad en la que asistieron al proceso (fol 50-59 c1).

En cuanto a la cuantificación del perjuicio moral, la Sala Plena de la Sección Tercera sugirió ciertos parámetros fundamentados en el tiempo de reclusión, con el fin de establecer de manera objetiva en la medida lo posible un criterio que garantizara los principios de reparación integral, igualdad material y dignidad humana.

En ese orden de ideas y atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia precitada, el reconocimiento de los perjuicios se liquidará atendiendo el tiempo de privación intramuros, atendiendo las tasas indemnizatorias previstas en casos de privación injusta de la libertad, en la Sentencia de Unificación referida:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e Inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e Inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e Inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e Inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e Inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

¹⁶ Sentencia del 9 de junio de 2010, proferida por el Consejo de Estado, expediente N° 18370

Ahora bien, con fundamento en las máximas de la experiencia, resulta posible afirmar que la privación de la libertad que soportó **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** le causó un perjuicio moral que debe ser indemnizado, porque es razonable asumir que la persona que ve afectada su libertad experimente sentimientos de angustia e impotencia por no poder determinar el rumbo de su vida; perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos, quienes se afectan por la situación de zozobra por la que atraviesa su ser querido.

En el caso concreto está probado que **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** estuvo privado de la libertad desde el 12 de noviembre de 2010 hasta el 24 de mayo de 2011, es decir por lapso de 6 meses y 12 días, por lo que de conformidad con el cuadro anterior se encontraría dentro del rango **Superior a 6 e inferior a 9**, en ese orden de ideas en principio habría lugar a concederle al afectado directo la suma de 70 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, el Consejo de Estado¹⁷ frente a la cuantificación de los perjuicios morales ha dicho:

"(...) Empero, la jurisprudencia también ha destacado que el carácter vinculante del precedente no implica la consagración de una regla inmodificable que obligue a tomar decisiones en un mismo sentido o a resarcir los perjuicios con idéntico rasero, sino que debe atenderse a la particularidad de cada caso.

59. Por ello, sin que esto signifique ignorar la pauta adoptada unificadamente, el juez puede, e incluso debe, adoptar una medida distinta, que resulte más justa, equitativa y acorde al principio de reparación integral, conforme a los hechos efectivamente probados. En concreto, la Sala ha hecho uso de la regla de tres simple para fijar proporcionadamente el monto a resarcir por perjuicios

60. Así pues, dado que el tiempo de la privación que sufrió el señor Ayala fue muy inferior al mes que presupone el criterio de unificación antedicho, se tiene que el valor que debe concederse naturalmente debe ser inferior que la suma allí presupuestada. Así, tras realizar la operación aritmética referida en el párrafo anterior, se concluye que es pertinente concederle la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor Luis Virgilio Ayala Rangel."

Lo jurisprudencia en cita, ha destacado que el carácter vinculante del precedente no implica la consagración de una regla inmodificable que obligue tomar decisiones en un mismo sentido o a resarcir los perjuicios con idéntico rasero, sino que debe atenderse a la particularidad de cada caso.

Por ello, sin desconocer la pauta adoptada en sede de unificación, el Despacho aplicará una medida que resulta justa, equitativa y conforme al principio de reparación integral y a los hechos probados, haciendo uso de la regla de tres simples para fijar

¹⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección "B", C.P.: Danilo Rojas Betancourth, Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2017, Expediente: 45844.

proporcionadamente el monto a resarcir por perjuicios morales de acuerdo a la gravedad del daño - tiempo de privación.

Así pues, dado que el tiempo de la privación que sufrió **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** fue de **6 meses y 12 días**, al aplicar la mencionada regla de tres el valor correspondiente por indemnización no es el máximo del rango, puesto que el tiempo de privación fue muy inferior a 9 meses. Es decir que para hallar el valor real se debe tomar el tiempo adicional (12 días) al tiempo base del rango a aplicar (en el caso concreto el tiempo base es 6 meses), multiplicarlo por el número de salarios de diferencia que hay entre el rango a aplicar y el inmediatamente anterior ($70-50=20$ *s/mv*) y dividirlo por el número de días que comprende cada rango, que en el presente caso es 90 días, así la fórmula a aplicar sería la siguiente:

$$X = \frac{12 \text{ días} \times 20 \text{ SMLMV}}{90 \text{ días}}$$

$$X = 2.6 \text{ SMLMV}$$

Como quiera que por seis meses de privación corresponde una indemnización de 50 SMLMV, y por 12 días adicionales el equivalente a 2,6 SMLMV, el monto total a reconocer por perjuicios morales a favor de la víctima directa es de 52.6 SMLMV. Para liquidar el daño moral respecto de los demás demandantes únicamente se aplicará la proporción según el Consejo de Estado pero sobre el monto aquí hallado, así les corresponden los siguientes valores:

BENEFICIARIO	CALIDAD RESPECTO DE LA VICTIMA	MONTO
Sandra Patricia Pérez Trillera	Esposa	52.6
Cristian Camilo Tovar Pérez	Hijo	52,6
Laura Valentina Tovar Pérez	Hija	52,6
Johan Estiben Tovar Pérez	Hijo	52,6
José Arturo Tovar Tique	Padre	52,6
Urbelina Rodríguez de Tovar	Madre	52,6
Martha Cecilia Tovar Rodríguez	Hermana	26,3
Josefina Tovar Rodríguez	Hermana	26,3
María Carmenza Tovar Rodríguez	Hermana	26,3

4.2.2. Daño a la salud

El apoderado de la parte actora solicitó la indemnización del perjuicio que denominó daño fisiológico o daño a la vida en relación en un monto equivalente a 100 SMLMV.

No obstante, el Despacho aclara que dicho perjuicio cambió de denominación y contenido y, en la actualidad, corresponde al daño a la salud, sobre el cual el Consejo de Estado unificó jurisprudencia¹⁸ en los siguientes términos:

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.

Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización.

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:

- i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;
- ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal”¹⁹ (Subrayas fuera de texto)

Así las cosas, toda vez que el demandante no probó las circunstancias de afectación de su salud, pues en el expediente se evidencia que durante el tiempo que estuvo privado de la libertad no sufrió ningún tipo de lesión, enfermedad o traumatismo que le generara una pérdida o alteración anatómica o funcional o afectara su integridad corporal. Así mismo tampoco se acreditó padecimiento de enfermedades o trastornos mentales con ocasión del daño aquí reclamado, por lo que se negará la indemnización de este perjuicio.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, con ponencia de la consejera Olga Mérida Valle de la Hoz, expediente 31172.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP, Enrique Gil Botero.

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 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 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 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 reconocidas 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 administrativamente responsables a la **NACIÓN RAMA JUDICIAL** y a la **NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** de la privación injusta de la libertad sufrida por **JOSÉ EULICER TOVAR RODRÍGUEZ** de conformidad con lo expuesto previamente.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a dichas entidades al pago de los siguientes valores por concepto de perjuicios morales:

BENEFICIARIO	CALIDAD RESPECTO DE LA VICTIMA	MONTO EN SMLMV
José Eulicer Tovar Rodríguez	Víctima directa	52.6
Sandra Patricia Pérez Trillera	Esposa	52.6

Cristian Camilo Tovar Pérez	Hijo	52,6
Laura Valentina Tovar Pérez	Hija	52,6
Johan Estiben Tovar Pérez	Hijo	52,6
José Arturo Tovar Tique	Padre	52,6
Urbelina Rodríguez de Tovar	Madre	52,6
Martha Cecilia Tovar Rodríguez	Hermana	26,3
Josefina Tovar Rodríguez	Hermana	26,3
María Carmenza Tovar Rodríguez	Hermana	26,3

Las anteriores sumas de dinero deberán ser liquidadas con el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

La parte demandante podrá perseguir el pago del 100% de la condena impuesta en esta sentencia ante cualquiera de las entidades demandadas, con la prevención de que la entidad que pague la totalidad de la condena podrá repetir contra la otra, de conformidad con los siguientes porcentajes, 60% a cargo de la Fiscalía General de la Nación y 40% a cargo de la Rama Judicial.

La entidad que asuma la condena podrá repetir contra la otra, en los porcentajes determinados en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

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

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

SEXTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO

Juez

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	1100133360362015-00341-00
Demandante :	Luz Marina Gutiérrez Díaz
Demandado :	Nación – Rama Judicial

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No.34**

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, el Despacho a profiere 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, los señores Carlos Alberto Montaña Moreno y Luz Marina Gutiérrez Díaz presentaron demanda contra la Nación – Rama Judicial, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de las decisiones adoptadas por el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Fija Laboral de Descongestión, en providencia del 31 de mayo de 2013, al interior del proceso ordinario laboral promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz contra el Instituto de Seguros Sociales, que se tramitó bajo el radicado 2011-00375.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 292-303 c11).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que al interior del proceso ordinario laboral promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, se presentó una anomalía, en la medida que, se tramitó un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que fue presentado de manera irregular.

Adujo que, la sentencia de primera instancia no había sido apelada por ninguna de las partes dentro del término legal, por lo que, el presunto escrito de apelación que figuró en el expediente sin sello y fecha de recibido no debió ser tramitado ni mucho menos resuelto por el superior, quien decidió revocar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones de la demanda ordinaria laboral.

Así mismo, señaló que la sentencia de segunda instancia fue proferida de forma irregular, puesto que se omitió un examen riguroso, dado que no se efectuó un control de legalidad en torno al trámite de la apelación conforme a los artículos 66 y 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, más aún, cuando no se valoró en debida forma los testimonios practicados al interior del proceso, y no existió consonancia entre el recurso de

apelación y lo resuelto.

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 8 de febrero de 2017, la Rama Judicial contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que no se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia ni error jurisdiccional como lo pretendía hacer ver el demandante.

Indicó que conforme al informe secretarial emitido por el Juzgado 12 Laboral de Descongestión de Bogotá y el auto por el que se concedió el recurso, era claro que no se presentó ninguna irregularidad, pues el recurso fue interpuesto de manera oportuna.

Así mismo, señaló que conforme al fallo No. 36390 proferido al interior de la tutela tramitada por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, la Corte Suprema de Justicia adujo que, la parte aquí demandante contaba con el recurso extraordinario de casación, el que no fue tramitado, de manera que se contaban con otros mecanismos para censurar las actuaciones base de la demanda.

Finalmente precisó que, puesto que la decisión de segunda instancia obedeció a la autonomía e interpretación de las pruebas, por lo que las diferencias argumentativas derivadas de una interpretación razonable del derecho, no pueden ser consideradas como un error jurisdiccional (fls.329-332 c1).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 16 de abril de 2015 (fls. 305 c1), mediante auto de 11 de diciembre de 2015 se inadmitió y una vez subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 9 de junio de 2016 se admitió la demanda (fls. 324-325 c1).

El 8 de mayo de 2018 se llevó a cabo la audiencia inicial (fls.367-368 c1).

El 18 de julio de 2018 y el 9 de mayo de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fls.378 y 393 c1).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 16 de mayo de 2019, la parte actora solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, precisando que, el juzgado de primera instancia que conoció el proceso promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, actuó de forma irregular y sin los controles legales, en la medida que el recurso de apelación no se presentó con las formalidades, y en todo caso, correspondía a los jueces efectuar un control de legalidad, lo que se omitió y tuvo injerencia directa en los resultados del proceso, máxime cuando se vulneró el principio de consonancia, pues el sueperio se apartó de los argumentos expuestos en el recurso (fls. 398-403 c1).

La parte demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda (fls.395-397 c1).

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1 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, al presuntamente omitir efectuar control de legalidad al tramitar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia dentro del proceso ordinario laboral 2011-00375 promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, apartarse de los argumentos expuestos en este, y no valorar en debida forma las pruebas practicadas.

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 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 las sumas de dinero dejadas de percibir en razón a pretensiones que fueron reconocidas al interior de proceso

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*.

ordinario laboral promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz.

En efecto, al interior del proceso 2011-00375, mediante sentencia del 28 de febrero de 2013 (fls.235-249 c1), el Juzgado 12 Laboral de Descongestión de Bogotá condenó a Colpensiones, como entidad que asumió la administración del régimen de prima media con prestación definida que se encontraba a cargo del Instituto de Seguros Sociales, al pago de las siguientes sumas de dinero:

- 3.060.082 por concepto de diferencias salariales
- 1.213.459 por concepto de prima técnica
- 6.386.600 por concepto de prima extra legal de vacaciones
- 4.470.628 por concepto de prima extra legal de vacaciones
- 512.261 por concepto de vacaciones
- 1.024.522 por concepto de prima de servicios
- 75.625.137,19 por concepto de diferencias en las cesantías
- 7.039.645,96 por concepto de intereses a las cesantías
- \$159.665 diarios, por cada día de mora en el pago de las prestaciones sociales, objeto de la condena, desde la terminación del contrato, 30 de noviembre de 2007, y hasta por 24 meses, a partir de entonces correrán los intereses moratorios más altos, de acuerdo con la certificación de la Superfinanciera
- A la reliquidación de la pensión de jubilación conforme al salario que debió devengar la demandante como coordinador V, previo cálculo actuarial, con el fin de cancelar las diferencias sobre las mesadas pagas desde el 30 de noviembre de 2007.

Así mismo, se encuentra acreditado que, mediante sentencia del 31 de mayo de 2013, la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá revocó la sentencia del 28 de febrero de 2013, y en su lugar dispuso negar la totalidad de las pretensiones de la demanda promovida por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz.

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 Del error jurisdiccional

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como el *"cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley"*.

El artículo 67 de la Ley 270 de 1996 sujetó el acaecimiento del error judicial a los siguientes presupuestos:

- "1.- El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.*
- 2.- La providencia contentiva de error deberá estar en firme."*

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado³, frente a los presupuestos del error judicial, se pronunció en los siguientes términos:

"1.1 En relación con el primer presupuesto, la Sección Tercera de Consejo de Estado ha precisado, de una parte, que el error judicial solo se configura si el interesado ha ejercido los "recursos de ley" pues si no agota los medios de defensa judicial que tiene a su alcance el perjuicio sería ocasionado por su negligencia y no por el error judicial; "en estos eventos se presenta una culpa exclusiva de la víctima que excluye la responsabilidad del Estado"⁴. Y de otra parte, que los "recursos de ley" deben entenderse como "los medios ordinarios de impugnación de las providencias, es decir, aquellos que no sólo permiten el examen limitado de la decisión con el objeto de corregir los errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, sino que pueden interponerse sin sujeción a las rígidas causales que operan para los extraordinarios, los que adicionalmente requieren para su trámite la presentación de una demanda"⁵.

1.2 En segundo término, la norma exige que el error se encuentre contenido en una providencia judicial que esté en firme, lo cual tiene pleno sentido ya que si la misma todavía puede ser impugnada a través de los recursos ordinarios, no se configura el error judicial.

1.3 Finalmente, es necesario que la providencia sea contraria a derecho, lo cual no supone que la víctima de un daño causado por un error jurisdiccional tenga que demostrar que la misma es constitutiva de una vía de hecho por ser abiertamente grosera, ilegal o arbitraria. Basta, en estos casos, que la providencia judicial sea contraria a la ley, bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho)⁶.

3.2.2.1 Del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

El artículo 69 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como *"Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación"*.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2018, exp. 35371, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo (E)

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, exp. 16594, C.P. Mauricio Fajardo. En el mismo sentido, véase sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵ Ibid.

⁶ De cualquier forma será forzoso analizar con cuidado los argumentos esgrimidos por la parte actora, con el fin de detectar si lo que se cuestiona es, realmente, una actuación contraria a la ley o carente de justificación, o si el propósito del demandante es que se revise la decisión, como si el proceso en sede contencioso administrativa pudiera constituirse en una nueva instancia, desconociendo que *"el juicio al que conduce el ejercicio de la acción de reparación directa tiene como presupuesto la intangibilidad de la cosa juzgada que reviste a las providencias judiciales a las cuales se endilga la causación de un daño antijurídico (...)".* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, exp. 16.594, C.P. Mauricio Fajardo.

Finalmente, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

3.3 Caso concreto

En el presente asunto, el demandante atribuye responsabilidad a la Nación – Rama Judicial, aduciendo que la entidad presuntamente omitió efectuar control de legalidad dentro del proceso ordinario laboral 2011-00375 promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, al tramitar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia, apartarse de los argumentos expuestos en esta, y no valorar en debida forma las pruebas practicadas.

3.3.2 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Como se indicó en la jurisprudencia referida en líneas anteriores, es dable concluir que, el error judicial se materializa en la expedición de una providencia que no se ajusta a derecho, y en consecuencia deviene en irracional o caprichosa a la luz de la normativa aplicable a un caso concreto; partiendo de tal circunstancia, el Despacho determinará si las decisiones proferidas en el proceso ordinario laboral promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz incurrieron en el error que se les endilga, por lo que se hace necesario examinar el material probatorio allegado al plenario.

Al respecto del error judicial, el Consejo de Estado ha señalado:

“En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado se establecieron tres supuestos: el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad. En todo caso, conviene precisar que, aún con anterioridad a la expedición de la Ley Estatutaria, la jurisprudencia de esta Corporación había distinguido ya entre el contenido del denominado error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia.

Para que se abra paso la responsabilidad patrimonial del Estado, por el error judicial, es necesario que concurren los siguientes elementos: i) que dicho error esté contenido en una providencia judicial; ii) que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y iii) que el afectado hubiere interpuesto contra la citada providencia los recursos procedentes.

Es preciso anotar que se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho. Dicha responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia⁷. El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma procedente, pero además deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las providencias que contraríen el orden constitucional⁸.

No es necesario que la providencia sea constitutiva de una vía de hecho, esto es, que se trate de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que obedezca a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, como lo entendió la Corte Constitucional al condicionar la

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de diciembre de 2007, expediente 15.528

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de agosto de 1997, expediente 13.258

exequibilidad del artículo 66 de la Ley 270 de 1996⁹, porque ello implicaría desconocer la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto dicha disposición prevé que se debe indemnizar todo daño antijurídico que llegare a ocasionarse, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa¹⁰.

Dado que el artículo 90 de la Constitución de 1991 y la Ley 270 de 1996 conciben el error judicial de una manera objetiva, para su configuración basta que la providencia que lo contenga cause un daño antijurídico y que éste resulte imputable a la administración de justicia, pues la noción de culpa grave o dolo queda diferida a los eventos en los que se pretenda demostrar la responsabilidad personal del funcionario.

(...)

Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, inclusive antes, como se anotó, y de la Ley 270 de 1996, el Estado está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, esto es, que se haya causado un daño antijurídico, que éste resulte imputable a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial y que exista un nexo causal entre el primero y el segundo.”¹¹

Sobre el título jurídico de imputación de responsabilidad del Estado consistente en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“La Corporación ha sostenido que se está en presencia de este título jurídico de imputación en aquellos supuestos en los cuales la responsabilidad se deriva de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias de los jueces. En la anotada dirección, la Sala ha sostenido¹²:

“La doctrina española para diferenciar el error judicial del defectuoso funcionamiento explicó:

“... nos encontramos en el dominio de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre y cuando la lesión se haya producido en el ‘giro o tráfico jurisdiccional’, entendido éste como el conjunto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerán en el ámbito del error judicial); a sensu contrario, no entrarían en este concepto aquellas actividades que produjesen un daño -incluso si éste fuese identificado plenamente como achacable a la actuación de un Juez o Magistrado- si su actuación no se hubiese realizado en el mencionado ‘giro o tráfico jurisdiccional’, sino en otro tipo de actuaciones distintas.

En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho”¹³.

Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de

⁹ Sentencia C-037 de 1996.

¹⁰ Sentencia de 4 de septiembre de 1997, expediente No. 10.285.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de enero de 2012, expediente 22.205

¹² Sentencia de 22 de noviembre de 2001; C.P. Ricardo Hoyos Duque; exp. 13.164, reiterada en sentencias de 14 de agosto de 2008, exp. 16.594; de febrero 4 de 2010, exp. 17.956.

¹³ Nota original de la sentencia citada; Cobreros Mendazona, Eduardo. La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Madrid. Cuadernos Civitas. 1998, pág. 25.

error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, 'quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación' (Art. 69 ley 270 de 1996)" (Subrayas fuera del texto original)."¹⁴

En primer lugar, debe establecerse si la parte actora acreditó el cumplimiento de los requisitos formales, a efectos de que resulte procedente el análisis de fondo bajo el título de responsabilidad de error judicial.

Para lo anterior, el Despacho considera pertinente señalar que, en el caso bajo estudio y conforme a los hechos expuestos en la demanda, las providencias que se censuran como contentivas de error jurisdiccional, no se limitan únicamente a la sentencia del 31 de mayo de 2013 proferida por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, sino que, se encuentra que con anterioridad a esta, se emitieron otras dos providencias, en las que la parte actora ha podido alegar la presunta inconsistencia en torno al recurso de apelación.

En efecto, por una parte se tiene que, mediante auto del 14 de marzo de 2013, el Juzgado 12 Laboral de Descongestión de Bogotá concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada dentro del proceso 2011-00375, providencia que se notificó mediante estado del 15 de marzo de 2013. Por otra parte, el auto del 17 de abril de 2013, por medio del que la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá avocó el conocimiento del recurso de apelación y corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión de segunda instancia.

Al tenor de los artículo 63 al 64 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las anteriores providencias no eran susceptibles de ningún recurso.

Ahora bien, en lo que respecta a la sentencia del 31 de mayo de 2013 proferida por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, debe ponerse de presente que si bien contra la misma podía haberse interpuesto el recurso de casación, en materia de reparación directa por error jurisdiccional, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido clara en señalar que este recurso extraordinario no es requisito para estos casos.

Al respecto, el Consejo de Estado¹⁵ ha reiterado recientemente:

Huelga decir que los recursos de ley que menciona el artículo 67 de la Ley 270 de 1996, deben entenderse como los medios ordinarios de impugnación y no los recursos extraordinarios que requieren unas causales estrictas para su procedencia¹⁶.

Por lo tanto, el primer presupuesto se encuentra acreditado.

En cuanto a la firmeza de la sentencia del 31 de mayo de 2013 y demás providencias, se observa que esta última fue notificada por estrados y contra la misma no se interpuso recurso de casación, motivo por el que el expediente se devolvió al juez de primera instancia quien obedeció y cumplió, y ordenó el archivo del expediente, por lo que se constata que las decisiones quedaron debidamente ejecutoriadas y se encuentran en firme, de manera que se acredita el segundo presupuesto.

En torno al recurso de apelación interpuesto dentro del proceso ordinario, se observa que si bien se propendió por el recaudo de una certificación o constancia que señalara la fecha en

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación No. 17507.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 12 de diciembre de 2019, exp. 33.733, M.P.: María Adriana Marín.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 28 de septiembre de 2015, exp. 33.733, M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

la que se presentó el mismo, no fue posible obtenerlo, en la medida que el Juzgado 20 Laboral de Bogotá, quien al finalizar el proceso tuvo conocimiento sobre el mismo, no pudo dar fe de las actuaciones que fueran adelantadas por el Juzgado 12 Laboral de Descongestión de Bogotá, que fue suprimido por el Acuerdo PSAA13-9962 del 31 de julio de 2013.

No obstante lo anterior, dicha circunstancia no impide que este Despacho pueda adoptar una decisión conforme a las pruebas que reposan, pues conforme a la copia de la totalidad del expediente 2011-00375, se observa que a folio 249-250 figura el recurso de apelación que interpuso el Instituto de Seguros Sociales, el que si bien carece de sello y fecha de recibido, no evidencia que constituya irregularidad, en la medida que por parte de la Secretaría del Juzgado 12 Laboral de Descongestión de Bogotá, se hizo dar fe que el mismo se presentó y sustentó en tiempo en debida forma, tanto así que el juez concedió el mismo en el efecto suspensivo.

Nótese que concediéndose el recurso de apelación, admitiéndose el mismo y corriéndose traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión en segunda instancia, ninguna de las partes, en especial de la aquí demandante, manifestó reproche alguno respecto de la presunta irregularidad y extemporaneidad del recurso, de manera que no se avizora la existencia de alguna anomalía en el trámite del proceso ordinario laboral.

Así mismo, el Despacho resalta que el artículo 66¹⁷ del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social disponía lo siguiente:

ARTÍCULO 66. Serán también apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo, de palabra en el acto de la notificación, o por escrito, dentro de los tres días siguientes; interpuesto en la audiencia, el Juez lo concederá o denegará inmediatamente; si por escrito, resolverá dentro de los dos días siguientes.

De la anterior norma se extrae que el recurso de apelación debía interponerse dentro del término de 3 días siguientes a la notificación o en audiencia en el mismo acto, en este último evento, se concedería el recurso inmediatamente. Conforme a las pruebas aportadas al proceso es claro que, el recurso se interpuso por escrito, pues de esta forma fue que se concedió.

Sin embargo, en torno a la irregularidad que adujo la parte actora, debe ponerse de presente que si bien el recurso formulado por el Instituto de Seguros Sociales carece de sello y fecha de recibido, conforme la fe dada tanto por la secretaria como por el juez pertenecientes al Juzgado 12 Laboral de Descongestión de Bogotá, este se presentó en el término legal, pues no de otra forma este se concedió, se admitió y resolvió por el superior.

Sobre el particular, si bien el artículo 107 del CPC hacía referencia a la forma de presentación y trámite de memoriales e incorporación de escritos y comunicaciones, precisando que el secretario hará constar la fecha de presentación de los memoriales que reciba, pero solo pasará al despacho de modo inmediato y con el respectivo expediente, aquellos que requieran decisión, en el caso en concreto si bien no se avizora sello con constancia de presentación, esto no quiere decir que el servidor público, en ejercicio de sus funciones, incurrió en alguna conducta penal o disciplinaria, pues dando fe que el memorial se presentó en tiempo, lo ingresó al despacho para que se emitiera pronunciamiento sobre el mismo.

Si bien el Despacho no desconoce la eventual inconsistencia que esta actuación podría representar, en tanto no permite corroborar a las partes la fecha en que se presentó el

¹⁷ Norma vigente para la fecha en que se presentó la demanda ordinaria laboral conforme al Acuerdo No. PSAA11-8172 (Junio 9 de 2011).

recurso, dicha circunstancia resulta insuficiente para declarar la responsabilidad de la entidad demandada, pues por parte de los funcionarios y empleados judiciales, se dio fe de la presentación del recurso en tiempo, aspecto respecto de que, se reitera, la parte actora no realizó reproche alguno durante la concesión del recurso e incluso en el trámite de segunda instancia, convalidando de esta forma las actuaciones procesales adelantadas.

Adicionalmente, de contarse los términos con los que se contaba para apelar el fallo del 28 de febrero de 2013, el término vencía el 5 de marzo, de suerte que al ingresarse el expediente al Despacho el 8 de marzo de 2013, no se observa que hubiera transcurrido un tiempo considerable para deducir una anomalía, pues solo transcurrieron 3 días después del vencimiento del término legal para la interposición del recurso, aspecto que conlleva a inferir razonablemente que no se configuró una extemporaneidad en la presentación del recurso.

Aunado lo anterior, tampoco obra prueba adicional que acredite que la secretaria y el juez laboral hayan incurrido en alguna actuación sancionable a título disciplinario y penal, en el que se haya censurado la presunta irregularidad en el trámite del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en el proceso promovido por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, por lo tanto, no se corrobora un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Así mismo en lo que se refiere al control de legalidad que se ha debido efectuar por los funcionarios judiciales, se encuentra que el mismo si se efectuó, en tanto al no avizorarse y alegarse alguna irregularidad en el proceso, pues conforme a la fe dada de la presentación en tiempo del recurso de apelación, el juez de segunda instancia tramitó en debida forma el recurso, al punto que en el fallo se indicó que no existía ninguna causal de nulidad que invalidara lo actuado. Adicionalmente, todas las providencias, desde la concesión de recurso de apelación hasta el fallo de segunda instancia, fueron notificadas en debida forma a las partes.

Debe ponerse de presente que, de conformidad con el artículo 83 de la Constitución Política, 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 éstas.

En torno a la existencia o no de alguna irregularidad que conllevara a aplicar medidas de saneamiento o que generaran nulidad, el Despacho pone de presente que la parte actora tampoco hizo uso de esta figura para alegar las presuntas inconsistencias, ni tampoco elevó escrito alguno con la intención que, de manera oficiosa, se revisara por los jueces laborales dicho aspecto, silencio que también convalidó el trámite del proceso.

Se avizora que la parte actora pretende retrotraer una actuación y generar censura respecto del fallo de segunda instancia, aspecto que ha podido realizar con la interposición de un incidente de nulidad, la manifestación en los alegatos de conclusión de segunda instancia e inclusive con la formulación del recurso de casación, herramientas que no fueron utilizadas, siendo dicha omisión únicamente imputable a la parte actora, quien tan solo un año después de proferido el fallo de segunda instancia (14 de mayo de 2014)¹⁸ pretendió, con la interposición de una tutela por estos aspectos, la que fue negada por parte de la Corte Suprema de Justicia por no cumplirse con el requisito de inmediatez, demostrar la existencia una irregularidad procesal.

En lo que se refiere a los argumentos del recurso de apelación, se observa que este se sintetizó en que las circunstancias individuales del trabajador no obligaban a la modificación o reclasificación del contrato, pues el grado salarial y nomenclatura que

¹⁸ Ver consulta de procesos Rama Judicial expediente 11001020500020140068800

aducía la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz, era casi igual al que ostentaba. Así mismo, que la asignación de labores no desbordaba los límites del empleo desempeñado y quien eventualmente debía responder era el Instituto de Seguros Sociales y no Colpensiones.

Ahora bien, de la lectura de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2013 por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, se expuso como argumento de la apelación la inexistencia de obligación por parte del Instituto de Seguros Sociales de reliquidar los salarios y prestaciones de la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz como coordinadora V.

Para recovar la sentencia de primera instancia y negar las pretensiones, conforme al artículo 177 de CPC, se indicó que la parte actora no probó los fundamentos de la demanda, en la medida que la prueba documental y testimonial no acreditaban las presuntas circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz se desempeñaba como coordinadora V en el periodo 1996-2007.

La Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá consideró que los testimonios no eran claros, enfáticos, coherentes y precisos en señalar que la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz haya ejercido en forma específica e ininterrumpida las funciones del cargo alegado, ni tampoco que se haya desempeñado en idénticas condiciones a una coordinadora V.

Por lo tanto, el Despacho encuentra que, contrario a lo afirmado por la demandante, la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá si fundamentó su decisión, precisamente en la valoración de las pruebas y conforme al argumento de apelación, pues este se centraba en establecer que no surgía ninguna obligación del Instituto de Seguros Sociales de reliquidar los salarios y prestaciones de la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz como coordinadora V, en lo que la valoración de los testimonios y prueba documental no corroboraban tal aspecto.

En esa medida, no se advierte diferencia alguna entre los argumentos de apelación y lo resuelto por la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá, en tanto para resolver de fondo el recurso, se debía establecer si con fundamento en las pruebas practicadas, la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz se desempeñó o no realizando labores como las del cargo de coordinadora V.

Tampoco se acreditó en el presente medio de control que, por parte de la Sala Fija Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Bogotá se incurriera en una inadecuada valoración de las pruebas a efectos de configurar un error jurisdiccional, en tanto la decisión fue adoptada con base a las pruebas aportadas al proceso, ni mucho menos se acreditó una falta de aplicación de la norma o de la indebida aplicación de la misma, a efectos de configurar un error sustantivo y por ende el error judicial alegado.

En efecto, según el dicho de los testimonios practicados al interior del proceso ordinario laboral, quienes nada referenciaron respecto las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que presuntamente la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz realizaba labores como las del cargo de coordinadora V, pues únicamente se centraron en señalar que si las hacía, pero no indicaron en que se fundamentaban, cuáles eran y la forma de realización de estas, era dable para el juez determinar que no tales pruebas no acreditaban el hecho objeto de prueba, situación que le correspondía a la actora probar.

De manera que, conforme a lo anterior, no se presentó una vulneración al principio de consonancia señalado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, que indica que la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación,

pues en este caso se observa que la competencia para dirimir el recurso, se basó en los argumentos expuestos en la apelación, dirigidos a exponer la inexistencia de la obligación de reliquidar la mesada pensional solicitada por la señora Luz Marina Gutiérrez Díaz

Bajo esta perspectiva, el Despacho considera que las decisiones censuradas no resultan contrarias a derecho y, en tal sentido, no es procedente acoger el argumento esgrimido por la parte actora, según el cual, la sentencia del 31 de mayo de 2013, y los autos por los que se concedió y se admitió el recurso de apelación formulado por el Instituto de Seguros Sociales son contentivas de un error jurisdiccional, con vocación de comprometer la responsabilidad patrimonial de la Nación – Rama Judicial, y así se declarará.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado indicando que el Despacho no encontró acreditado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y error judicial atribuido a la demandada, a efectos de que se configure responsabilidad extracontractual.

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 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 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 apoderada de la parte actora hizo presencia en la audiencia inicial y a la de práctica de pruebas y 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 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 actora 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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-0035700
Demandante :	Leonor Sofía Mercado y Otros
Demandado :	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 48**

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 Cesar Augusto Jiménez Mercado, Leonor Sofía Mercado quien actúa en nombre propio y representación de su menor hijo Álvaro Jesús Iglesias Mercado presentaron 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 como consecuencia del fallecimiento del señor Francisco Alberto Pérez Grau, en hechos ocurridos el 6 de febrero de 2014.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales y morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 2 – 3 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora señaló que el señor Francisco Alberto Pérez Grau se encontraba interno en la cárcel La Modelo de Barranquilla, en calidad de no condenado.

Refirió que, el día 27 de enero de 2014, dentro de dicho establecimiento penitenciario se presentó un motín que terminó en un incendio, en que perdieron la vida varios reclusos, entre estos, el señor Francisco Alberto Pérez Grau.

Precisó que debido a las lesiones y quemaduras sufridas por el interno fue atendido por personal médico del Hospital Adela de Char, desde el día de los hechos hasta el día 6 de febrero de 2014, cuando se presentó su deceso.

Adujó que el Estado por conducto del INPEC no protegió y no garantizó la vida de los reclusos lesionados y fallecidos, por lo tanto, dicha entidad era responsable por los perjuicios causados.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

Mediante escrito radicado el 31 de enero de 2017, la entidad demandada se pronunció respecto de la presente demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Refirió que, la entidad no era responsable del fallecimiento del interno Francisco Alberto Pérez Grau, por cuanto los internos del pabellón 7B entraron en desobediencia contra el ordenamiento del establecimiento carcelario, originando el desorden y el motín donde murió el interno.

Manifestó que la situación objeto de controversia, se originó por la conducta desplegada por los internos, toda vez que, ejecutaron actividades que resultaron lesivas para su propia integridad.

Indicó que, en el caso objeto de estudio se configuraba la causal de eximente denominada *hecho de un tercero*.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 24 de abril de 2015 (f. 74 c. principal), mediante auto proferido el 23 de octubre de 2015, se inadmitió la demanda y seguidamente, el juzgado admitió la demanda a través de auto del 4 de marzo de 2016 (f. 104 c. principal).

El día 10 de julio de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl.355 a 357 c. principal).

Posteriormente, el día 12 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. 383 - 384).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 26 de febrero de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

El apoderado de la parte actora reiteró la situación fáctica expuesta en el escrito de la demanda, adicionalmente refirió que de acuerdo al material probatorio que reposaba en el expediente, se encontraba acreditada la responsabilidad de la entidad demandada.

Así mismo, indicó que en el presente asunto se encontraba acreditada la calidad con la que actuaban los demandantes y por ende, era procedente el reconocimiento de perjuicios en favor de los mismo.

1.5.2. La entidad demandada

A través de escrito radicado el 26 de febrero de 2019, la apoderada de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión.

Indicó que, en el presente asunto la señora Leonor Sofia Mercado comparecía en calidad de compañera permanente del señor Francisco Alberto Pérez Grau, por lo que existía a cargo de la parte actora probar tal condición, sin que se advirtiera que obrara prueba que acreditara la convivencia de los referidos, es decir que, no se encontraban demostrados los supuestos para que se configurara una unión marital de hecho.

Adicionalmente refirió que, tampoco se encontraba probada la relación del interno con Álvaro Jesús Iglesias Mercado y Cesar Augusto Jiménez Mercado, quienes actúan en calidad de hijos de crianza.

Finalmente indicó que, no obraba material probatorio que demostrara que, el INPEC era responsable del incendio en el que resultó herido el señor Francisco Alberto Pérez, en tanto que dicha situación fue generada por terceros.

1.5.3. 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 del fallecimiento del señor Francisco Alberto Pérez Grau cuando se encontraba recluso en el establecimiento carcelario la Modelo.

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 el fallecimiento del señor Francisco Alberto Pérez Grau, cuando se encontraba recluso en el establecimiento carcelario la Modelo, presuntamente por falta de vigilancia del cuerpo de seguridad y vigilancia.

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 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 2° inciso 2°, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas

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).

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 tardivamente 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".

Responsabilidad del Estado por muerte o lesión de detenidos o reclusos –reiteración jurisprudencial.

Quando se trata de daños causados a personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo³ ha considerado lo siguiente:

"Siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, y que han sido acogidos por esta Sala, el Estado debe garantizar la protección del derecho a la vida del recluso o detenido bajo la siguiente premisa:

"(...) La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno. Dicha obligación aparea la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos. Esto aparea la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado".

Conforme al criterio anteriormente expuesto, es claro que, cuando se trata de personas que se encuentran privadas de la libertad, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la integridad del recluso, atendiendo las limitaciones en las que estos se ven inmersos.

Ahora bien, el Despacho advierte que, la presente controversia surgió con ocasión de las lesiones causadas a una persona que se encontraba privada de la libertad, en esa medida, por tratarse de un riesgo producto de estar recluso en centro penitenciario, es importante analizar los títulos de imputación aplicables en el presente asunto.

Al respecto, en la providencia anteriormente citada, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, proceso (37497) C.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

"La jurisprudencia de la Corporación ha modificado paulatinamente el título de imputación bajo el cual se gobiernan los casos en que resulte herido o muerto un recluso o un detenido dentro de un centro carcelario o penitenciario que se encuentra bajo la guarda de la autoridad competente, para el cumplimiento de la condena penal que se haya impuesto o la medida de aseguramiento que se haya determinado para garantizar el curso normal del proceso penal correspondiente. Bajo esta perspectiva, en un principio se aplicó la falla presunta del servicio en atención a que:

"(...) [E]n casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la adecuada prestación del servicio vincular mayor número de personas que colaboran con el cumplimiento de este cometido (...)".

Posteriormente surgió un cambio respecto a la forma como las autoridades carcelarias cumplen los cometidos obligacionales en cuanto a la protección y seguridad que deben brindar a los internos de los centros penitenciarios y carcelarios; es por ello que se aplicó en diversas decisiones la falla probada en el servicio como criterio de imputación, considerando, en términos generales, que tales autoridades tiene a su cargo dos obligaciones concretas: i) la custodia y ii) la vigilancia y en el evento en que ocurra una lesión o se cause la muerte de un recluso o un detenido, el Estado es responsable de tal daño por cuanto quebranta por omisión los deberes que le han sido impuestos.

Ahora bien, en diferentes ocasiones esta Corporación ha enmarcado la responsabilidad del Estado bajo el título de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad y conforme al artículo 90 de la Constitución Política, pues en estos casos se presentan relaciones especiales de sujeción.

(...)

Ahora bien, la Sala reitera que con fundamento en la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado "(...) la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar (...)"⁴. En desarrollo de esta consideración, esta Subsección analizará conjunta e integralmente el acervo probatorio y determinará si el caso se ajusta a alguna de las motivaciones o títulos de imputación acogidos por esta jurisdicción, o, si en su defecto, se evidencia una causal eximente de responsabilidad".

Así las cosas, es claro que si el Estado no devuelve a los ciudadanos a la sociedad en condiciones similares a aquellas en las que los retuvo, puede imputarse responsabilidad mediante el régimen de responsabilidad objetiva, por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado, en virtud de la que se ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad; además, si incumple con un deber legal de protección o seguridad hacia el recluso como consecuencia de una imprevisión que se salga de los reglamentos institucionales, responderá pero en esta oportunidad, a título de 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 causadas al señor Francisco Alberto Pérez Grau al interior del establecimiento penitenciario La Modelo, circunstancia que presuntamente acaeció ante la falta de vigilancia por parte del cuerpo de vigilancia del INPEC.

⁴ Sentencia Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 24392. *"En este orden de ideas, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar, desde una perspectiva constitucional y legal, los diversos casos traídos a su consideración sin que ello signifique que pueda entenderse que existe un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe estar en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado tal y como fueron explicados previamente en esta providencia."*

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"*⁵.

Igualmente, ha señalado el II. 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.""*⁶ (Negrilla fuera del texto)

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

-Copia del Registro Civil de Defunción del señor Francisco Alberto Pérez Grau que reporta como fecha de la misma el 6 de febrero de 2014 (fl. 26).

Del citado documento, se tiene probado que el señor Francisco Alberto Pérez Grau murió el 6 de febrero de 2014.

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:

En primer lugar, se advierte que obra copia de los registros de minuta, de la que se extrae:

Fecha Hora Asunto
27/01/14 21:40 Novedad Pabellón B
Anotación

Siendo aproximadamente las 21:10 horas del día de hoy, estando de servicio en el comando de guardia, informa el patrullero del patio B Dq Dairo Calle, que desde la reja principal objetivo que se presentaba una riña entre internos del pasillo 7, en el cual habitan (194) internos, de forma inmediata vía radial al personal que se encontraba de servicio, comunicando que en el interior del pasillo se observa fuego y humo; de acuerdo a este reporte se procedió a llamar a los bomberos y la Ponal para solicitar apoyo ante la emergencia. El dq procedió a ingresar al pabellón para abrir el pasillo, pero viéndose obstaculizado por (03), que tumbando unas de las rejas de la ventana salen con armas blancas de fabricación carcelaria, con el tamaño aproximadamente de un machete, aliterados y con intención de agredir al funcionario, el cual procedió a pedir apoyo vía radial de todo el personal de guardia disponible. Estas reaccionaron e ingresaron con extintores que al tratar de accionarlos, se procedió a intentar abrir la reja y al llegar a ella esta se encontraba en alta temperatura y con fluido eléctrico; se logró abrir la reja soportando las

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁶ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

circunstancias y se empezó a evacuar los internos, cuando la guardia ingresó a intentar apagar el fuego pero los extintores que servían no dieron abasto para mitigar las llamas ya que este se había propagado hasta el fondo del pasillo, impidiendo la salida de los internos por la reja principal del pasillo; de inmediato se procedió a tumbar las rejas de las ventanas, las cuales también encontrándose bajo fluido eléctrico dificultaban ser derribadas. Con ayuda de los internos de los demás pasillos se logró evacuar el personal que llegaba hasta las ventanas y sacarlos hasta el área de sanidad y puerta principal para brindarle los primeros auxilios y los que ameritaran mayor atención por su delicado estado de salud fueron trasladados a los diferentes hospitales y centros de salud de la ciudad.

De igual manera se encuentra que, obra oficio DIRE-301-0016 del 30 de enero de 2013⁷, suscrito por el Director del Establecimiento ECBA JYP, por medio del que se presentó informe de los hechos acaecidos el 27 de enero de 2014, registrándose entre otras cosas la siguiente información:

Siendo las 04:00 horas del 28 de Enero de 2014; hizo presencia el Grupo de Reacción Inmediata GRI del INPEC, quienes ingresaron al interior del pabellón B con el fin de retomar el control interno, seguidamente ingreso el personal de la Policía Judicial de la SIJIN, con el fin de realizar la inspección del lugar de los hechos y efectuar el levantamiento técnico de cadáveres, donde fueron hallados 06 cuerpos sin vida; procedimiento que igualmente se efectuó en el Hospital Niño Jesús donde se efectuó el levantamiento de 04 cadáveres, todos ellos trasladados hasta el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para su plena identificación.

LITADO DE INTERNOS TRASLADADOS A LA RED HOSPITALARIA

3. Francisco Pérez Graut

(...)

Así las cosas, del material probatorio arrojado al expediente, el Despacho encuentra acreditado que, el señor Francisco Pérez Graut, encontrándose privado de la libertad presentó lesiones y luego falleció como consecuencia de un botín promovido por internos del establecimiento penitenciario la modelo.

Ahora bien, además de lo anterior, para resolver la imputación del daño, el Despacho considera pertinente invocar lo dispuesto por la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) y el Decreto 300 del 7 de febrero de 1997, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos y mediante el cual se aprobó el Acuerdo No. 0017 del 12 de diciembre de 1996 y se modificaron los estatutos y la estructura interna del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Así, se prevé que el artículo 5º de dicho Decreto, que enuncia los objetivos del INPEC, en su numeral 2º determina como uno de esos objetivos: *"Hacer cumplir las medidas de aseguramiento, las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad, que establezcan las autoridades judiciales"*. (Subrayado fuera de texto).

A su vez, el artículo 6º- numeral 4º del mismo Decreto, relaciona dentro de las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la de: *"determinar sistemas de seguridad, vigilancia y control al interior y al exterior de los establecimientos de reclusión"*.

Ahora bien, el artículo 44 de la Ley 65 de 1993 indica:

"ARTÍCULO 44. DEBERES DE LOS GUARDIANES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tienen los siguientes deberes especiales, además de los que señalen su estatuto y los reglamentos general e interno:

(...)

c) Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso la vigilancia visual;

d) requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados conforme al reglamento;

g) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para

⁷ Folio 149 a 151

*conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario.
(...)"*

Conforme a lo anterior, es dable precisar que se han expedido una serie de normas con el fin de regular las actuaciones que conlleven la ejecución de las penas privativas de la libertad, dentro de un establecimiento penitenciario, con el fin de implementar una serie de reglas aplicables tanto para el personal encargado de la prestación de servicio de seguridad como para los reclusos.

Así mismo, se extrae que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria tienen la obligación de proteger y vigilar a los reclusos en los centros carcelarios, así como, adelantar los respectivos controles tanto al interior del penal como a las personas que ingresan.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por causa de la afectación de la integridad física de los reclusos, dentro de un establecimiento carcelario, el II. Consejo de Estado⁸ ha precisado:

"La Sala ha fundamentado la responsabilidad del Estado por causa de la afectación de la integridad física de los reclusos, dentro de un centro carcelario o penitenciario, en la tesis de "condiciones especiales de sujeción", en el entendido que "el hecho de que una persona se encuentre internada en un centro carcelario implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el recluso se encuentre en una "condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta (...) "9.

De acuerdo con los parámetros señalados por la Corte Constitucional y que han sido acogidos por esta Sala, el Estado debe garantizar la protección del derecho a la vida del recluso bajo la siguiente premisa:

"[...] La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

[...]

En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno¹⁰. Dicha obligación apareja la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos¹¹. Esto apareja la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado¹²".

Conforme a lo anterior, surgen las llamadas relaciones especiales de sujeción, en las que de acuerdo con el precedente constitucional¹³:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2018, C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas. Radicación número: 73001-23-31-000-2005-02431-01(40429)

⁹ Sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 19725. Así mismo se puede observar la postura en las siguientes sentencias: 27 de abril de 2006, expediente: 20125; 30 de agosto de 2006, expediente: 27581; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 29 de enero de 2009, expediente: 16975; 26 de mayo de 2010, expediente 18800.

¹⁰ Sentencia T-265 de 1999.

¹¹ Ibid. En igual sentido, T-208 de 1999.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998. En similares términos lo ha manifestado el Consejo de Estado en sentencias del 27 de noviembre de 2002, expediente: 13760. 12 de febrero de 2004, expediente: 14.955 y del 24 de junio de 2004, expediente 14.950, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996.

¹³ La continua tesis se observa en las sentencias de la Corte Constitucional T- 133 de 2006, T- 793 de 2008, T- 023 de 2010, T-435/09, entre otras. Así mismo, esta Corporación ha hecho eco de lo expresado por los precedentes constitucionales en sentencia del 16 de mayo de 2010, expediente: 18800; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 29 de enero del 2009, expediente: 16975 y 24 de marzo de 2011, expediente: 22269.

"(...) implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)".

Conforme al anterior criterio jurisprudencial es claro que, las personas privadas de la libertad se encuentran en condiciones especiales, por cuanto que su situación implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado, circunstancia que origina que, el recluso se encuentre en una condición de *vulnerabilidad o debilidad manifiesta*, por lo que, surge una relación jurídica a efectos de propender por el respeto de los derechos del recluso protegiendo la vida y la integridad personal, prerrogativas que deben ser garantizadas sin importar la situación jurídica del individuo.

En consecuencia, es claro que, en virtud a la relación de sujeción, es posible atribuir responsabilidad al Estado por los daños padecidos por los reclusos, en tanto que, constituye una obligación para el establecimiento carcelario ejercer un control sobre los internos, y por ende, garantizar su seguridad e integridad personal y, así mismo, mantener el orden a efectos de que no se produzcan desmanes al interior de la institución.

Como se advirtió con anterioridad, el señor Francisco Pérez Grau sufrió quemaduras que produjeron su deceso y que fueron causadas dentro de un motín generado por otros internos cuando se encontraba bajo la custodia y vigilancia del INPEC, lo que conlleva a inferir que, dicha entidad incumplió el deber de evitar que se originaran situaciones que llegaran a transgredir la integridad de los internos.

Al respecto es importante precisar que, dicha institución tiene la obligación de garantizar la vigilancia, protección y seguridad de los internos, en virtud de la relación de especial sujeción que existe entre las personas privadas de la libertad y el Estado. Por lo tanto, a partir de dicha relación surge el deber de impedir que otros reclusos, particulares o el personal de vigilancia, amenacen la vida e integridad personal de los internos.

Atendiendo las circunstancias acaecidas en el presente asunto, es claro que el personal de guardia no adelantó el control y vigilancia adecuado a efectos de evitar la situación presentada el 27 de enero de 2014, en los que resultó muerto el señor Francisco Pérez Grau.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos aludidos por la parte demandada encaminados a que se declare probada el eximente de responsabilidad de *hecho de un tercero*, el Despacho advierte que, dicha situación no se encuentra probada en el caso objeto de estudio, en tanto que, se encuentra que con ocasión a los hechos ocurridos el 27 de enero de 2014, se adelantó proceso disciplinario el que mediante Resolución No. 00719 del 3 de septiembre de 2014¹⁴, en el que se dispuso:

En consecuencia, se tiene como los mayores responsables de los hechos ocurridos el día 27 de enero de 2014, a los internos CARLOS MARIO GONZALEZ CARDENAS, JEISON YESID REYES DE LA HOZ, BRAYAN JESUS MENDEZ CASANTILLO, JESUS ENRIQUE SALAS DE SALAS, que nos indican que no existe duda razonable sobre su participación en la violación al Régimen Internos del Establecimiento

Por lo expuesto, se tiene que, por los hechos del 27 de enero de 2104, se imputó responsabilidad a unos internos, sin embargo, dicha circunstancia no exime de

¹⁴ Folio 203

responsabilidad a la entidad demandada, por cuanto se tiene acreditado que en el caso específico se incumplió el deber de protección de la integridad personal de los internos al no ejecutar actos propios con el fin de evitar la ocurrencia del motín presentado y en todo caso, prevenir que los propios internos manipularan elementos con los que pudieran generar un motín y un incendio.

En ese orden de ideas, en el presente asunto se encuentra acreditado que, el señor Francisco Pérez Grau ingresó el 12 de junio de 2013 al Establecimiento Carcelario de Barranquilla, Regional Norte, y encontrándose privado de libertad sufrió lesiones causadas en un motín que posteriormente conllevaron a su fallecimiento.

Así las cosas, del material probatorio que obra en el expediente es procedente imputar responsabilidad a la entidad demandada, por cuanto se encuentra acreditada la irregularidad que permite configurar la falla del servicio, por cuanto tal y como se explicó en líneas anteriores, se avizora la infracción de las obligaciones legales de protección y seguridad del recluso previsto en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior en tanto que, es claro para este Despacho que, el INPEC no adoptó medidas adecuadas para proteger la vida e integridad del interno, razón por las que es atribuible responsabilidad a la entidad demandada, pues permitió que al interior de sus instalaciones, algunos internos tuvieran la posibilidad de contar con elementos para la fabricación carcelaria de armas blancas, y en todo caso, elementos para provocar un incendio, aspecto este último que conllevó a las lesiones y fallecimiento del señor Francisco Pérez Grau.

Así mismo, tampoco se acreditó que el señor Francisco Pérez Grau haya sido una de las personas que participó de manera activa en el motín, y que este contribuyó a la generación del incendio que generó sus lesiones y posterior fallecimiento, pues la entidad demandada no adelantó actividad probatoria alguna para corroborar esta situación.

Establecida la responsabilidad de la demandada por el fallecimiento del señor Francisco Pérez Grau procederá el Despacho a efectuar la correspondiente,

6. Liquidación de los Perjuicios:

6.1 Perjuicios Morales

En el presente asunto, se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de los Leonor Sofia Mercado, Álvaro Jesús Iglesias Mercado y Cesar Augusto Jiménez Mercado.

En relación a la prueba de la existencia del daño moral, se ha considerado que en los parientes del afectado, cuando se logra acreditar el parentesco, se presumen hasta el segundo grado de consanguinidad¹⁵ y primero civil, es decir, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañero(a) permanente. Lo anterior, teniendo en cuenta que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua.

En el presente asunto, la señora Leonor Sofia Mercado actúa en calidad de compañera permanente del fallecido Francisco Pérez Grau, el Despacho advierte que, a efectos de acreditar tal relación se aportaron las siguientes pruebas:

- Registro Civil de Nacimiento de Francisco Alberto Pérez Mercado, documento en el que se registró como padre al señor Francisco Alberto Grau y Leonor Sofia Mercado¹⁶

¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado del 30 de junio de 2011, consejero ponente Danilo Rojas Betancourth. Cuando ha tratado el tema de la prueba de la existencia de los perjuicios morales en los parientes del afectado, esta Corporación ha considerado que el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente (Negrilla fuera de texto).

¹⁶ Folio 24

- Oficio del 6 de febrero de 2014, suscrito por el Fiscal Cuarto Seccional Uri, Barranquilla, a través del que se solicitó la entrega del cadáver del señor Francisco Alberto Pérez Grau a su compañera permanente Leonor Sofía Mercado.¹⁷
- Declaración juramentada del 28 de abril de 2009 por la señora Yarled Pérez Grau ante la Notaria Segunda del Circuito de Barranquilla, en la que indicó que los señores Francisco Alberto Pérez Grau y Leonor Sofía Mercado, sostenían una unión marital de hecho¹⁸, prueba que no fue tacha por la entidad demandada y no fue solicitada su ratificación.
- Cartilla bibliográfica en la que se registró como cónyuge del señor Francisco Pérez Grau, a la señora Leonor Mercado¹⁹.
- Reporte de ingreso y salida de visitas efectuadas al interno por parte de la señora Leonor Sofía Mercado

Atendiendo las anteriores pruebas, el Despacho tiene por acreditado los lazos de solidaridad y afecto que se desprenden de la relación aludida por la demandante.

Así las cosas, dado que en el caso objeto de estudio es posible evidenciar las características que identifican la relación de afecto y ayuda mutua entre la señora Leonor Sofía Mercado y señor Francisco Pérez Grau, se efectuara reconocimiento de perjuicios a su favor.

De igual manera, se encuentra que en el presente asunto César Augusto Jiménez Mercado y Álvaro Jesús Iglesias Mercado, actúan en el presente asunto en calidad de hijos de crianza del señor Francisco Pérez Grau.

Sobre el particular, se observa que en el expediente reposan pruebas que dan indicio de tal calidad, en tanto que, una vez revisada la cartilla bibliográfica se observa que la víctima registro que tenía 3 hijos, circunstancia con la que a todas luces se puede inferir que entre el señor Francisco Pérez Grau, César Augusto Jiménez Mercado y Álvaro Jesús Iglesias Mercado se formaron lazos afectivos, llegando estos a ser considerados por parte de la víctima como sus hijos.

A su vez es importante precisar que, dicha relación se pudo fortalecer debido a los vínculos de unión suscitados entre el hijo del señor Francisco Pérez Grau y la señora Leonor Sofía Mercado y los referidos.

Al respecto es importante indicar que la jurisprudencia del Alto Tribunal Constitucional ha señalado *"la familia no se conforma únicamente por vínculos naturales y jurídicos, sino que se extiende a los lazos de amor, solidaridad y convivencia, como por ejemplo entre padre e hijos de crianza"*²⁰.

En consecuencia, para el caso que nos ocupa es claro que se infiere la relación de afecto o una cercanía que mantuvieron el señor Francisco Pérez Grau con los demandantes razón por la que se encuentran legitimados por activa. Por lo tanto, es dable el reconocimiento de perjuicios en favor de César Augusto Jiménez Mercado y Álvaro Jesús Iglesias Mercado.

En lo que tiene que ver con los perjuicios morales, el Despacho tendrá en cuenta que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia frente a la indemnización por el perjuicio moral a reconocer a sus familiares en caso de muerte²¹.

La siguiente tabla recoge lo expuesto en cuanto a la reparación del perjuicio moral en caso

¹⁷ Folio 27

¹⁸ Folio 34

¹⁹ Folio 215.

²⁰ Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia del 17 de mayo de 2016, Exp. 73001233100020090054201 (41054)

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, MP. Enrique Gil Botero, Expediente 31170, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, MP. Olga Mélida Valle de la Hoz, Expediente 31172.

muerte:

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 2° grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3° grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° 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, en los términos de la jurisprudencia en cita, se reconocerán por concepto de perjuicios morales los siguientes valores:

Para la señora Leonor Sofia Mercado, en calidad de compañera permanente, para César Augusto Jiménez Mercado y Álvaro Jesús Iglesias Mercado en calidad de hijos de crianza, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia, para cada uno.

6.2. Perjuicio moral transmisible

Revisada la demanda, se advierte que la parte actora solicitó el reconcomiendo de perjuicios causados a la víctima directa que le fueron causados con ocasión del padecimiento que sufrió de forma previa a la consumación del hecho dañoso.

Al respecto se advierte que, el H. Consejo de Estado²², ha precisado:

“En esa oportunidad la Sala precisó que el perjuicio moral transmisible es aquel que, habiendo experimentado en vida la persona fallecida, le confirió el derecho a obtener una indemnización, crédito que “formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales condiciones”. Adicionalmente señaló que, para la reclamación de este crédito, los demandantes en reparación directa debían acreditar dos aspectos: “la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa, de una parte y, el título hereditario invocado, que [los] legitima en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para [su] reconocimiento”.

Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada sin sobresaltos tanto por el pleno de la Sección Tercera, antes de ser dividida en Subsecciones, como por estas últimas que, en síntesis, han considerado que el derecho a la indemnización de perjuicios puede ser reclamado “bien por su titular o por sus sucesores mortis causa, en cuanto continuadores de su personalidad, que ocupan la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por el fallecimiento”; tesis consonante con la sostenida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia”.

Así las cosas, conforme al anterior criterio jurisprudencial, el Despacho encuentra que para el caso que nos ocupa se encuentra acreditado que, los demandantes en los términos del artículo 1045 del Código Civil, no tienen vocación hereditaria, en tanto que en el presente asunto los demandantes ostentan por una parte, la calidad de compañera permanente y por otra la de hijos de crianza, circunstancia por la que, no se probó que ante la ausencia de hijos reconocidos o padres, estos fueran los legitimados para reclamar en nombre de la sucesión del señor Francisco Pérez Grau la indemnización de los perjuicios inmateriales que aquel hubiere presuntamente sufrido como consecuencia del hecho dañoso.

Por tal motivo se negará el reconocimiento de este perjuicio.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-01559-01(38635), C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

6.3. Perjuicios Materiales

En el presente asunto se advierte que, los demandantes solicitaron el reconocimiento de perjuicios materiales.

En lo que atañe al reconocimiento de perjuicios materiales el Despacho encuentra que, los mismos se decretan una vez se efectuó un estudio razonable de las pruebas allegadas que permitan deducir la pérdida de ingresos tal y como lo dispuesto el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo²³ en reciente pronunciamiento:

"Los perjuicios materiales solo pueden decretarse previo estudio motivado y razonado que tenga en cuenta las pretensiones y las pruebas aportadas por la parte; así, solo se puede conceder al demandante el perjuicio reclamado, a partir de la apreciación razonada y específica que el juzgador realice de los medios probatorios obrantes en el expediente, en la que se consideren las circunstancias concretas que permitan deducir que, en efecto, la detención le generó la pérdida de un derecho cierto a obtener el ingreso que, de no haberse producido el daño, habría seguido percibiendo o podría haber percibido como producto de la labor que desempeñaba antes de ser privado de la libertad o que iba a empezar a percibir en razón de una relación existente pero que apenas iba a empezar a cumplirse.

Tratándose del lucro cesante causado durante la detención y de la imposibilidad de percibir un ingreso con posterioridad a la misma, el juzgador deberá tener en cuenta que no puede asimilarse el caso de una persona que tiene vigente una actividad productiva lícita que le genera ingresos por sus servicios que efectivamente se interrumpen o terminan con su detención, con el evento en que ésta no genera tal efecto o con aquel en el que esa actividad no existe y, por ende, la detención no implica la pérdida de un lucro económico. (Subrayas del Despacho).

A la luz del anterior criterio jurisprudencial es claro que en casos de reconocimiento de perjuicios materiales es dable un estudio exhaustivo de las pruebas por lo que se debe analizar cada caso en particular.

Para el caso bajo estudio el Despacho advierte que, a partir de las pruebas obrantes en el expediente no se cumplen los presupuestos para el reconocimiento de dicho perjuicio en tanto que, no se vislumbra que la víctima previó a su privación de la libertad adelantara actividad productiva lícita. Lo anterior por cuanto una vez revisado el sistema de consultas de la Rama Judicial²⁴, se advierte que la víctima fue procesado por la comisión de diferentes delitos tales como- *porte ilegal de armas, hurto calificado y agravado,*²⁵ *fabricación y tráfico de armas de fuego*²⁶, y desde tiempo atrás a la restricción por la que se encontraba recluido y en la que se desarrollaron los hechos materia de estudio, no se avizora la realización de actividad productiva lícita.

En consecuencia, es claro que previamente no existía una actividad lícita ejecutada por la víctima, circunstancia por la que no es posible determinar que con ocasión a la privación de la libertad dejó de obtener un determinado ingreso que hubiese sido percibido por desarrollar actividades bajo el marco del ordenamiento legal, por lo tanto, no es posible el reconocimiento del perjuicio material solicitado por la parte actora.

7. Solución al problema jurídico

El problema jurídico planteado, referente a dilucidar si en el caso concreto el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del fallecimiento del señor Francisco Alberto Pérez Grau, cuando se encontraba recluido en el establecimiento

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de julio de 2019, Radicación número: 73001-23-31-000-2009-00133-01(44572), C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁴ <http://procesos.ramajudicial.gov.co/jepms/barranquillajepms/lista.asp>

²⁵ [http://procesos.ramajudicial.gov.co/jepms/barranquillajepms/suje.asp?codsujc=72223359&cp4=08001310400620060062600&cp1=003&cp2=BARRANQUILLA%20\(ATLANTICO\)&cp3=2/10/2012](http://procesos.ramajudicial.gov.co/jepms/barranquillajepms/suje.asp?codsujc=72223359&cp4=08001310400620060062600&cp1=003&cp2=BARRANQUILLA%20(ATLANTICO)&cp3=2/10/2012)

²⁶ [http://procesos.ramajudicial.gov.co/jepms/barranquillajepms/suje.asp?codsujc=72223359&cp4=08001600105520080165100&cp1=003&cp2=BARRANQUILLA%20\(ATLANTICO\)&cp3=4/4/2013](http://procesos.ramajudicial.gov.co/jepms/barranquillajepms/suje.asp?codsujc=72223359&cp4=08001600105520080165100&cp1=003&cp2=BARRANQUILLA%20(ATLANTICO)&cp3=4/4/2013)

penitenciario y carcelario la Modelo, debe resolverse de manera positiva, por cuando 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, 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.

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 la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC** por los perjuicios causados a la parte demandante con ocasión al fallecimiento del señor Francisco Pérez Grau, cuando se encontraba privado de la libertad.

SEGUNDO: CONDENAR al **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC**, a pagar las siguientes sumas:

- Por daño moral para **Leonor Sofia Mercado** en calidad de compañera permanente, la suma equivalente a cien (100) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **César Augusto Jiménez Mercado**, en calidad de hijo de crianza, la suma equivalente a cien (100) smlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Álvaro Jesús Iglesias Mercado** en calidad de hijo de crianza, la suma equivalente a cien (100) 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 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

KAOA



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

Bogotá D.C., 31 de marzo 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-00040000
Demandante	:	Daniel Steban Martínez Guerrero y Otros
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 49**

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 Danilo Sebastián Martínez Guerrero, Luz Hermida Guerrero Ortiz quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos Santiago Durán Guerrero y Vanesa Durán Guerrero; Daniel Esteban Durán Guerrero y Luis Urias Durán 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 las lesiones padecidas por el señor Jaime Andrés Herrera Barrera, 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 (fl. 61 a 64 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el día 11 de diciembre de 2012, el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero se incorporó a las fuerzas militares para cumplir con el servicio militar obligatorio, como soldado bachiller en el Batallón de Artillería en la localidad de Usme.

Señaló que, desde el día de la incorporación, el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero ejecutó actividades de entrenamiento militar haciendo uso y manejo de armas, circunstancia que causó un daño psicológico y psiquiátrico, que ocasionó un cambio en la conducta del demandante.

Indicó que, debido al manejo de armas al que fue sometido el demandante, este presentó drásticos cambios en su comportamiento personal y militar, volviéndose depresivo y agresivo.

Refirió que, debido a dichas circunstancias, el día 15 de febrero de 2013, mediante acta de 3 examen médico No. 0424 efectuado al personal de soldados bachilleres integrantes al octavo contingente del 2012, la Dirección de reclutamiento determinó que el soldado bachiller Danilo Sebastián Martínez, no era apto por mala incorporación para seguir prestando el servicio militar obligatorio.

Adujó que, el señor Danilo Sebastián Martínez estuvo vinculado al Ejército Nacional por 2 meses y 4 días, desde el 11 de diciembre de 2012 y retirado por mala incorporación por parte

de psicología el día 15 de febrero de 2013.

Adicionalmente indicó que, debido al comportamiento presentado por el señor Danilo Sebastián Martínez, tuvo que ser internado en el centro médico Clínica Nuestra Señora de la Paz, donde se le diagnosticó *“episodio psicótico agudo retrasó mental leve paciente ingresa por primera vez a la institución por irritabilidad heteroagresividad y cambios comportamentales”*.

Finalmente señaló que, el demandante se encontraba bajo tratamiento médico psiquiátrico con un diagnóstico de *trastorno afectivo bipolar*, controlado con medicamentos, situación por la que se encontraba alejado de sus actividades de estudio y trabajo.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante apoderada judicial, la entidad presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto las mismas carecían de sustento jurídico y probatorio.

Indicó que, era necesario aclarar que, el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero fue desacuertalado de la institución, al encontrar después de realizar el tercer examen médico que, no era apto para permanecer en la institución, situación que generó un estado de desorden emocional por ser apartado de las filas.

Precisó que, el demandante omitió brindar información completa a la institución al momento de incorporarse, en tanto que, en la historia clínica se evidenció la existencia de un desorden leve emocional, circunstancia que no era perceptible al momento de efectuarse la entrevista inicial, por lo que, requería un seguimiento para determinar la existencia de la enfermedad que posteriormente fue diagnosticada.

Refirió que en el caso objeto de estudio, no era procedente imputar responsabilidad a la entidad demandada, en tanto que, no concurrían los elementos.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 19 de mayo de 2015 (f. 74 c. principal), seguidamente, mediante auto proferido el 30 de noviembre de 2015, se admitió la demanda (f. 76 c. principal).

El día 27 de junio de 2017, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 125 a 131)

Posteriormente, el 8 de febrero de 2018, se adelantó audiencia de pruebas (fl. 186 a 195).

El 11 de abril de 2019, se llevó a cabo continuación de audiencia de pruebas (fl. 213-214).

Finalmente, el 19 de septiembre de 2019, se adelantó continuación de audiencia de práctica de pruebas en la que se precluyó la etapa probatoria y se corrió traslado para presentar escrito (fl. 226 a 227).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. Parte Demandante

Mediante escrito radicado el 4 de octubre de 2019, la apoderada de la parte demandante presentó alegatos de conclusión.

Indicó que se encontraba acreditado que, el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero sufrió un abrupto cambio en su personalidad y la enfermedad psiquiátrica de trastorno bipolar

padecido, con posterioridad a su experiencia en el servicio militar obligatorio.

Refirió que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso era dable concluir que, acaeció un hecho que generó un daño, circunstancia que era imputable a la entidad demandada por incorporar de manera forzada al señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero.

Precisó que, el daño en la salud sufrido por el demandante, se desencadenó de manera directa por el ingreso a prestar el servicio militar obligatorio, por lo que era procedente la reparación directa tal y como se había solicitado en las pretensiones de la demanda.

1.5.2. La entidad demandada

A través de escrito radicado el 4 de octubre de 2019, la apoderada de la entidad demandada presentó escrito de alegatos de conclusión.

Adujó que, conforme a la contradicción del dictamen pericial se ratificó que, no tuvo que ver la permanencia del señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero en el Ejército Nacional, por lo que, no se podía advertir que la prestación del servicio haya sido la causa directa de las patologías sufridas por el demandante.

Señaló que, de las pruebas aportadas al expediente, no había responsabilidad del Ejército Nacional por los padecimientos sufridos por el señor Danilo Sebastián Martínez, en tanto que, si bien había un daño, no existía un nexo causal.

Finalmente solicitó que se declararan probados los fundamentos aludidos y en consecuencia se negaran las pretensiones de la demanda.

1.5.3. 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 reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el soldado Danilo Sebastián Martínez Guerrero, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio o por el contrario la padecía al momento de su incorporación y la misma no fue advertida.

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

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 Santosfímio 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.

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 caso bajo estudio la parte actora hizo consistir el daño en la afección padecida por el soldado bachiller Danilo Sebastián Martínez Guerrero, con ocasión a la prestación del servicio militar obligatorio.

2013/03/19

RETRASO MENTAL LEVE?

S/ PACIENTE INGRESA POR PRIMERA VEZ A LA INSTITUCIÓN POR IRRITABILIDAD, HETEROAGRESIVIDAD Y CAMBIOS COMPORTAMENTALES. PACIENTE REFIERE "ES QUE ME PUSIERON HACER COSAS QUE NO ME CORRESPONDÍAN Y ESO ME DIO MALGENIO ... ENTONCES ME FUI DE LA CASA" ENFERMERA NO REPORTÓ DIFICULTADES DE MANEJO.

(...)

ATENCIÓNES DEL PACIENTE

ATENCIÓNES DEL PACIENTE

05/04/2013 12:13:51. E.F.S. Sanitas - CLINISANTAS TUBERIN, SUGESTÃO DO:

Contrareferencia. Admisión No. 2438512. No. de afiliación: E F S. SANITAS - 010-000087221-0001-02.
Edad del paciente: 20 años.

MOTIVO CONSULTA. ENFERMEDAD ACTUAL

MOTIVO CONSULTA, ENFERMEDAD ACTUAL
 Motivo de consulta: Paciente con diagnóstico de **CONILIO SEBASTIAN MARTINEZ GUERRERO**.

Información suministrada por
Motiva de consumo, "Corral"

[illegible]

Viene con la madre y un hermano.
Se valoró el 19.03 y se diagnosticó T.bipolar episodio maníaco y se envió a hospitalización, estuvo desde ese día al 27 de marzo y diagnóstico igual maníaco.
Ep. psicótico agudo y se dejó manejo con clonazepam 0.5mg/ noche y clonidina 0.05mg/ noche. Viene a consulta y ha estado bien, estable manejando las
situaciones tipo de dependencia, toma los medicamentos.
Evaluación de Salud: Buena.

REVISION FOR SYSTEMS

Síntomas Generales: No presentes.

Neurologica, Bin Ström.

Mineral Sinister.

Órganos de los Genitales: Sin síntomas.
Mamarios: Sin síntomas.

Respiration: Sin almonas.
Cardiovascular: Sin almonas.

சென்னை நகராட்சி, 2019 நிர்வாக ஆண்டு
செயல்பாட்டுக்கான பட்ஜெட்: 2019-2020

Der Journalist: Ein Film von...

Deinonychus antirrhopus: Gen. et

1000

[illegible]

31/03/2014 09:44:10 Pagina 9 de 11

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴ Folio 20.

Así mismo, se advierte que obra dictamen pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses⁵, del que entre otras cosas, se indicó: (Se transcribe incluso con errores)

"La persona examinada cuenta con diagnóstico de Trastorno Afectivo Bipolar desde los desde hace seis años, refiriendo una única hospitalización durante su primer episodio, con formulación de medicación y adherencia de tratamiento.

La característica esencial del trastorno bipolar es un curso clínico caracterizado por uno o más episodios maníacos, episodios depresivos mayores, y/o episodios mixtos con periodos asintomáticos entre episodios. Es decir, es un trastorno mental de tipo crónico, o permanente, con crisis o episodios de tipo transitorio con periodos inter críticos asintomáticos, o de aparente normalidad, siguiendo un patrón característico individual para cada persona. El intervalo entre los episodios tiende a disminuir a medida que aumenta la edad.

(...)"

De las anteriores pruebas es claro que, el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero fue diagnosticado con *trastorno afectivo bipolar*.

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.

Para el caso que, nos ocupa la parte actora endilga responsabilidad a la entidad demandada con ocasión a la afección padecida por el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero, esto es - *trastorno afectivo bipolar*- presuntamente causada por la prestación del servicio militar.

Del estudio que se hace de las pruebas, se encuentra que, el señor Danilo Sebastián Martínez ingresó a prestar su servicio militar obligatorio a las fuerzas militares el 11 de diciembre de 2012, y al momento de su admisión, no se advirtió por parte de la entidad demandada que el referido padecía de una enfermedad mental, situación que se evidenció al efectuarse el tercer examen, circunstancia que conllevó a su desincorporación el 15 de febrero de 2013.

REPUBLICA DE COLOMBIA

EJERCITO NACIONAL

JEFATURA DE DESARROLLO HUMANO

DIRECCION DE PERSONAL EJERCITO

ATENCION AL USUARIO

HACE CONSTAR

Que el/la Señor(a) SLE MARTINEZ GUERRERO DANIL SEBASTIAN (Identificado(a) con código militar 1030026501, con C.C. 1030026501, fue SOLDADO del Ejército Nacional, e ingresó como SOLDADO BACHILLER mediante GAP-EJC No.2277 de 20121211 con novedad fiscal 20121211. Se retiró en el grado de SOLDADO BACHILLER por MALA INCORPORACION (Tercer Examen Médico) mediante GAP-EJC No.1231 de 11 de marzo de 2013 con novedad fiscal 15 de febrero de 2013. El cual se presenta el siguiente detalle de grados y tiempo:

Descripción	Fecha Inicio	Fecha Termina	Años	Meses	Días
SOLDADO BACHILLER	20121211	20130215	0	2	4
MALA INCORPORACION (TERCER EXAMEN MEDICO)	20130215				

Como se desprende de la constancia emitida por la Dirección de Personal del Ejército, es claro que el soldado bachiller Danilo Sebastián Martínez fue retirado, por mala incorporación, al efectuarse el tercer examen médico, por lo que se tiene que el referido prestó un tiempo de servicios por el término de 2 meses y 4 días.

Como se indicó, al demandante se le practicó un tercer examen, en el cual se le declaró no apto para la prestación del servicio militar por concepto psicológico tal y como se advierte a folios 51 a 53.

Sobre el particular es dable indicar que, el régimen de servicio militar, regulado en el

⁵ Folio 232 a 244

momento de los hechos de que trata el presente asunto por la Ley 48 de 1993, en la que entre otras cosas disponía:

"ARTÍCULO 15. EXAMENES DE APTITUD SICOFISICA. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos.

ARTÍCULO 16. PRIMER EXAMEN. El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al Servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento.

Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin.

ARTÍCULO 17. SEGUNDO EXAMEN. Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar.

ARTÍCULO 18. TERCER EXAMEN. Entre los 45 y 90 días posteriores la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar".

De las pruebas que reposan en el expediente se advierte que, obra testimonio rendido por la psicóloga, Katherine Machado, profesional quién determinó que, el señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero no se encontraba apto para la prestación del servicio militar y por ende, suscribió el acta del tercer examen médico No. 424 del 15 de febrero de 2013. De la declaración rendida se extrae lo siguiente:

"PREGUNTADO: SÍRVANOS INDICAR EN QUÉ CONSISTE DICHA ACTA Y QUÉ EXÁMENES SON PRACTICADOS PARA LA ELABORACIÓN DE ESTE DOCUMENTO. INTERROGADO: DENTRO DEL PROCESO DE INCORPORACIÓN NOSOTROS COMO PROFESIONALES TENEMOS QUE SEGUIRNOS DE ACUERDO A UNA LEY QUE ES LA LEY 43 QUE ES LA LEY DE MOVILIDAD Y DE RECLUTAMIENTO DE LA DIRECCIÓN DE RECLUTAMIENTO, ELLOS MANEJAN EN EL ARTÍCULO 16, QUE ES UN PRIMER EXAMEN MÉDICO, UN SEGUNDO EXAMEN MÉDICO Y UN TERCER EXAMEN MÉDICO, ESTOS 3 EXÁMENES MÉDICOS, EL PRIMERO CONSISTE EN EL PROCESO EN EL QUE LA PERSONA QUE APENAS, QUE SE LE LLAMAN CONSCRIPTOS, INGRESAN A REALIZAR UNOS EXÁMENES PARA VERIFICAR SI SON APTOS PARA LA PRESTACIÓN DE SU SERVICIO MILITAR, UN PRIMER EXAMEN, HAY UN SEGUNDO EXAMEN QUE ES OPCIONAL, ES SOLICITADO MUCHAS VECES POR EL MISMO CONSCRIPTO, BUENO DE PRONTO A VECES PIENSA O CREE QUE NO SE SIENTE EN CONDICIONES PARA HACERLO, ENTONCES DEBE REPOSAR UN ACTA O ALGÚN DOCUMENTO QUE DIGA QUE EL MUCHACHO LO SOLICITA, CUANDO LLEGAMOS AL TÉRMINO DEL TERCER EXAMEN MÉDICO, ESTE TERCER EXAMEN MÉDICO ES MUY EXPLÍCITO CUANDO DICE QUE AL TÉRMINO DE LOS 3 MESES QUE CUMPLEN ESTOS CHICOS DENTRO DEL EJÉRCITO, QUE ES EL PROCESO DE FORMACIÓN Y DE PREPARACIÓN QUE SE LES HACE, SI LLEGADO AL TERCER EXAMEN MÉDICO ESTA PERSONA NO CUENTA CON (...), PRESENTA INHABILIDADES INCOMPATIBLES CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, SE DARÁ DE BAJA POR TERCER EXAMEN MÉDICO, QUE ES EL PROCEDIMIENTO QUE UNO LEGALMENTE REALIZA Y POR ESO MI FIRMA Y MI SELLO DENTRO DEL DOCUMENTO, AL PRESENTAR ESTA PERSONA ESTAS INHABILIDADES INCOMPATIBLES CON EL EJÉRCITO. PREGUNTADO: USTED TUVO LA OPORTUNIDAD DE VALORAR AL SEÑOR DANILO SEBASTIÁN MARTÍNEZ GUERRERO EN EL PRIMER EXAMEN MÉDICO Y SI SE LE PRACTICÓ EL SEGUNDO EXAMEN MÉDICO. INTERROGADO: PUES SEÑOR JUEZ NO RECUERDO LA VERDAD PORQUE UNO TIENE TANTAS PERSONAS, NO LO RECUERDO, PORQUE CADA UNIDAD MILITAR TIENE SUS PROPIAS PSICÓLOGAS Y ELLAS APOYAN EL PROCESO DE INCORPORACIÓN DE MÁS DE MILES DE HOMBRES, EL DISTRITO MILITAR QUE ES PARA QUIÉN YO ESTABA ESTIPULADA, LO QUE PASA ES QUE LOS DISTRITOS TIENEN UNAS UNIDADES ADSCRITAS, ENTRE ESO ESTÁN ESAS UNIDADES DONDE FUE INCORPORADO EL CHICO, NOSOTROS SOLO LO QUE HACEMOS ES VERIFICAR QUE LA INCORPORACIÓN SE CUMPLA, QUE SE REALICE LOS EXÁMENES MÉDICOS, ODONTOLÓGICOS, YO NO LO RECUERDO, NO CREO HABERLO HECHO, PUDO HABER PASADO UN PRIMER EXAMEN MÉDICO CON OTRA PERSONA, PERO YA EL TERCER EXAMEN MÉDICO SI ES OBLIGATORIO QUE NOSOTROS COMO FIGURAS DE RECLUTAMIENTO LO HAGAMOS. PREGUNTADO: SÍRVANOS INDICAR EN ESTE TERCER EXAMEN MÉDICO, EN QUÉ CONSISTE, QUÉ VALORACIONES SE REALIZAN, QUÉ DIAGNÓSTICOS SE DETERMINAN, EN EL CASO CONCRETO DEL SEÑOR DANILO SEBASTIÁN MARTÍNEZ GUERRERO, QUÉ SE TUVO EN CUENTA O CUÁL FUE EL RESULTADO DE DICHO EXAMEN PARA DECLARARLO NO APTO. INTERROGADO: SEÑOR JUEZ DURANTE ESOS 3 MESES DEBEN SUCEDER UNOS ACONTECIMIENTOS DE QUE SI LA PERSONA EMPIEZA A PRESENTAR COMPORTAMIENTOS QUE NO ESTÁN DE PRONTO AFINES, ACORDES, COMO DE PRONTO PROBLEMAS DE SUEÑO, SITUACIONES DE DESALIENTO, DESANIMO, DEPRESIÓN, CIRCUNSTANCIAS RELACIONADAS DE PRONTO DE AISLAMIENTO, EMPIEZA UNO A DETECTAR ESAS CARACTERÍSTICAS AL EMPEZAR A INTERROGAR A ESTA PERSONA Y VER SU RELACIÓN CON EL MEDIO MILITAR, SE EMPIEZAN A ADQUIRIR ESTAS CARACTERÍSTICAS, QUE EMPIEZAN A DARNOS COMO ESAS LUCES DE PREVER DE QUE

ALGO NO ESTÁ BIEN Y QUE HAY QUE VALORAR ESTE MUCHACHO, MUY BIEN, EN EL TERCER EXAMEN MÉDICO PARA DETERMINAR QUE REALMENTE, MENTALMENTE Y, PSICOFÍSICAMENTE SE ENCUENTRA EN CONDICIONES ÓPTIMAS PARA LLEGAR A ESE TERCER EXAMEN MÉDICO Y QUE DESPUÉS DE ESE TERCER EXAMEN MÉDICO ÉL PUEDA ADQUIRIR YA SU ARMAMENTO Y PUEDA HACER EL JURAMENTO DE BANDERA QUE ES LO QUE ELLOS HACEN, TODO EL PROCESO ES UN SEGUIMIENTO, PORQUE ELLOS EMPIEZAN A REALIZAR TODO EL TEMA DE TALLERES, DE APRENDER TODO EL TEMA DE LA PARTE MILITAR, ELLOS DURAN DURANTE TODA UNA FASE DE INSTRUCCIÓN QUE SE LES LLAMA, DURANTE ESA FASE DE INSTRUCCIÓN, LA PERSONAS A CARGO DE ELLOS PORQUE, TAMBIÉN DEBEN CONTAR CON APOYOS, DE QUE REPORTEN, MIRE ESTÁ PRESENTANDO TAL CONDUCTA ESTA PERSONA, ESTE MUCHACHO, ENTONCES LO INFORMAN Y EMPIEZAN A DETECTAR, EMPIEZAN A DAR CONDICIONES, A ESTA PERSONA HAY DÁRSELE ESTE MANEJO, TENEMOS QUE REVISARLO, YA PARA MIRAR SI YA HAY TERCER EXAMEN MÉDICO, SI ESTA PERSONA ESTÁ LO SUFICIENTEMENTE CAPACITADA PARA CONTINUAR CON SU SERVICIO MILITAR. PREGUNTADO: CONCRETAMENTE CON LO RELACIONADO CON EL SEÑOR DANILO SEBASTIÁN MARTÍNEZ GUERRERO QUE SE CONSIDERÓ. INTERROGADO: SE CONSIDERÓ UN TRASTORNO ADAPTATIVO, QUE ES UN F43 QUE LO VI EN EL ACTA, ES UN TRASTORNO ADAPTATIVO ESTIPULADO POR EL DMS4 INCLUSO EL MISMO CIE10 SE BASA ESTOS CRITERIOS PARA CONFIRMAR QUE HAY CARACTERÍSTICAS DE QUE LA PERSONA NO TUVO CONDICIONES DE ADAPTACIÓN AL MEDIO MILITAR, PUEDEN PRESENTARSE MUCHOS ASPECTOS, DESÁNIMOS, DESALIENTOS, APATÍA, AISLAMIENTO, CONDICIONES QUE AYUDAN A DETERMINAR POCO INTERÉS, FALTA DE INTERÉS EN EL PROCESO QUE LLEVABA A CABO DENTRO DEL EJÉRCITO, SON CONDICIONES PUES MUY IMPORTANTES PARA TOMAR LA DECISIÓN DE RETÍRALO, CON QUÉ FIN TAMBIÉN, CON EL FIN TAMBIÉN DE ESTIPULAR EL HECHO DE QUE LA PERSONA DEBE CONTAR CON CONDICIONES ÓPTIMAS PARA CONTINUAR CON LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, INCLUSO EL HECHO DE QUE ESTA PERSONA PUEDA TENER UN NORMAL DESARROLLO DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO, AL SACARLA POR TERCER EXAMEN MÉDICO, SE EVITA DE PRONTO TAMBIÉN NO AFECTAR LA INTEGRIDAD DE LA PERSONA NI TAMPOCO PONER EN RIESGO AL RESTO DE HOMBRES QUE SON MÁS PERSONAS ALREDEDOR DE ÉL, ENTONCES SE TOMA LA DECISIÓN DE DARLO DE BAJA POR TERCER EXAMEN MÉDICO, PORQUE PUES NO SE ADAPTA, NO PODEMOS PONERLO A ÉL NI A OTRAS PERSONAS EN RIESGO FRENTE A ESTA SITUACIÓN, FINALMENTE DESPUÉS DEL 3 EXAMEN MÉDICO, ESTAS PERSONAS VAN A MANEJAR ARMAMENTO, ENTONCES NO PODEMOS ARRIESGAR LA CONDICIÓN COMO PERSONA. PREGUNTADO: EN SU CONDICIÓN DE PROFESIONAL DE PSICOLOGÍA DICHAS CONDICIONES DE ADAPTACIÓN PUEDEN ESTUDIARSE ANTES DE LA INCORPORACIÓN. INTERROGADO: SI SEÑOR JUEZ LO QUE PASA ES QUE OCURREN MUCHAS COSAS, LOS TRASTORNOS PSICOLÓGICOS SON SITUACIONES MUY VARIABLES, UNA PERSONA PUEDE ESTAR INCLUSO, VIENE DE MUCHOS TRAUMAS ATRÁS, DE SITUACIONES DE TRAUMAS, EVENTOS TRAUMÁTICOS COMO SU VIDA FAMILIAR, SE TIENEN EN CUENTA MUCHOS ASPECTOS DE LA VIDA FAMILIAR, DE SU VIDA ESCOLAR, SU VIDA SOCIAL, ESTOS TRASTORNOS NO APARECEN DE UN MOMENTO A OTRO DEBEN TENER UNAS BASES, DESDE SU NIÑEZ, UNO COMO PROFESIONAL SIEMPRE INDAGA EL TEMA DEL ANAMNESIS, QUE ES DONDE UNO RECOGE TODA UNA INFORMACIÓN IMPORTANTE, DEL EMBARAZO DE LA MADRE, DE LA VIDA FAMILIAR, PUES UNO EN EL PRIMER EXAMEN AL DARLO APTO ES POSIBLE QUE MUCHAS PERSONAS OMITAN MUCHA DE ESTA INFORMACIÓN POR EL INTERÉS DE PRESTAR SU SERVICIO MILITAR Y UNO TAMPOCO TENDRÍA QUE HACER UN ESTUDIO DEMASIADO EXHAUSTIVO PARA PODER INCORPORAR A ESTA PERSONA, ADEMÁS LOS TRASTORNOS PUEDEN QUE ESTÉN EN UNA BASE AL INICIO, PUEDE ESTAR EN UNA BASE DONDE SE ENCONTRABA ESTABLE, A TODOS NOS PUEDE PASAR, MUY ESTABLE, PERO PUEDEN OCURRIR CIERTOS FACTORES QUE SON FACTORES DE MANTENIMIENTO, FACTORES PREDISPONENTES O FACTORES DESENCADENANTES, ES POSIBLE QUE DURANTE ESE MEDIO DEL SALIR DE SU VIDA FAMILIAR A ENTRAR EN EL MEDIO, UN MEDIO DEFERENTE QUE PARA NADIE ES UN SECRETO QUE ES UN MEDIO MUY DIFERENTE, ÉL SE VA A ENFRENTAR A OTRAS COSAS CON OTRA GENTE DISTINTA, A OTRAS INSTRUCCIONES, A OTRAS REGLAS, ES POSIBLE QUE PUEDA GENERAR ESO, DISPARAR UNA CRISIS O VOLVER A REVIVIRLO, A EVOCAR NUEVAMENTE SUS CUESTIONES PATOLÓGICAS, PERO SIEMPRE ESOS TRASTORNOS TIENEN UNA BASE, ESTÁ LA GENÉTICA, HAY QUE INDAGAR ANTECEDENTES FAMILIARES, HAY QUE INDAGAR TODO SU TEMA DEL EMBARAZO DE LA MADRE, EL NÚCLEO FAMILIAR, LA ESTRUCTURA LA ACEPTACIÓN DEL PADRE, DE LA MADRE, TODO ESTE TEMA, TODA SU VIDA ESCOLAR, SUS PRIMEROS 5 AÑOS DE VIDA, TRAUMAS A LOS QUE SE PUDO VER ENFRENTADO DE ACEPTACIÓN, RECHAZO Y EN LA ADOLESCENCIA SIEMPRE ESTÁN EXPUESTOS POR EL TEMA DEL DESARROLLO, CUANDO UNO PERSONA ENTRA EN ESA ETAPA DE LA PUBERTAD Y TODO ESTE TEMA, ES CUANDO MÁS ESTOS TRASTORNOS SUELEN APARECER, PORQUE, CIENTÍFICAMENTE MUCHOS AUTORES NOS EXPLICAN EN SU TERMINOLOGÍA DE QUE LA GENÉTICA TIENE UNA BASE MUY IMPORTANTE Y ES QUE MUCHOS DESARROLLAMOS HABILIDADES DE AFRONTAMIENTO MUY FUERTES, OTROS NO, A RAÍZ DE TRAUMAS VIVIDOS ANTERIORMENTE, (...), NO DEBE HABER UNAS BASES QUE SE OMITIERON EN EL PRIMER EXAMEN Y DE PRONTO NO SE ESTUDIARON O LA PERSONA QUE LO EVALUÓ INICIALMENTE NO LAS DETECTÓ, PERO PARA ESO SE HACE ESTE PROCEDIMIENTO DEL TERCER EXAMEN MÉDICO. PREGUNTADO: CONFORME A LO QUE NOS ACABA DE INDICAR, USTED PARTE DE LA IDEA QUE DEL PRIMER EXAMEN QUE SE REALIZA SE DEBEN DEJAR SENTADAS LAS

POSIBLES CONNOTACIONES DE CARÁCTER PSICOLÓGICO QUE PUEDEN AFECTAR UNA PERSONA A EFECTOS DE QUE PUEDA PRESENTAR TRASTORNOS DE ADAPTABILIDAD. INTERROGADO: CLARO SEÑOR JUEZ, PORQUE ES QUE TODOS LOS SERES HUMANOS NO SOMOS IGUALES, TODOS NO NOS ADAPTAMOS, ES POSIBLE SE PUEDEN QUEDAR PORQUE PARA ESO EL PRIMER EXAMEN LO DICE Y EL TERCER EXAMEN LO ESTÁ RATIFICANDO CUANDO DICE PRESENTÓ INCOMPATIBILIDADES, LA LEY 43 LO PUNTUALIZA, SI LA PERSONA EN ESE TRASCURSO DE ESOS 3 MESES, CUANDO LA PERSONA PRESENTA INCOMPATIBILIDADES EN LA ADAPTACIÓN DE SU SERVICIO MILITAR, ES AHÍ DONDE EMPIEZAN A DETECTARSE, NOSOTROS TENEMOS ESOS 3 MESES PARA VERIFICAR ESO. PREGUNTA APODERADA DE LA ENTIDAD: TENIENDO EN CUENTA LO YA MANIFESTADO AL DESPACHO Y SABIENDO DE LOS 3 EXÁMENES QUE SE TIENEN QUE HACER FRENTE A UNA PERSONA QUE ESTÁ O VA A INGRESAR A PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO, EXPLÍQUELE AL DESPACHO A PARTIR DE CUÁNDO UNA PERSONA SE ENTIENDE QUE ESTÁ INCORPORADA. INTERROGADO: LO QUE PASA ES QUE SE ENTIENDE DE QUE INICIALMENTE INCORPORADO ES CON EL PRIMER EXAMEN MÉDICO, PERO ES COMO UNA PREVIA INCORPORACIÓN, HASTA QUE NO SE CUMPLA EL TERCER EXAMEN MÉDICO NO PODEMOS DETERMINAR QUE LA PERSONA ESTÉ INCORPORADA COMO TAL, PORQUE SE TIENE QUE EVALUAR DURANTE ESOS 3 MESES SU ACTITUD PSICOFÍSICA, ENTONCES ES UNA SITUACIÓN MUY IMPORTANTE TENER EN CUENTA DE QUE EL PRIMER EXAMEN APENAS ES UNA PRIMERA EVALUACIÓN QUE VAMOS A MIRAR UN SEGUIMIENTO Y PARA ESO LLEGA ESE TERCER EXAMEN MÉDICO, PARA VERIFICAR SI LO QUE OCURRIÓ EN EL PRIMER EXAMEN SE PUEDE CORROBORAR O CAMBIÓ EN ALGO ESE PRIMER EXAMEN A DETERMINAR. PREGUNTA APODERADA DE LA ENTIDAD: FRENTE A ESTE TIEMPO QUE A LA PERSONA SE LE REALIZA LOS EXÁMENES, ELLOS QUÉ ACTIVIDADES O QUÉ REALIZAN DURANTE ESTE TIEMPO, ES DECIR ELLOS AHÍ YA ESTÁN MANEJANDO ARMAMENTO, YA SE ENCUENTRAN COMO TAL EN CALIDAD PRESTANDO SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. INTERROGADO: NO, PARA ESO HAY UN PROCESO DE PREPARACIÓN, ESA FASE SE LE CONOCE COMO FASE DE INSTRUCCIÓN, ESA FASE DE INSTRUCCIÓN INICIA CON ESTOS CHICOS CON UN PERIODO DE FORMACIÓN DEL CONOCIMIENTO DE LA VIDA MILITAR, DEL TEMA DE LOS GRADOS MILITARES, ELLOS MANTIENEN EN TALLERES, TANTAS ACTIVIDADES, EJERCICIOS ES LO QUE MÁS REALIZAN ESTOS MUCHACHOS DURANTE ESTE TIEMPO, ARMAMENTO COMO TAL USAN ESTOS CHICOS PREVIOS A SU JURAMENTO DE BANDERA QUE, ES DESPUÉS DE QUE SE REALIZA EL TERCER EXAMEN MÉDICO, TENGO ENTENDIDO QUE SE UTILIZA EL ARMAMENTO ES SIN EL MANEJO DE MUNICIONES PARA PREPARARLOS PARA EL DESFILE QUE HACEN CON EL ARMAMENTO, ES CUANDO AHÍ EMPIEZAN A FAMILIARIZARLOS CON EL TEMA DEL ARMAMENTO, PERO ANTES, ES INCLUSO UN POCO IRRESPONSABLE PONERLOS A MANEJAR, NO SE PUEDE MANEJAR UN ARMAMENTO HASTA QUE NO SE HA TENIDO ESA PREPARACIÓN, ESA INSTRUCCIÓN PREVIA DE TODO EL CONOCIMIENTO MILITAR. PREGUNTADO: ES COSTUMBRE DEL EJÉRCITO O TRAVÉS DEL DESARROLLO NORMATIVO QUE SE PRESENTA AL INTERIOR DE LA INSTITUCIÓN CASTRENSE, QUE SOLO AL FINALIZAR ESTA FASE DE LOS 3 MESES SE LLEGUE AL DIAGNÓSTICO DE QUE UNA PERSONA PUEDA PRESENTAR TRASTORNO DE ADAPTABILIDAD. INTERROGADO: CLARO SEÑOR JUEZ, PORQUE DURANTE TODO ESTE TIEMPO SE HACE UN SEGUIMIENTO, SI HAY CAMBIOS DE CONDUCTAS, PUES HAY QUE OBTENER ENSEGUIDA ATENDER, HAY QUE ENSEGUIDA ACTUAR, LO PRIMERO QUE SOLICITAN Y MÁS PARA ESTOS SOLDADOS, ES QUE EL SOLDADO BACHILLER POR LO GENERAL SON MUCHACHOS QUE ESTÁN COMO EN UN MEDIO DONDE LA FORMACIÓN ES PREPARARLOS AL CONOCIMIENTO DE LA VIDA MILITAR, SI VEMOS QUE REALMENTE EN ESE PERIODO DE SEGUIMIENTO EL MUCHACHO NO PRESENTA LAS CONDICIONES PARA PORTAR UN ARMA, PARA REALMENTE IDENTIFICARSE CON LAS INSIGNIAS, CON TODO EL TEMA DEL EJÉRCITO DE REGLAMENTACIÓN, ES MEJOR TOMAR LA DECISIÓN, SI SU ACTITUD PSICOFÍSICA NO ES ACORDE CON EL MEDIO, SE PROCEDE A RETIRARLO CON UN TRASTORNO ADAPTATIVO. PREGUNTADO: CON EL PRIMER EXAMEN QUE SE REALIZA NO ES POSIBLE DETERMINAR SI UNA PERSONA PUEDE O NO TENER TEMAS DE COMPATIBILIDAD RELACIONADO CON ARMAS Y A LA INSTITUCIÓN CASTRENSE. INTERROGADO: NO SEÑOR JUEZ, AHÍ CABE MUCHO EL PROFESIONALISMO Y LA EXPERTICIA DEL PROFESIONAL EN EL PRIMER EXAMEN, QUÉ OCURRE EN EL EJÉRCITO EN ESTOS TIEMPOS, LAS PERSONAS A VECES SON MUY INTERESADAS EN PRESTAR SU SERVICIO MILITAR, QUE SON APTOS Y MUCHAS VECES PUEDEN BRINDAR INFORMACIÓN ERRÓNEA Y ESO OCURRE, Y OCURRE CONSTANTEMENTE, COMO PARA LOS QUE QUIEREN PRESTAR, COMO PARA LOS QUE DE PRONTO NO QUIEREN PRESTAR Y SE PUEDE OBTENER UNA INFORMACIÓN QUE ES ERRÓNEA PORQUE LA PERSONA ES LA QUE DA ESA INFORMACIÓN EN EL MOMENTO DE SU ENTREVISTA PSICOLÓGICA, A MEDIDA QUE TRASCURRE ESE TIEMPO ES CUANDO EMPIEZA UNO A DETERMINAR ESA INFORMACIÓN, Y ES PRECISO EN EL TERCER EXAMEN MÉDICO DONDE SE ESTIPULA, DONDE EL MISMO, LA MISMA PERSONA AL YA VERSE DE PRONTO PRESIONADA, ESTRESADA, YA EMPIEZA HACER MANIFESTACIONES PROPIAS DE UNA CONDUCTA INADAPTABLE, ESO ES LO QUE OCURRE, ENTONCES POR ESO LLEGA ESE PROCESO DE SEGUIMIENTO, NOS ARRIESGAMOS MUCHO AL TEMA DE QUE ELLOS OCULTAN, OMITEN, VERIFICAR TODO ESO QUE SE HIZO EN ESE PRIMER EXAMEN MÉDICO. PREGUNTADO: CUANDO REALIZAN EL TERCER EXAMEN MÉDICO TIENEN A SU DISPOSICIÓN EL PRIMER EXAMEN. INTERROGADO: NO SIEMPRE SEÑOR. PREGUNTADO: EN EL CASO CONCRETO DEL SEÑOR DANILO SEBASTIÁN TUVO

USTED A LA MANO EL PRIMER EXAMEN. INTERROGADO: SEÑOR JUEZ NO LO RECUERDO, NO LO RECUERDO PORQUE FUE HACER MUCHÍSIMO TIEMPO Y UNO POR LO GENERAL LO HACE, PIDE ESA ENTREVISTA INICIAL, UNO LA TIENE, COMO MUCHAS VECES NO SE PUEDE TENER, PERO EN ESPECIAL EN ESTE CASO NO LA TENGO PRESENTE. PREGUNTADO: EN SU CONDICIÓN DE PROFESIONAL EN PSICOLOGÍA ES POSIBLE INDAGAR, O PODER OBTENER ESA INFORMACIÓN QUE USTED NOS INDICA QUE MUCHAS VECES ES OCULTADA POR LAS PERSONAS QUE INGRESAN A PRESTAR EL SERVICIO MILITAR. INTERROGADO: CLARO SEÑOR JUEZ, INDICAR POR EJEMPLO SI ESTAS PERSONAS ANTES DE ENTRAR AL SERVICIO MILITAR ESTUVIERON EN UN PROCESO DE PSICOLOGÍA, SI TUVIERON ESE PROCESO MUCHAS VECES LAS FAMILIAS HACEN ALLEGAR ESAS HISTORIAS CLÍNICAS QUE FUERON PREVIAS AL INGRESO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO. PREGUNTADO: EN LAS ENTREVISTAS QUE USTEDES REALIZAN PUEDEN LOGRAR DETERMINAR ESAS CIRCUNSTANCIAS, PUEDEN GENERAR INCOMPATIBILIDAD DE ADAPTACIÓN. INTERROGADO: SI SEÑOR, CLARO SU ESTADO DE ÁNIMO SEÑOR JUEZ, SU ASPECTO PERSONAL, SU LENGUAJE VERBAL, NO VERBAL, SU PENSAMIENTO, SE EVALÚA TODO ESTE TEMA DE PENSAMIENTO, MEMORIA, LENGUAJE, HAY UNA CONDUCTA VERBAL Y NO VERBAL QUE NOS INDICA Y NOS VA DANDO ESOS CRITERIOS, ESAS LUCES DE DETERMINAR QUÉ CONDICIONES TIENE ESTA PERSONA, ES POSIBLE QUE ESTA PERSONA EN EL MOMENTO QUE YO LO HAYA EVALUADO PRESENTÓ CARACTERÍSTICAS MUY PUNTUALES PARA DETERMINAR QUE NO SE ADAPTÓ AL SERVICIO COMO LAS QUE ACABO DE COMENTAR ANTERIORMENTE. PREGUNTADO: PODRÍA USTED INDICARNOS SI PROBABLEMENTE EN EL PRIMER EXAMEN QUE SE LE PRACTICÓ AL SEÑOR DANILO SEBASTIÁN MARTÍNEZ SE PUDO HABER INCURRIDO DE PRONTO EN UNA OMISIÓN DE INDAGAR MÁS EN SU PERSONALIDAD A EFECTOS DE ESTABLECER SI PODÍA TENER O NO TENER COMPATIBILIDAD CON LA ACTIVIDAD MILITAR. INTERROGADO: PUES COMO TAL DE OMITIR SEÑOR JUEZ, NO CREO, MÁS EN EL PROCESO DE LO QUE UNO PUEDE EN UN PROCESO DE PRIMER EXAMEN MÉDICO O EXAMEN PSICOLÓGICO QUE SE PRACTICA Y ES UNA PERSONA POR DECIRLO ASÍ EN OTRA CONDICIÓN, EN UNA CONDICIÓN DONDE SE SIENTE BIEN, VIENE DE SU CASA, DE SUS ESTUDIOS, NO CONOCE EL MEDIO MILITAR A QUE SE VA A ENFRENTAR REALMENTE, ENTONCES NO ES OMISIÓN COMO TAL, SINO DE PRONTO UNO LOGRA MIRAR QUE SE PUEDEN VER PERSONAS MUY ESTABLES DE UN ESTADO DE ÁNIMO ADECUADO, DE UN PROCESO DE PENSAMIENTO, MEMORIA, LENGUAJE FLUIDO ACORDE A SU EDAD, ACORDE A LAS CIRCUNSTANCIAS AL MEDIO, INDAGAR DE PRONTO QUE NO ESTÁ ALUCINANDO, QUE NO TIENE ALUCINACIONES, QUE NO TIENE CONDICIONES EXTRAÑAS QUE PUEDAN DE PRONTO DETERMINAR A QUE YO NO LO INCORPORE, ENTONCES NO LO CONSIDERO OMISIÓN, LO CONSIDERO MÁS UN ESTADO DE QUE LAS PERSONAS EN NUESTROS ESTADOS PSICOLÓGICOS SON CAMBIANTES Y VARIANTES DE ACUERDO A LAS SITUACIONES Y A LOS EVENTOS ESTRESORES A LOS QUE NOS ENFRENTAMOS DÍA A DÍA. PREGUNTADO: PODRÍA USTED INDICARNOS A SU CRITERIO Y A SU JUICIO SI LAS RAZONES QUE SE DIERON PARA EFECTOS DE DIAGNOSTICAR EL TRASTORNO DE ADAPTACIÓN SURGIERON CON OCASIÓN NETAMENTE DE HABER INGRESADO A LA INSTITUCIÓN CASTRENSE O A SU JUICIO SE TRATA DE CONDICIONES YA PREVIAMENTE CONSTITUIDAS, ES SIMPLEMENTE UNA MERA HIPÓTESIS DE LO QUE A SU JUICIO PODRÍA HABER OCASIONADO EN ESTE CASO EL TRASTORNO DE ADAPTABILIDAD. INTERROGADO: NO SEÑOR JUEZ, YO CREO QUE ESTO DEBE PRESENTAR ANTECEDENTES PREVIOS, NUNCA LOS TRASTORNOS PSICOLÓGICOS SE PRESENTAN DE UN MOMENTO A OTRO, VIENEN DE UNA CAUSA, VIENEN DE UNAS BASES DE UNOS ANTECEDENTES.

Conforme a la versión rendida por la testigo técnica se extrae que, la incorporación de conscriptos, se encuentra rodeada de una serie de etapas, encontrándose entre estos, la práctica de exámenes con el fin de determinar la idoneidad y condiciones de las personas que pretenden ingresar a la Fuerza Pública, por lo que para tal fin, dentro de dicho sistema se realizan 3 exámenes médicos, por lo que, con la práctica de este último y un proceso de seguimiento, se tiene certeza de los individuos aptos para prestar el servicio militar obligatorio.

Adicionalmente, se observa que en el presente asunto, se practicó valoración al señor Danilo Sebastián Martínez Guerrero, por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal, dictamen que obra a folios 232 a 245, del que, entre otras cosas, se dispuso:

“Si bien las presencias de estresores pueden incidir para la exacerbación de un episodio, más bien esto tienden a presentarse de acuerdo al curso clínico caracterizado del trastorno con prestación periódica de episodios maníacos, depresivos y/o mixtos con periodos asintomáticos entre episodios. Por tanto, no es posible relacionar los aspectos estresores de la prestación del servicio obligatorio como los únicos factores etiológicos de la aparición del trastorno afectivo bipolar en esta persona durante su prestación de este servicio, al tiempo que tampoco se pueda descartar como estresores contribuyentes a la aparición de su primer

episodio”.

Ahora bien, se observa que el día 19 de septiembre de 2019, se llevó a cabo contradicción del referido dictamen:

PREGUNTADO: EXPLÍQUENOS DE MANERA CONCRETA EN QUÉ SE BASÓ LA VALORACIÓN QUE REALIZÓ AL SEÑOR DANILO SEBASTIÁN MARTÍNEZ Y CUALES FUERON LAS CONCLUSIONES QUE SE LLEGÓ A LA MISMA. INTERROGADO: LA VALORACIÓN REALIZADA A LA PERSONA EN MENCIÓN SE LLEVÓ A CABO DE ACUERDO AL PROTOCOLO QUE ESTÁ ESTABLECIDO EN EL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL PARA EL GRUPO PSIQUIATRÍA, PSICOLOGÍA FORENSE, ES UNA PUBLICACIÓN QUE ESTÁ A DISPOSICIÓN DE CUALQUIER PERSONA Y ADICIONALMENTE EXISTE UNA GUÍA PARA ESTE TIPO DE VALORACIÓN, QUE ES LA GUÍA FORENSE PARA LA REALIZACIÓN DE PERICIA EN DAÑO PSÍQUICO CON FINES DE INDEMNIZACIÓN O DE CONCILIACIÓN O REPARACIÓN. BÁSICAMENTE LA VALORACIÓN CONSISTE, ES IGUAL A CUALQUIER VALORACIÓN PSIQUIÁTRICA CLÍNICA A EXCEPCIÓN DE QUE SE ACOMPAÑA DE UN ANÁLISIS PERTINENTE AL CASO Y UNA CONCLUSIÓN EN LA QUE SE INTENTA DEFINIR UN DIAGNÓSTICO CLÍNICO Y UN DIAGNÓSTICO FORENSE, A LA VEZ QUE SE CONTESTAN LAS PREGUNTAS A LO SOLICITADO POR LA AUTORIDAD QUE SOLICITA LA PERICIA. EN NUESTRA VALORACIÓN DE ESTA PERSONA LLEGAMOS AL CONOCIMIENTO DE QUE SE TRATA DE UNA PERSONA QUE TIENE UN DIAGNÓSTICO MÉDICO DE TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR Y QUE ESTA PERSONA TOMA LAS MEDICINAS CORRESPONDIENTES PARA ESTE TIPO DE DIAGNÓSTICO Y QUE PARA EL MOMENTO DE LA VALORACIÓN NOS CONTÓ QUE, SE ENCONTRABA EN CONTROLES QUE LE HABÍA SIDO DIAGNOSTICADO ESTO EN LA CLÍNICA LA PAZ Y SE ENCONTRABA ENTONCES EN CONTROLES EN LA UNIDAD FLORARÍA QUE ES DEL HOSPITAL DE KENNEDY, POSTERIORMENTE SE PROCEDIÓ A CONTESTAR LAS PREGUNTAS PERTINENTES QUE FUERON REALIZADAS POR LA AUTORIDAD (...) TENEMOS UNA PERSONA QUE EN SU RELATO NO NOS DIO UN RELATO PROPIAMENTE DE SU ENFERMEDAD SINO DE LA SITUACIÓN QUE ÉL HABÍA VIVIDO AL PRESENTAR SU SITUACIÓN MILITAR Y QUE ESTE SERVICIO MILITAR LE FUE TRUNCADO APROXIMADAMENTE CREO QUE FUERON 2 MESES Y ALGO DE ENCONTRARSE EN SERVICIO, PRECISAMENTE PORQUE LE ENCONTRARON ESTE TIPO DE SINTOMATOLOGÍA EN UNA TERCER VALORACIÓN PSICOLÓGICA, ALGO QUE AGREGO YO Y QUE ES EN ESTE MOMENTO ESPECULATIVO PERO POSIBLEMENTE REAL, ES QUE EN SUS PRIMERAS VALORACIONES QUIZÁS NO SE LE DETECTARON SÍNTOMAS PORQUE ESTÁ CURSANDO CON UN PERIODO ASINTOMÁTICO DE LA ENFERMEDAD, POR ESO HICE LA ACLARACIÓN QUE ES UNA ENFERMEDAD QUE TIENE UNOS EPISODIOS, PERO TIENE ENTRE ELLOS UNOS PERIODOS ASINTOMÁTICOS, MUY PROBABLEMENTE EL INGRESÓ ESTANDO EN ESOS PERIODOS Y POR ESO NO SE LE DETECTÓ Y LUEGO PUES AL COMENZAR A TENER DIFICULTADES, SOBRE TODO CON SUS RELACIONES INTERPERSONALES, SEGÚN LO QUE ÉL NARRA, DE PRONTO ALGUNAS DISCORDIAS CON SUPERIORES PORQUE NO EJERCÍA BIEN ALGUNAS FUNCIONES, DE ACUERDO A LO QUE ÉL DICE EN ALGUNOS MOMENTOS CON ACOSO O GOLPES LEVES LO QUE ÉL DENOMINA CALVAZO EN LA CABEZA POR NO PODER UTILIZAR BIEN UN ARMA Y ALGUNAS OTRAS CIRCUNSTANCIAS POR PERDER ALGUNOS INSUMOS QUE SE LES HABÍAN DADO A ELLOS PARA SU COMIDA Y DEMÁS, SU NARRATIVA ESTUVO CENTRADA EN ESA SITUACIÓN, NO ESTUVO PROPIAMENTE CENTRADA EN LOS SÍNTOMAS, SIN EMBARGO, CUANDO TENEMOS QUE ÉL TIENE CONTROLES Y TIENE DIAGNÓSTICOS EN UNAS INSTITUCIONES PSIQUIÁTRICAS DE PRESTIGIO Y BIEN CONOCIDAS NO SÓLO EN LA CIUDAD SINO TAMBIÉN EN EL PAÍS Y CUANDO TENEMOS UNA CORRELACIÓN ENTRE LA MEDICINA QUE ÉL ESTÁ TOMANDO Y EL DIAGNÓSTICO QUE ÉL DICE, ENTONCES NOSOTROS CONSIDERAMOS QUE ESO A NOSOTROS NOS CORROBORA QUE ÉL SI PADECE DE ESTE TIPO DE ENFERMEDAD, LA PREGUNTA EN SI A LO QUE YO IBA LLEGANDO ES QUE SI SUS DESAVENENCIAS DURANTE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR FUERON LOS DESENCADENANTES DE SU ENFERMEDAD Y MI RESPUESTA NO PUEDE SER NI UN SI NI UN NO, PORQUE MI RESPUESTA TIENE QUE ESTAR BASADO EN LO CIENTÍFICO Y LO CIENTÍFICO NOS INDICA QUE ESTO ES UNA ENFERMEDAD DE UN SISTEMA EN EL CEREBRO QUE SE LLAMA EL SISTEMA LÍMBICO QUE AFECTA PUES PARA CORTAR LO QUE SUCEDE, AFECTA POR DECIRLO ASÍ LA ACELERACIÓN O DESACELERACIÓN DE LA INTERACCIÓN DE ESE SISTEMA CON LA PARTE FRONTAL DEL CEREBRO, QUE ES DONDE LA PERSONA PIENSA, SE IMAGINA Y DONDE PUEDE RACIONALIZAR ASUNTOS Y LA PARTE EMOCIONAL DONDE HAY RESPUESTAS DE LA PARTE DEL CEREBRO QUE SE LLAMA EL HIPOTÁLAMO, DONDE ESTÁN CENTROS DEL APETITO O DEL SUEÑO DE TODO ESTE TIPO DE RESPUESTAS Y ENTONCES LA MEDICINA QUE ÉL ESTÁ TOMANDO ES ENTONCES PARA REGULAR TODO ESTE TIPO DE COSAS EN ESTE TIPO DE PERSONAS, ESTA DISFUNCIÓN DE ESE SISTEMA NERVIOSO LE OCURRE A LAS PERSONAS POR CICLOS, NO HAY UN CICLO DETERMINADO Y POR ESO SE HABLA DE QUE LOS CICLOS SON PRÁCTICAMENTE PERSONALES, SOLO SE HA OBSERVADO QUE ES QUE EN LAS PERSONAS A TRAVÉS DEL TIEMPO QUE TIENEN LA ENFERMEDAD LOS CICLOS VAN CAMBIANDO Y SE VAN EXTENDIENDO Y PUEDE LLEGAR LA PERSONA A MUCHOS AÑOS DE NORMALIDAD APARENTE, ENTONCES ESTA PERSONA

LLEGA Y CUANDO PRESENTA EL SERVICIO MILITAR LE OCURREN ESTAS DESAVENENCIAS, DESARROLLA UNO DE ESTOS CICLOS Y LA ETIOLOGÍA DE ESTO ES MULTIFACTORIAL HAY UNA PARTE QUE ES HERENCIAL, UNA PARTE QUE ES GENÉTICA, HAY UNA PARTE QUE ES PSICOLÓGICA Y OTRA PARTE QUE ES LO QUE ESTOY EXPLICANDO QUE ES NEUROBIOLÓGICO, ENTONCES NOSOTROS NO PODEMOS COGER UN SOLO FACTOR Y DECIR ESE SOLO FACTOR DESENCADENA TODA LA ENFERMEDAD, SIN EMBARGO TAMPOCO SE PUEDE DESCONOCER QUE EL ESTRÉS OCASIONADO NO HAYA PARTICIPADO EN LA EXACERBACIÓN DE UN EPISODIO O SEA ES UN FACTOR CONTRIBUYENTE, MAS NO ÚNICO DE ESO Y ES BÁSICAMENTE LO QUE CONTESTAMOS EN NUESTRO INFORME. PREGUNTADO: CONFORME A SU EXPOSICIÓN USTED NOS INDICA QUE ESTE TIPO DE PATOLOGÍA TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR SE PUEDE PRESENTAR EN CUALQUIER MOMENTO CONFORME A LOS FACTORES QUE PUEDAN GENERAR LA PROLIFERACIÓN DE ESTA ENFERMEDAD O DE ESTA CIRCUNSTANCIA, NOS INDICA COMO PUEDE QUE SIRVAN COMO FACTORES DE EXACERBACIÓN O FACTORES QUE PUEDEN CONTRIBUIR A ESTA, EN LA ENTREVISTA QUE SE REALIZA SE AUSCULTÓ SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE EL PACIENTE HAYA TENIDO EPISODIOS ANTERIORES A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR QUE PUDIERAN CONLLEVAR AL DIAGNÓSTICO QUE EL PACIENTE PUDIERA PRESENTAR ESTE TIPO DE AFECCIONES. INTERROGADO: EFECTIVAMENTE SU SEÑORÍA, CUANDO NOSOTROS LE ESTUVIMOS PREGUNTANDO A ÉL ACERCA DE ESTE ANTECEDENTE, ÉL NOS CONTÓ QUE EL TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR SE LE HABÍA DIAGNOSTICADO DESDE 6 AÑOS ATRÁS EN LA CLÍNICA DE LA PAZ, SI EFECTIVAMENTE ÉL NOS CONTÓ QUE TENÍA 6 AÑOS DE PADECER DE ESTA ENFERMEDAD. PREGUNTADO: PERO CON ANTERIORIDAD CON POSTERIORIDAD A QUE INGRESARA A PRESTAR EL SERVICIO MILITAR. INTERROGADO: YO NO TENGO CLARO EN ESTE MOMENTO POR EL TIEMPO QUE HA TRANSCURRIDO DE VARIOS MESES DE CUANTO FUE QUE ÉL PRESTÓ EL SERVICIO MILITAR, A QUÉ EDAD FUE QUE LO PRESTÓ SI SU SEÑORÍA ME PERMITE REVISAR UN MOMENTICO, EN LO QUE ÉL NOS CONTÓ DE LA HISTORIA PERSONAL. PREGUNTADO: A EFECTOS DE CONTEXTUALIZAR AL PERITO CONFORME A FOLIO 50 LA CONSTANCIA EMITIDA POR LA DIRECCIÓN DE PERSONAL INDICA QUE EL PRESTÓ SERVICIO DESDE EL 11 DE DICIEMBRE DE 2012 HASTA EL 15 DE FEBRERO DE 2013, SI INDICAMOS QUE ESTA VALORACIÓN SE REALIZÓ, CUANDO SE REALIZÓ LA ENTREVISTA. INTERROGADO: EL 14 DE MARZO DE 2019 PREGUNTADO: ESTARÍAMOS HABLANDO 14 DE MARZO DE 2013 O SEA FUE CON POSTERIORIDAD, PERO SE PUEDE LLEGAR A PRESENTAR DADO QUE LA EXPOSICIÓN O LA ENTREVISTA QUE REALIZA EL SEÑOR DANILO ESTÁ MARCADA EN TORNO A LOS EVENTOS QUE PRESENTÓ DENTRO DEL SERVICIO MILITAR, NO SE PUEDE ENTRAR A DETERMINAR SI SE PRESENTARON ANTECEDENTES PREVIOS QUE PUDIERAN GENERAR ESTE TIPO DE AFECCIÓN. INTERROGADO: NO SU SEÑORÍA, NO TUVE CLARIDAD EN ESE MOMENTO DE ANTECEDENTES PREVIOS, A PARTE PUES DE LO QUE ÉL RELATA Y HAY UN PERIODO DE TIEMPO DE LO QUE LE SUCEDÉ EN EL SERVICIO MILITAR Y LA APARICIÓN DE ESE PRIMER EPISODIO QUE ES DIAGNOSTICADO, LO QUE SUCEDÉ SU SEÑORÍA ES QUE ESE ES EL PRIMER EPISODIO DIAGNOSTICADO, LO QUE NO NOS EXCLUYE QUE ÉL HAYA TENIDO SÍNTOMAS ANTERIORES QUE NO HUBIERAN SIDO DIAGNOSTICADOS PORQUE QUIZÁ LA GRAVEDAD NO LLEGÓ A TAL PUNTO QUE A ÉL LO HUBIERAN TENIDO QUE LLEVAR A UN HOSPITAL, ENTONCES TRABAJANDO DENTRO DE LA TOTAL OBJETIVIDAD, SERÍA ESPECULATIVO TANTO ASEVERARLO COMO NEGARLO. PREGUNTADO: USTED NOS INDICÓ QUE PUEDEN PRESENTARSE MOMENTOS EN LOS CUALES HAYA UNA MANIFESTACIÓN ASINTOMÁTICA O QUE HAYA COMO UN ESTADO DE NO AFECTACIÓN DEL TRASTORNO, SI SE HABLA DE QUE SE PUEDE PRESENTAR ESTADOS EN LOS QUE SEA ASINTOMÁTICO, SE PUEDE LLEGAR A LA CONCLUSIÓN QUE ESTE TIPO DE TRASTORNOS AFECTIVOS SEAN TRASTORNOS QUE YA VENGAN DESDE NACIMIENTO O QUE LA PERSONA YA HAYA VENIDO PRESENTANDO EPISODIOS CON ANTERIORIDAD AL EPISODIO DE SERVICIO MILITAR. INTERROGADO: ASÍ ES SU SEÑORÍA, LA MAYORÍA DE LOS TRASTORNOS MENTALES TIENEN UN COMPONENTE GENÉTICO, ENTONCES LA PERSONA YA NACE POR DECIRLO ASÍ CON UN COMPONENTE GENÉTICO IMPORTANTE QUE VA A DETERMINAR EL DESARROLLO DE SUS ÁREAS CEREBRALES Y EL FUNCIONAMIENTO DE ELLAS, LO QUE NO PODEMOS NOSOTROS ES EXCLUIR, ES QUE LOS FACTORES EXTERNOS NO INFLUYAN EN LA EXACERBACIÓN DE SÍNTOMAS O DE EPISODIOS PORQUE EL CEREBRO ES UN ÓRGANO COMO CUALQUIER OTRO, E IGUAL QUE CUALQUIER OTRO, ESTÁ EN INTERACCIÓN CON EL EXTERIOR, EN EL CASO DE LOS PULMONES SI UNA PERSONA TIENE UNA HERENCIA ESTOY HACIENDO UNA ANALOGÍA PARA TRATAR DE SER EXPLICATIVO, SI UNA PERSONA TIENE UNA HERENCIA PARA UN CÁNCER DE PULMÓN ESTA PERSONA ESTÁ SIENDO EXPUESTA AL AIRE QUE PUEDE SER LIBRE DE TÓXICOS Y NO DESARROLLA LA ENFERMEDAD NECESARIAMENTE PERO ESTA PERSONA LA EXPONEMOS A UN AIRE QUE ESTÁ TÓXICO O A FUMAR Y OTRAS ACTIVIDADES, ENTONCES EL CÁNCER DE PULMÓN QUE TIENEN LA HERENCIA PARA ESO SE LE VA A DESARROLLAR, EN ESTOS CASOS TENEMOS PERSONAS QUE BÁSICAMENTE EL SISTEMA LÍMBICO DEL QUE ESTAMOS HABLANDO OBEDECE ALGUNAS ESTRUCTURAS CEREBRALES LLAMADAS LA AMÍGDALA CEREBRAL, EL HIPOCAMPO, EL TÁLAMO EL HIPOTÁLAMO, ESTAS ESTRUCTURAS EN ESTAS PERSONAS EN PAÍSES MÁS RICOS QUE EL DE NOSOTROS DONDE SE LE HACEN UNAS IMAGENOLÓGICAS BIEN CARAS QUE ACÁ NO TENEMOS LOS RECURSOS QUE SE LLAMA EL PESTCAM, QUE ES COMO UNA ESPECIE DE ESCANEO QUE MIRA LA SANGRE Y EL CALOR DURANTE LA ACTIVACIÓN DE SITIOS DEL

CEREBRO Y EL TAMAÑO PROPIO DE ELLOS SE VEN QUE ESAS ÁREAS EN ESTAS PERSONAS TIENE MAYOR AFLUENCIA DE ACTIVIDAD EN UNAS PARTES DEL CICLO Y MENOR AFLUENCIA DE ACTIVIDAD INCLUSO DE TAMAÑO DURANTE OTRAS PARTE DEL CICLO, LO QUE QUIERE DECIR QUE HAY UN COMPONENTE BIOLÓGICO MUY IMPORTANTE, PERO ESO NO NOS EXCLUYE QUE CUESTIONES QUE ESTRESAN PUEDAN EXACERBAR ESTOS EPISODIOS, PORQUE CUANDO YO ME ESTRESO YO ESTOY LIBERANDO EN MI SISTEMA NERVIOSO CIERTAS NEUROHORMONAS, POR EJEMPLO LA MÁS CONOCIDA ES LA NEUROADRENALINA, ENTONCES ESTAS NEUROHORMONAS ACTÚAN TAMBIÉN EN ESOS CICLOS, ENTONCES AL ESTRESARME YO, Y EL ESTRÉS PUES QUE ESTE SEÑOR NOS ESTÁ CONTANDO Y CREO QUE POR ESO ES QUE ÉL YO INTUÍ O PENSÉ O INFERÍ QUE ÉL NO SE CENTRABA EN LOS SÍNTOMAS DE LA ENFERMEDAD SINO EN SU VIVENCIA PORQUE ESTA VIVENCIA LE HABÍA RESULTADO BASTANTE ANCIÓGENICA O TRAUMATIZANTE Y ENTONCES ÉL HABÍA COMO GUARDADO ESE ESTRÉS Y REALMENTE DESPUÉS VEMOS QUE, COMO CERCA DEL AÑO YA TIENE TANTOS SÍNTOMAS QUE LO LLEVAN A UN HOSPITAL Y EN EL HOSPITAL YA DIAGNOSTICAN Y DICEN PUES TIENE UN EPISODIO MANIACO DE UN TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR, ENTONCES YO NO PUEDO DECIR QUE ESA EXPERIENCIA ES LO QUE LE HAYA CAUSADO EL TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR, ESO NO ES CIERTO PERO TAMPOCO PUEDO EXCLUIR QUE ESA VIVENCIA LE HAYA GENERADO A ÉL UNA SERIE DE ESTRÉS O DE SITUACIONES BIOQUÍMICAS EN SU CUERPO QUE HAYAN AYUDADO A EXACERBAR LA APARICIÓN DE LA ENFERMEDAD. PREGUNTADO: SE PUEDE PRESENTAR QUE UN TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR SE PRESENTE SIN ANTECEDENTES GENÉTICOS. INTERROGADO: NO LE TENGO RESPUESTA SU SEÑORÍA PORQUE LA CIENCIA TODAVÍA NO HA RESPONDIDO ESO, PERO HISTÓRICAMENTE INCLUSO LOS NOMBRES DE LA MAYORÍA DE LOS TRASTORNOS PSIQUIÁTRICOS SON PSICOLÓGICOS PORQUE LA PSIQUIATRÍA TUVO SU ORIGEN DE UNA MANERA MUY PSICOLÓGICA POCO CIENTÍFICA QUE HA IDO CAMBIANDO A TRAVÉS DE ESTE SIGLO, EL NOMBRE YA CIENTÍFICO DE ESTA ENFERMEDAD NO SERÍA TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR SINO SERÍA ALGO ASÍ COMO DISFUNCIÓN LÍMBICA, PERO ESE NOMBRE NO SE UTILIZA TODAVÍA LA NOCIOLOGÍA SIGUE SIENDO CLÁSICA O ANTIGUA Y CUANDO EXISTÍA ÚNICAMENTE LO PSICODINÁMICO, PUES DECÍAN QUE ESTO ERAN DEFENSAS QUE TENÍA LA PERSONA DEL ESTRÉS Y DE LA DEPRESIÓN QUE LE CAUSABAN CIERTAS VIVENCIAS (...) DE ACUERDO A LOS ESTUDIOS QUE SE ESTÁN HACIENDO NO SE HAN DETERMINADO LOS MARCADORES GENÉTICOS EXACTOS PERO SI SE HA DETERMINADO LA HERENCIA, ES DECIR EN PERSONAS QUE TIENEN ALGÚN TIPO DE DEPRESIÓN O DE TRASTORNO AFECTIVO, SUS HIJOS SUS NIETOS, ETC. VAN A TENER TAMBIÉN ESTE TIPO DE TRASTORNOS, ENTONCES LA GENÉTICA YA ESTÁ BIEN COMPROBADA EN ESE ASPECTO, NO EL MARCADOR CIENTÍFICO GENÉTICO DE DECIR ES EL GEN EN TAL SITIO, ESO TODAVÍA SE ESTÁ INVESTIGANDO. PREGUNTADO: UBICÁNDONOS EN LA HIPÓTESIS DE QUE SE TRATA DE UNA PERSONA QUE PUEDA PRESENTAR ESTE TRASTORNO PERO QUE DURANTE UNOS MOMENTOS SEA ASINTOMÁTICO, SI SE REALIZA UNA ENTREVISTA POR UN GRUPO DE PSICOLOGÍA O PSIQUIATRÍA HAY POSIBILIDAD DE DIAGNOSTICAR ESE TRASTORNO SI SE HACE EN ESE PERIODO DE SER ASINTOMÁTICO. INTERROGADO: SIN UNA DOCUMENTACIÓN O SIN UNA HISTORIA O UNA NARRATIVA NO, ES DECIR SI NO HAY UN DOCUMENTO QUE DIGA QUE ESTA PERSONA TUVO ESTA ENFERMEDAD ANTES O UNA NARRATIVA DE LA MISMA PERSONA NO PORQUE LOS PERIODOS ASINTOMÁTICOS SON EQUIVALENTES PRÁCTICAMENTE A LA NORMALIDAD DE LA PERSONA QUE NO TIENE LA ENFERMEDAD, DE HECHO UNO DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS CON LAS PERSONAS QUE TIENEN ESTA ENFERMEDAD ES QUE DEJAN DE TOMAR LA MEDICINA Y EL TRATAMIENTO EN LOS PERIODOS ASINTOMÁTICOS PORQUE SE SIENTEN NORMAL Y DICE YO NO TENGO NADA, PARA QUE VOY A ESTAR TOMANDO, CUANDO SI LO TIENEN, PERO COMO NO SE ESTÁ MANIFESTANDO, LA PERSONA SIENTE QUE NO TIENEN NADA Y EN UNA ENTREVISTA NORMAL SERÍA MUY COMPLICADO. PREGUNTADO: EN TEMA DE LOS ALCANCES DE ESTE TIPO DE AFECCIÓN QUÉ GENERA EN UN INDIVIDUO EL TRASTORNO, CÓMO PUEDE SER MANEJADO Y QUÉ GENERA ESE MANEJO. INTERROGADO: EL MANEJO ES DE LOS PERIODOS QUE LLAMAMOS TÉCNICAMENTE MANIACOS O HIPOMANIACOS QUE SIMPLEMENTE SON PERIODOS EN LOS CUALES LA ACTIVACIÓN ES LA PARTE PREFRONTAL DEL CEREBRO DE QUE YO HABLABA Y SE DA MUCHO ACTIVACIÓN DE LOS SISTEMAS NEUROVEGATIVOS, ENTONCES TENEMOS UNA PERSONA QUE ESTA ACELERADA, UNA PERSONA QUE EN MOMENTOS NO DUERME, NO COME, QUE SE DEDICA DEMASIADO A SUS ACTIVIDADES O TRABAJOS Y EMPIEZA A TENER IDEAS DE GRANDEZA Y DE PODER Y MUCHAS COSAS QUE EN ALGÚN MOMENTO LLEGAN HACER YA PSICÓTICAS, ENTONCES EL MANEJO USUALMENTE DE ESE TIPO DE EPISODIO ES INTRAHOSPITALARIO PORQUE UNA PERSONA QUE PUEDE GENERARSE RIESGO DE LESIONES ASÍ MISMO, O A LOS DEMÁS A SU ALREDEDOR PRECISAMENTE PORQUE ESTA TAN ACELERADO Y SU PENSAMIENTO ES MUY RÁPIDO SU HABLAR ES MUY RÁPIDO O INCLUSO PUEDE LLEGAR HACER PSICÓTICO ES DECIR, A PERDER UN CONTACTO CON LA REALIDAD, ENTONCES ESOS SON LOS PERIODOS QUE USUALMENTE SE MANEJAN EN UN HOSPITAL, EN LOS PERIODOS ASINTOMÁTICOS NORMALMENTE SE HACE CONTROL DE LA PERSONA PORQUE NO HAY UNA MANERA CIENTÍFICA EN ESE MOMENTO DE SABER EXACTAMENTE EN QUÉ MOMENTO VA A SALIR A FLOTE UN EPISODIO, Y LOS EPISODIOS DEPRESIVOS USUALMENTE SE MANEJAN CON SIMPLE CONTROL DE MEDICAMENTOS A MENOS DE QUE LA DEPRESIÓN LLEGARA A SER TAN GRAVE QUE LA PERSONA SI LLEGARA

A TENER IDEAS O INTENTOS SUICIDAS Y EN ESE MOMENTO TAMBIÉN SE HOSPITALIZA PARA PROTEGERLO DE QUE NO SE SUICIDE, O EN EL SUICIDIO NO SE LLEVE FAMILIARES Y PERSONAS ALLEGADAS, NORMALMENTE ESTO REQUIERE SIMPLEMENTE LO QUE EL SEÑOR ESTÁ HACIENDO EN ESTE MOMENTO QUE ES ASISTENCIA A CONTROLES Y EN ESOS CONTROLES EL MÉDICO LE VA FORMULANDO BÁSICAMENTE UNO DE TRES TIPOS DE MEDICINAS, UNO SE LLAMA EL MODULADOR AFECTIVO, QUE USUALMENTE SON MEDICINAS QUE SON IGUALES A LAS QUE SE USAN EN NEUROLOGÍA PARA LA EPILEPSIA Y ESTAS MEDICINAS SON TÓXICAS AL ORGANISMO AL TOMARLAS DESPUÉS DE UN TIEMPO ENTONCES REQUIEREN DE LABORATORIOS PARA PODER MONITORIZAR QUE NO TENGAN NIVELES TÓXICOS EN LA SANGRE O QUE NO HAYAN AFECTADO ALGÚN TIPO DE ÓRGANO, ENTONCES ESE TIPO DE CONTROL SE NECESITA ASÍ LA PERSONA ESTE ASINTOMÁTICA, LA OTRA MEDICINA SON LOS ANTICICÓTICOS, PERO ESTOS USUALMENTE NO SE USAN A MENOS QUE LA PERSONA ESTÉ EN UN EPISODIO COMO DIJE AHORITA DE PSICOSIS O PÉRDIDA DE CONTACTO CON LA REALIDAD, Y LAS OTRAS QUE SE USAN Y SE USAN POR MUY CORTOS TIEMPOS SON LOS ANSIOLÍTICOS, PERO ESOS SE USAN TAMBIÉN POR MUY CORTO TIEMPO CUANDO LA PERSONA ESTÁ UN PERIODO DE MUCHA ANSIEDAD O QUE NO PUEDE DORMIR O QUE NO PUEDE COMER PORQUE ESTÁ MUY MAL, SON BÁSICAMENTE ESTOS TRES TIPOS DE MEDICAMENTOS Y LA PERSONA REQUIERE DE CONTROLES, USUALMENTE ESTOS CONTROLES SE HACEN MENSUALES DE ACUERDO A LA EVOLUCIÓN DE LA PERSONA Y AL MÉDICO QUE LO ESTÉ TRATANDO, A VECES LOS HACE BIMENSUALES O HASTA TRIMENSUALES PERO USUALMENTE NO PASAN DE SER MÁS HAYA DE CADA TERCER MES. PREGUNTADO: EN ESTOS TRES TIPOS DE TRATAMIENTO QUE SE PUEDEN PRESENTAR CONFORME AL EPISODIO QUE PUEDE PRESENTAR UNA PERSONA, EN CUANTO A SUS CAPACIDADES DE INTERACCIÓN CON LA SOCIEDAD EN ROLES LABORALES SI LA PERSONA SE ENCUENTRA EN TRATAMIENTO GENERA ALGÚN TIPO DE AFECTACIÓN. INTERROGADO: GENERALMENTE LAS PERSONAS EN TRATAMIENTO PUEDEN Y VIVEN VIDAS ACADÉMICAS Y VIDAS LABORALES E INTERFAMILIARES MUY NORMALES DE HECHO EN NUESTROS PACIENTES HEMOS CONOCIDO PERSONAS PROFESIONALES DE MUY BUENA PREPARACIÓN Y MUY BUEN DESEMPEÑO, PERO OBTIVAMENTE SON PERSONAS QUE ESTÁN PENDIENTES DE SU TRATAMIENTO Y LO REALIZAN MUY BIEN.

Expuesto lo anterior, para el Despacho es claro que la parte actora hace referencia a dos clases de perjuicios. En primer lugar, el hecho de haber sido obligado a soportar una carga a la que no debió haber sido sometido, atendiendo su condición de salud y, en segundo lugar, si la patología diagnosticada se originó como consecuencia de las actividades ejecutadas durante el servicio militar.

En lo que respecta a la primera situación, es dable indicar que, el ordenamiento jurídico ha previsto la práctica de exámenes de aptitud física y psíquica con el fin de determinar si la persona se encuentra en condiciones de ingresar a la Fuerza Pública, por lo que, se ha establecido un sistema de 3 exámenes de ingreso.

Para el caso objeto de estudio, encontramos que, el señor Danilo Sebastián Martínez le fue practicado un primer examen, considerándose por parte de los especialistas como una persona apta para la prestación del servicio, circunstancia que fue modificada al efectuarse el tercer examen.

A juicio del Despacho, dicha circunstancia no constituye una indebida incorporación, por cuanto si bien la afección padecida por el demandante no se advirtió en el primer examen, pese a que la misma fue omitida por el señor Danilo Sebastián Martínez, quien ya había sido atendido anteriormente, la misma se logró identificar dentro del proceso de incorporación, esto es, al practicarse el 3 examen.

Aunado a lo anterior, no debe desconocerse que atendiendo la patología presentada por el demandante – trastorno afectivo bipolar- probablemente el mismo, no presentaba los síntomas al momento de efectuarse el primer examen.

Al respecto tenemos que, dentro de la contradicción del dictamen el profesional médico refirió:

PREGUNTADO: UBICÁNDONOS EN LA HIPÓTESIS DE QUE SE TRATA DE UNA PERSONA QUE PUEDA PRESENTAR ESTE TRASTORNO PERO QUE DURANTE UNOS MOMENTOS SEA ASINTOMÁTICO SI SE REALIZA UNA ENTREVISTA POR UN GRUPO DE PSICOLOGÍA O PSIQUETRÍA HAY POSIBILIDAD DE DIAGNOSTICAR ESE TRASTORNO SI SE HACE EN ESE PERIODO DE SER ASINTOMÁTICO. INTERROGADO: SIN UNA DOCUMENTACIÓN O

SIN UNA HISTORIA O UNA NARRATIVA NO, ES DECIR SI NO HAY UN DOCUMENTO QUE DIGA QUE ESTA PERSONA TUVO ESTA ENFERMEDAD ANTES O UNA NARRATIVA DE LA MISMA PERSONA NO PORQUE LOS PERIODOS ASINTOMÁTICOS SON EQUIVALENTES PRÁCTICAMENTE A LA NORMALIDAD DE LA PERSONA QUE NO TIENE LA ENFERMEDAD, DE HECHO UNO DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS CON LAS PERSONAS QUE TIENEN ESTA ENFERMEDAD ES QUE DEJAN DE TOMAR LA MEDICINA Y EL TRATAMIENTO EN LOS PERIODOS ASINTOMÁTICOS PORQUE SE SIENTEN NORMAL Y DICE YO NO TENGO NADA PARA QUE VOY A ESTAR TOMANDO, CUANDO SI LO TIENEN, PERO COMO NO SE ESTÁ MANIFESTANDO LA PERSONA SIENTE QUE NO TIENEN NADA Y EN UNA ENTREVISTA NORMAL SERÍA MUY COMPLICADO.

En este orden ideas, es evidente que conforme a la patología sufrida por el demandante, no era posible identificar fácilmente la misma al momento en que se efectuó la valoración en el primer examen, situación que se pudo establecer al momento de efectuarse el 3 examen. Por cuanto dicha enfermedad presenta periodos asintomáticos en los que el individuo que la padece se comporta como una persona normal, y no se probó que se tratara de una patología de fácil percepción, o que se contara con inicios de su aparición al momento de la valoración.

En consecuencia, el Despacho considera que por dicho cargo no se encuentra configurada una falla en el servicio, por la que sea dable endilgarle responsabilidad a la entidad demandada.

Por otra parte, de la segunda situación expuesta, *si la patología diagnosticada se originó como consecuencia de las actividades ejecutadas durante el servicio militar*, se advierte que de la valoración realizada al señor Danilo Sebastián Martínez, se concluyó que la prestación del servicio militar no constituyó el factor principal de la aparición del trastorno padecido por el demandante, sin que se tenga certeza si en cumplimiento de dicho deber se pudieron presentar eventos *estresores contribuyentes* a la aparición de su primer episodio.

Adicionalmente se encuentra que, en la contradicción del dictamen, el galeno señaló que la mayoría de las enfermedades mentales tenían un componente genético que determinaban el desarrollo de dichas enfermedades. Por lo tanto, no es dable indicar que la prestación el servicio militar fue la causa directa de la patología sufrida por el señor Danilo Sebastián Martínez.

Aunado a lo anterior, del estudio que se hace de la historia clínica se encuentra que el señor Danilo Sebastián Ramírez con anterioridad a la incorporación militar recibió atención médica por parte del área de psicología⁶:

Fecha y Hora: 11/Ago/2012 07:03 am

MOTIVO DE CONSULTA: VALORACIÓN PARA PSICOLOGÍA

ENFERMEDAD ACTUAL: REFIERE LA MADRE QUE EN EL COLEGIO EL PACIENTE SE HA AISLADO NO HABLA ESTÁ FALTANDO A CLASES, EL PACIENTE REFIERE SENTIRSE DEPRIMIDO, ANSIOSO NO IRITABILIDAD DESANIMO NO TRASTORNO DEL SUEÑO AUMENTO DEL APETITO CON LOS EPISODIOS DE ANSIEDAD.

(...)

REQUIERE VALORACIÓN INTEGRAL CON PSIQUIATRÍA Y TRATAMIENTO PSICOLÓGICO PERMANENTE PARA DESCARTAR CONSUMO DE SPA⁷, YA QUE HAY VARIOS INDICADORES QUE GENERAN SOSPECHA Y PARA GENERAR PROCESO DE ADAPTACIÓN PSICOSOCIAL SE COMENTA CON MÉDICO FAMILIAR QUIEN AUTORIZA REMISIONES SE CITA A LOS PADRES AL TALLER CON HIJOS ADOLESCENTES. CITA DE SEGUIMIENTO INDIVIDUAL EN 3 MESES.⁸

En ese sentido se concluye que, no se acreditó el nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el actuar de la entidad demandada, en tanto lo realmente acreditado es que pudieron presentarse múltiples factores que hayan influido en el desarrollo de la enfermedad padecida por el demandante con posterioridad a su desincorporación, por cuanto que la misma se presentó el 15 de febrero de 2013, y hasta el 7 de noviembre de 2013, fue valorado

⁶ Folio 33

⁷ En literatura médica: Sustancias psicoactivas

⁸ Folio 34 vto

por la Unidad de Salud Mental de la EPS Sanitas⁹, entidad que diagnosticó *trastorno afectivo bipolar*.

De manera que, no obra prueba que indique o permita inferir que la prestación del servicio militar fue la causa eficiente de la patología que presenta la parte actora, pues el señor Danilo Sebastián Martínez omitió informar a la entidad que venía siendo valorado por psiquiatría y psicología por problemas de sueño, e incluso con posterioridad siguió siendo atendido por dichos aspectos, y pese a esto, en desarrollo del proceso de formación militar, se avizoró la patología y se le retiró del servicio. De manera que, si bien con posterioridad desarrolló la afección, sobre la misma no se identificó su causa, aunado a que no se excluyó la formación militar, sin embargo, conforme lo manifestado por el galeno, se trata de una enfermedad que en cualquier momento podía desarrollarse y debía ser tratada, aspecto sobre el que la persona se encontraba en necesidad de asumir, debido al componente genético que ostenta la patología.

4. 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.

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 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.

6. 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

⁹ Folio 15

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.

SÉPTIMO: 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. 31 de marzo de 2020.

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00411-00
Demandante :	José Miguel Vega Montañez y otros
Demandados :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 52**

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 José Miguel Vega Montañez, María Adelina Rojas Rojas, Miguel Andrés Vega Rojas y Edgar Rojas Rojas 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 la muerte del señor Arnold Yesid Vega Rojas acaecida el 12 de octubre de 2013, mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales, morales y daño a la salud, en los montos plasmados en su escrito de demanda (f. 148 a 152 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el joven Arnold Yesid Vega Rojas estuvo vinculado al Ejército Nacional como soldado bachiller, adscrito al Batallón de Servicios para el Combate No. 21 adscrito a la Brigada de Apoyo Logístico No. 21 ubicada en la ciudad de Bogotá.

Añadió que, para el 18 de diciembre de 2012 se expidió la Orden Administrativa No. 236 dando de alta al octavo contingente de 2012, integrado entre otros, por el soldado Arnold Yesid Vega Rojas, razón por la que, el 15 de febrero de 2013 le fue practicado el tercer examen médico sin ninguna novedad.

Sin embargo, relató que el 13 de marzo de 2013, el soldado fue enviado a la Brigada Móvil No. 7 de San José del Guaviare, sin entrenamiento especial o puntual para desempeñarse en ese sitio, ni mucho menos acto administrativo u orden de operaciones que así lo dispusiera, no obstante, el soldado se presentó el 24 de marzo de 2013 sin ninguna novedad, asignándosele el día siguiente una guadañadora para el mantenimiento del área, lo que a su parecer era una tarea ajena a las que debía realizar como soldado bachiller, sin que contara con entrenamiento para ello.

Advirtió que, durante su estancia en dicho lugar fue objeto de varios conceptos positivos por su desempeño y que, para el 16 de mayo de 2013 fue visitado por sus padres, comentándoles en dicha oportunidad que deseaba continuar la carrera militar.

Para el 25 de agosto de 2013, fue relevado del Mando del CODA 2 el Capitán Álvaro Javier Huertas Argoti y asignado como comandante del CODA 2 en la Brigada Móvil No. 7 al Cabo Tercero Carlos Andrés Mosquera Vargas.

Refirió que, el soldado Arnold Yesid Vega Rojas estuvo de licencia entre el 6 y 23 de septiembre de 2013, concediéndosele 2 días más que sus compañeros por su buen desempeño.

Para el 12 de octubre de 2013, el soldado Arnold Yesid Vega Rojas prestó servicio de centinela entre las 6:00 y las 9:00 de la noche en el sector del Bunker sin ninguna novedad, relató que para ese día su madre habló con él hacia las 4:00 de la tarde y a las 6:00 de la tarde le envió mensaje de texto expresándole su cariño, no obstante, acostumbraba a recibir su llamada a las 8:00 de la mañana, y no la recibió.

Conforme a las anotaciones del Libro de Servicio, el Suboficial de Servicio, Sargento Segundo Sierra Alemán de la Compañía CPS-29 consignó para el 12 de octubre de 2013 a las 21:00 horas, que había pasado revista al armamento y al personal sin novedad especial.

De igual forma, el comandante del CODA No. 2, Carlos Andrés Mosquera Vargas consignó que al pasar revista a las 21:00 horas, el personal de soldados se encontraba completo, así mismo, a las 00:05 horas del 13 de octubre de 2013 pasó revista al armamento encontrándose de centinela el soldado profesional Carlos Rodríguez Caicedo.

Lo mismo ocurrió con la anotación realizada por el teniente Franco Alexander Suarez Delgado, comandante de la Compañía CPS- 29, quien para las 22:00 horas del 12 de octubre de 2013 indicó en el libro de inspección que, pasó revista al armamento y al personal sin ninguna novedad.

Sin embargo, el 13 de octubre de 2013 la Brigada Móvil No. 7 expidió Radiograma No. 1112 informando la desaparición del soldado Arnold Yesid Vega Rojas y, para el 14 de octubre de 2013 se informó el hallazgo de su cadáver.

Sobre los hechos, se rindió Informe Administrativo por Muerte el 15 de octubre de 2013, en el que se advirtió que, al pasarse revista a las 21:00 horas del 12 de octubre y las 00:05 del 13 de octubre de 2013 el personal se encontraba completo, y solo hasta las 4:50 horas del 13 de octubre le fue informado que el soldado Arnold Yesid Vega Rojas se había evadido

debido a que no se encontraba en las instalaciones del batallón, por lo que se ordenó formar el personal, evidenciándose a las 7:30 de la mañana la ausencia del soldado.

El 15 de octubre de 2013, se expidió Radiograma No. 005872 informando el fallecimiento del soldado Arnold Yesid Vega Rojas y para el 18 de octubre de 2013, se le confirió Mención Honorífica por los servicios prestados.

Advirtió que, el 5 de noviembre de 2013 el BASER 21 expidió orden de operaciones Soberanía No. 001 para el CODA 1 y el CODA 2.

Frente a la responsabilidad de la entidad, aseguró que hubo fallas en las líneas de mando y control del personal al que estuvo a cargo el soldado Arnold Yesid Vega Rojas, en la medida que nadie notó su ausencia entre las 9:00 de la noche y las 5:00 de la mañana, así como los dispositivos de seguridad que desconocían la manera en que salió de las instalaciones del Batallón y solo hasta que la Policía Nacional llamó a las instalaciones preguntando si el soldado estaba adscrito a esa Unidad, se enteraron de su desaparición.

Afirmó que, el soldado debió salir con un superior a efectos de superar los controles del sistema de seguridad, de lo contrario no era posible salir y entrar de dichas instalaciones, aunado a que el cuerpo del soldado Arnold Yesid Vega Rojas fue hallado sin rastros de alcohol o sustancias psicoactivas, evidenciándose una falta en el deber de cuidado y control de los soldados, debido a que en los registros del libro de inspección no dan cuenta de que el soldado estuviera fuera de las instalaciones militares y solo hasta el día siguiente notaron su ausencia, lo que evidenciaba una falta de seguridad, en tanto no se logró determinar a qué hora salió el soldado, en compañía de quién y a qué lugar.

Añadió que, la entidad no suministró el personal necesario para la preservación del personal agregado en San José del Guaviare, debido a que el comandante no dormía en el momento de los hechos con su personal como estaba ordenado, aunado a que, carecía de la experiencia para asumir la organización del CODA 2, lo que configuraba una falta de logística y planeamiento del personal.

Consideró que, el hecho de haberse agregado personal a esa Unidad sin una orden de operaciones de por medio, implicaba una falta de planeación que incidió en la muerte del soldado Arnold Yesid Vega Roja, sumado a que según su incorporación debía haber prestado su servicio militar en Bogotá y no en San José del Guaviare, en tanto era una zona de orden público, dispuesta para soldados profesionales.

Señaló además que, el soldado Arnold Yesid Vega Rojas debió ser evacuado junto con sus compañeros de contingente el 6 de octubre de 2013 para cumplir instrucción y plan de desacuartelamiento que se llevaría cabo el 6 de diciembre de 2013, pero nunca se hizo la evacuación en la programación establecida.

Concluyó que, la muerte del soldado Arnold Yesid Vega Rojas se presentó de manera absurda el 13 de octubre de 2013, informándose que resultó ahogado en el río Guaviare después de prestar de Centinela a las 9:00 de la noche y de quien sus superiores dieron fe de que se encontraba en las instalaciones de la Brigada Móvil No. 7, y resultó muerto por inmersión en inmediaciones del río Guaviare, sin que sus superiores y los dispositivos de

seguridad lo detectaran, por lo que la entidad estaba llamada a responder por los perjuicios causados con ocasión de su muerte, en virtud de la teoría jurisprudencial del depósito, en tanto sus familiares entregaron al Estado un joven sano y debía ser devuelto en las mismas condiciones, situación que no ocurrió (f. 147 a 191 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 2 de mayo de 2016, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que la muerte del soldado Arnold Yesid Vega Rojas no era atribuible a la entidad.

Alegó que, en el presente asunto se configuraba el eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, en tanto la muerte del soldado fue consecuencia de una evasión de la unidad militar, por lo que, era producto de su propia imprudencia.

Añadió que, cualquier actividad militar no podría realizarse si cada hombre no tuviera claro su rol y funciones a desarrollar, siendo imposible que los comandantes o superiores verificaran que cada hombre cumpliera con la función de manera adecuada, más aún cuando al pasarse revista se dejó constancia que los soldados estaban completos, entre ellos, Arnold Yesid Vega Rojas.

Por lo anterior afirmó que, pese a que la muerte era cierta, no se acreditó la imputación objetiva del daño en cabeza de la entidad, atendiendo a que, en el presente asunto se defraudó el principio de confianza y auto responsabilidad, que debía asumir el soldado en el rol o actividad que le fue asignada, ya que la víctima también podía ser objeto de imputación, en tanto al momento de la realización del riesgo, era quien tenía el deber de evitar el resultado y no lo hizo (f. 181 a 185 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 26 de mayo de 2015 (f. 172 c. principal) seguidamente, mediante auto de 30 de noviembre de 2015, se admitió la demanda (f. 174 y 175 c. principal).

Mediante auto de 22 de septiembre de 2016, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 227 c. principal).

El 11 de abril de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 438 y 439 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 3 de mayo de 2019, el apoderado de la parte actora rindió sus alegaciones finales indicando que, en el plenario se encontraba probada la muerte del soldado Arnold Yesid Vega Rojas y que la misma se produjo por ahogamiento en el río Guaviare, sin embargo, indicó que de los documentos allegados y la testimonial recaudada, se logró establecer que ésta no fue la única, exclusiva y determinante causa del daño, sino que concurría la negligencia del Estado y sus obligaciones como garante de los conscriptos,

debido a las omisiones al momento de los hechos que desencadenaron en que el uniformado falleciera.

Por lo anterior concluyó que, se encontraba probado que el daño antijurídico era producto de una falla en el servicio de la entidad demandada que contribuyó o tuvo injerencia sustantiva y suficiente en la producción del daño, que si bien era cierto, en el resultado participó la víctima, también lo era que, no era la única causa del daño, en tanto al haberse trasladado al soldado Arnold Yesid Vega Rojas a una zona de combate y sin ninguna experiencia para desplegar actividades en esa zona geográfica nacional y mucho menos conocía que el río entrañaba peligro (f. 440 a 448 c. principal).

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional advirtió que, de acuerdo a las pruebas obrantes se podía concluir que, el soldado Arnold Yesid Vega Rojas prestó de centinela la noche anterior a la fecha de los hechos, que asistió a la formación de recogida y que recibió normalmente el servicio para que el que fue nombrado y lo entregó sin novedad. Refirió además que, en el alojamiento donde dormían los suboficiales, los cuales lo vieron por última vez a las 9:00 de la noche aproximadamente, quien había manifestado a sus compañeros que estaba aburrido con el encierro y que incluso los había invitado a salir a satisfacer deseos sexuales, sin embargo, de acuerdo a los registros de la institución, el soldado debía estar durmiendo en el alojamiento después de prestar de centinela, sin que se evidenciara autorización de salida y menos en las horas de la noche.

Añadió que, el hecho de ahogamiento que sufrió el soldado fue consecuencia de su propia negligencia y si bien se tiene en cuenta que a las 9:00 de la noche se encontraba en alojamiento y que debió salir de manera voluntaria y por sus propios medios y de la misma manera ingresó a las aguas del río donde fue hallado con ropa de civil y sin signos de violencia, sin que hubiese salido con boleta de salida, ni que hubiere registro en los libros de la guardia de la guarnición donde se registra la salida del personal, debido a que los soldados regulares o bachilleres no podían salir sin autorización respectiva y con boleta de salida, lo que indica que el soldado se evadió sin autorización.

Respecto a la falla en el servicio alegada indicó que, no se logró demostrar que el Ejército hubiera puesto en cabeza del señor Arnold Yesid Vega Rojas una carga pública que no tuviera la obligación de cumplir, en el sentido que no logró probar siquiera la manera en que ocurrieron los hechos, sino que de lo único de lo que se tiene certeza era de su muerte, pero la forma en que apareció el cuerpo no guarda relación alguna con la prestación del servicio militar, pues lo correcto era que si terminó su servicio de centinela, debió permanecer en su alojamiento, y no aparecer ahogado en el río, cuando no se acreditó que se le hubiera dado orden alguna de ingresar al afluente o que estuviera realizando algún tipo de entrenamiento o ejercicio dentro del mismo, sin que alguna de tales hipótesis hubiere sucedido, sino que, no se evidenció actuar alguno de sus superiores para que el occiso terminara en el río.

Por lo anterior, no existió acción u omisión de la entidad en la producción del suceso que tuvo como consecuencia la muerte del joven Arnold Yesid Vega Rojas, ya que verificado el personal a las 9:00 de la noche después de entregar el servicio de centinela se encontraba dentro de la Unidad y del alojamiento y no se evidenció negligencia por parte de algún personal de militares a cargo de la seguridad del cantón militar, se archivó la indagación

preliminar disciplinaria. Así mismo, dado que las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos y desencadenó el daño, permitían inferir que el mismo fue producto de una culpa exclusiva de la víctima, solicitó se negaran las pretensiones de la demanda (f. 448 a 455 c. principal).

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 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 del soldado Arnold Yesid Vega Rojas en hechos ocurridos el 13 de octubre de 2013, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio o si por el contrario, devino de 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 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).

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. 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.

Por lo que en el presente asunto, las copias de las actuaciones surtidas en la actuación disciplinaria No. 004-2013 adelantada con ocasión de los hechos que rodearon la muerte del señor Arnold Yesid Vega Rojas, 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.

3.3.1 El 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 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*.

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.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

En el caso bajo estudio la parte actora hizo consistir el daño en la muerte del soldado bachiller Arnold Yesid Vega Rojas es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que se produjo el 13 de octubre de 2013 conforme a la documental visible a folio 267 a 276 c. principal.

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 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 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 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 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.

3.3.3 De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

La parte actora adujo que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, con ocasión de la muerte del soldado bachiller Arnold Yesid Vega Rojas, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y con posterioridad haber prestado vigilancia como centinela.

En cuanto a la muerte del señor Arnold Yesid Vega Rojas, el Despacho encuentra acreditado que, falleció el 13 de octubre de 2013 conforme a la documental visible a folio 267 a 276 c. principal.

De acuerdo al informe pericial de necropsia No. 2013010195001000083 de 15 de octubre de 2013 realizado al cadáver del soldado Arnold Yesid Vega Rojas, se resalta que fue encontrado portando jean, camiseta negra, medias y tenis de color gris. Frente a los hechos en que fue hallado el cuerpo señaló *“Cuerpo masculino hallado flotando en un río en zona rural y quien había desaparecido el día anterior al hallazgo”*, como conclusión pericial le

permitieron establecer “la causa de muerte por sumersión, Adicional a esto no se evidenciaron lesiones que expliquen la causa de muerte por trauma, así como no se evidenció enfermedad alguna que explique la causa de muerte de origen natural” (f. 267 a 271 c. principal).

Frente a la calidad de conscripto del señor Arnold Yesid Vega Rojas se acreditó que, para el 13 de octubre de 2013 el señor Arnold Yesid Vega Rojas fungía como soldado bachiller adscrito al Batallón de Apoyo y Servicios para el Combate No. 21 del Pelotón CODA No. 2 y agregado a la Brigada Móvil No. 7, conforme a la documental visible a folios 29, 62 y 426 c. principal.

Respecto a las circunstancias en que acaeció la muerte del señor Arnold Yesid Vega Rojas se acreditó que el día 13 de octubre de 2013, falleció por inmersión en un río, en los términos consignados en el Informe rendido por el Comandante del CODA No. 2 el 15 de octubre de 2013:

“Se forma el personal de soldados disponibles y se da parte al señor SV. FERNÁNDEZ MONTILLA (Oficial Control) sin novedad. Así mismo ordenan pasar el personal al alojamiento para su respectivo descanso, siendo las 21:00 pace revista del personal de soldados que se encontraban en descanso estando en su totalidad completos, así mismo encontrado de centinela el soldado profesional JARAMILLO y me dirijo hacia el alojamiento para tomar mi descanso. Siendo las 00:05 del día 13 de octubre del año presente, procedo a la revista del armamento el cual consta en el parte de armamento y quien se encontraba de centinela el soldado profesional RODRÍGUEZ CAICEDO CARLOS así mismo informo a este comando que en ningún momento los centinelas me informan que el soldado se había evadido. Terminada la revista me dirijo nuevamente al alojamiento para continuar mi descanso. Siendo aproximadamente las 04:40 me informa el señor TE. SUREZ DELGADO FRANCO ALEXANDER (Oficial de inspección) que presuntamente el soldado VEGA ROJAS ARNOLL YESID no se encontraba en las instalaciones del batallón, a lo que inmediatamente se ordenó formar el personal, en el momento de la formación nos damos cuenta que efectivamente no se encontraba. A lo que el teniente procede a informarme que por conocimiento de la policía nacional de San José del Guaviare tendrían los documentos del soldado VEGA ROJAS ARNOLL YESID, los cuales se encontraban en una estación de servicio a las orillas del puerto “El barquito”, a lo que narra el señor ARIAS YESID vigilante del lugar que presuntamente el señor se quitó las pertenencias las cuales le dejó a su cuidado, él se dirige hacia el río porque quería bañar, él se lanza al río y a los segundos se escucha los gritos de auxilio, el vigilante procede a llamar a la policía, a la llegada de un patrullero él le entrega los documentos de la persona a lo que el patrullero revisa los documentos se da por enterado que es el soldado VEGA ROJAS ARNOLL YESID en lo que presume el patrullero que es miembro del batallón de San José del Guaviare. Por medio del radio se comunica con el puesto de reten ubicado cerca de la guardia del Cantón Militar, de ahí procede un patrullero a informarle al señor CS. SANCHEZ comandante del retén que si el soldado mencionado es parte del MESTOR (control de guardia de la móvil N° 7) así mismo él se dirige hacia el retén y la información brindada era cierta, inmediatamente él se comunica con el señor TE. SUAREZ DELGADO FRANCO ALEXANDER al que le pregunta si el soldado VEGA ROJAS ARNOLL YESID pertenece a la compañía. En ese momento procede a informarme los hechos ya mencionados. Siendo las 07:30 cuando ya era confirmado todos los hechos procedí a informar al señor TC. ORLANDO QUINTERO GOMEZ los hechos ocurridos” (f. 28 c. principal).

Frente a la investigación disciplinaria adelantada por los hechos en que falleció el soldado Arnold Yesid Vega Rojas, se acreditó que por los hechos en que resultó muerto el soldado bachiller Arnold Yesid Vega Rojas, se adelantó la investigación disciplinaria No. 004 de 2013 (cuaderno de pruebas).

De las declaraciones recaudadas, se puede concluir que coinciden en afirmar que el soldado deseaba salir de la Unidad Militar el sábado 12 de octubre de 2013, razón por la que, solicitó el permiso del COMANDANTE del CODA No. 2, quien se lo negó. Además, sus compañeros afirmaron haberlo visto por última vez entre las 9:00 y las 10:00 de la noche, inclusive uno de sus compañeros con los que compartía comida, notó cuando terminó de prestar de centinela que faltaba la ropa de civil del soldado Arnold Yesid Vega Rojas aproximadamente a las 3:00 de la mañana y que, a las 4:30 de la mañana les fue informado que se encontraba en el pueblo.

En decisión del 5 de septiembre de 2014, el comandante del Batallón de la Brigada Móvil No. 7 archivó en forma definitiva la investigación disciplinaria No. 014 del 2013, al considerar que no se encontró prueba que demostrara que hubo negligencia por parte de ningún comandante o indebida aplicación de la posición de garante, en tanto adujo que, el soldado bachiller Arnold Yesid Vega Rojas determinó su actuar y se salió de la órbita de protección de sus superiores, por lo que, consideró que finalmente fue su actuar el que determinó la lesión al bien jurídico tutelado en este caso su vida, configurándose la causal de exoneración de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima f. 125 a 137 c. principal.

Así las cosas, 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 Arnold Yesid Vega Rojas ingresó al servicio militar obligatorio en condición soldado bachiller, acreditándose que durante la prestación del mismo, esto es, el 13 de octubre de 2013 fue encontrado muerto por ahogamiento en el río Guaviare.

No obstante, afirmó la entidad demandada que al no haberse producido la muerte del soldado Arnold Yesid Vega Rojas por el riesgo propio del servicio militar, o bajo la realización de actividades propias del servicio militar obligatorio, no resultaba imputable a la entidad y más aún, cuando se encontraba acreditado que, fue el actuar de la víctima la que conllevó a la producción del daño antijurídico alegado.

3.3.3.1 Del eximente de culpa exclusiva de la víctima

Advierte el Despacho que, la entidad demandada señaló que, el hecho dañoso era atribuible exclusivamente a la conducta irresponsable de la víctima al evadirse las instalaciones de la Unidad Militar sin autorización de sus superiores, proponiendo la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

En relación con la culpa exclusiva de la víctima, el Consejo de Estado⁶ ha precisado:

"Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal".

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008. Expediente 18.725

Atendiendo el criterio jurisprudencial anteriormente citado, los argumentos señalados por la entidad demandada, tienen la vocación de eximir de responsabilidad a la entidad demandada, puesto que el daño causado a la parte actora con ocasión de la muerte del señor Arnold Yesid Vega Rojas acaecida mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, fue producto del actuar propio del precitado soldado, como pasa exponerse:

Se encuentra probado conforme a las declaraciones recaudadas al interior de la actuación disciplinaria 04 de 2013 y las rendidas al interior del presente asunto que, en las horas de la noche no estaba autorizada la salida de personal de la Unidad Militar en la que se encontraba el soldado Arnold Yesid Vega Rojas.

Se concluye además que para el 12 de octubre de 2013, el soldado Arnold Yesid Vega Rojas había solicitado permiso a su Comandante para salir de la Unidad, manifestándole a sus compañeros que el mismo le fue negado.

Se acreditó además que, el soldado Arnold Yesid Vega Rojas fue visto por ultima vez por sus superiores y compañeros entre las 9:00 y las 10:00 de la noche y que solo, hasta el día siguiente, es decir, el 13 de octubre de 2013 notaron su ausencia de las instalaciones militares, y que fue encontrado muerto en la orilla del río Guaviare, sin signos de violencia, vestido de civil, sin residuos de alcohol o alucinógenos y determinándose como causa de muerte, sumersión.

De manera que, si bien no fue posible determinar la manera en que el soldado Arnold Yesid Vega Rojas salió de las instalaciones de la unidad militar, lo cierto es que, su cadáver fue encontrado por fuera de la misma, lo que obliga a concluir que encontró la manera de evadir la vigilancia de la base militar a efectos de salir de manera voluntaria, en tanto no se acreditó que hubiese salido por orden de un superior o en virtud de actividad alguna asociada a su actividad militar como conscripto.

Por lo tanto, si bien el soldado Arnold Yesid Vega Rojas falleció, la decisión de sumergirse en las aguas en las que se presentaron los hechos, fue producto de su libre albedrío, escapando dicho suceso de la órbita de funciones encomendadas por la entidad demandada, pues no obedeció al cumplimiento de ninguna orden o labor derivada de la prestación del servicio militar obligatorio.

Si bien el Despacho no desconoce que, pudo haber existido una falencia en los dispositivos de seguridad para la custodia del personal que se encontraba en la unidad militar, lo cierto es que, la conducta del soldado Arnold Yesid Vega Rojas no era fácil de predecir, pues se infiere que una persona de su edad y con la conciencia de adulto que gozaba, era consciente de que si se le negaba un permiso debía permanecer en las instalaciones militares y no evadirse, pues era de suponerse que luego de terminar su turno de centinela, permanecería descansando junto al resto de personal.

Aunado a lo anterior, si bien frente a los conscriptos el Estado tiene la obligación de garantizar la custodia y cuidado de dichos soldados, lo cierto es que, esa custodia no es absoluta, como la que se depreca de un padre a un menor, en tanto éste no tiene la capacidad para distinguir entre lo prohibido y lo permitido, mientras que la víctima, era una

persona adulta, con pleno conocimiento de la condición que gozaba y la subordinación frente a sus superiores, así como la prohibición de salir de las unidades militares sin autorización, y que pese a ello, decidió buscar la manera de evadirse de dichas instalaciones y dirigirse al pueblo cercano sin que fuera detectado, y que si bien, fue encontrado muerto, su muerte no devino directamente de su estado de conscripción sino de su libre actuar.

Finalmente, si bien la parte actora pretende endilgar una falla en el servicio a la entidad por el traslado del soldado Arnold Yesid Vega Rojas a San José del Guaviare, así como al asignarle la función de guadañador y por la falta de vigilancia de sus superiores, lo cierto es que, no se acreditó en el plenario que, efectivamente tales circunstancias configuren un actuar arbitrario de la entidad, capaz de contribuir o materializar el daño reclamado, pues como ya se indicó en párrafos anteriores, las pruebas recaudadas dan cuenta de un actuar voluntario e irresponsable del soldado Arnold Yesid Vega Rojas al evadirse sin permiso de sus superiores de la Unidad Militar a la que estaba asignado y debía desarrollar sus funciones, producto del actuar propio del conscripto, sin que hubiere prueba alguna de que algún uniformado o sus superiores hubieren incidido en su decisión.

3.4. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera negativa, al encontrarse configurado el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima en los hechos en que falleció el soldado Arnold Yesid Vega Rojas en hechos acaecidos el 13 de octubre de 2013 mientras prestaba su servicio militar obligatorio, por lo que resulta procedente negar las pretensiones de la demanda.

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 hizo presencia en la audiencia inicial y a la 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: DECLARAR probado el eximente de responsabilidad de la culpa exclusiva de la víctima, conforme a 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

KGM



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0042400
Demandante	:	Harold Andrés López Bermúdez y Otros
Demandado	:	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 50**

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 Harold Andrés López Bermúdez, Ana Soraya López Bermúdez en nombre propio y representación de los menores Kevin Esneider Salazar Bermúdez y Stiven presentaron 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 al interno Harold Andrés López Bermúdez al interior de un establecimiento penitenciario, en hechos ocurridos el 6 de junio de 2013, cuando fue agredido con arma blanca por otro recluso, situación que le causó lesiones en su integridad.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales y morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 35 – 36 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

La apoderada de la parte actora indicó que, mientras se encontraba privado de la libertad, el señor Harold Andrés López Bermúdez fue agredido por otro interno, causándole heridas graves en su ojo izquierdo, lesión que generaron secuelas permanentes como pérdida de la visión y deformidad en su rostro.

Refirió que, el demandante fue valorado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ente que determinó una incapacidad de 35 días.

De igual manera adujo que, para el día de los hechos, el señor Harold Andrés López Bermúdez se encontraba privado de la libertad en el establecimiento carcelario La Picota, cumpliendo una pena por el delito de hurto calificado agravado.

Manifestó que, el cuerpo de guardia del establecimiento no cumplió con las funciones propias a su cargo, por cuanto una de las principales funciones era propender por proteger la vida e integridad de las personas que se encontraban en riesgo físico o mental. Por lo tanto, se encontraba acreditada la falla en el servicio en el presente asunto.

1.3.- Contestación de la demanda

La entidad demandada no presentó escrito de contestación.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 8 de julio de 2016 (f. 69 c. principal), mediante auto proferido el 1 de junio de 2015, se inadmitió la demanda y una vez subsanados los yerros advertido, el juzgado admitió la demanda a través de auto del 26 de febrero de 2016 (f. 38 c. principal).

El día 2 de octubre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 54 – 55)

Posteriormente, el día 5 de febrero de 2019 se realizó audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 78 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Indicó que, la guardia de la cárcel La Picota se encontraba bajo la subordinación del INPEC y por lo tanto, dicha entidad se encontraba en el deber de acatar lo dispuesto por el ordenamiento jurídico.

Precisó que, en el caso objeto de estudio no se había dado cumplimiento a las disposiciones aplicables al presente asunto, en tanto que, los guardias se encontraban en la obligación de velar por la vida e integridad de las personas privadas de la libertad, situación que no había acaecido en el presente asunto.

Finalmente, solicitó que se condenara a la entidad demandada al pago de las pretensiones, por cuanto se encontraba acreditada la falla en el servicio, debido a las lesiones padecidas por el señor Harold Andrés López Bermúdez, ante la falta de custodia y vigilancia.

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 las lesiones sufridas por el señor Harold Andrés López Bermúdez cuando se encontraba recluso en el establecimiento carcelario La Picota.

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 las lesiones sufridas por el señor Harold Andrés López Bermúdez, cuando se encontraba recluso en el establecimiento carcelario La Picota, presuntamente por falta de vigilancia del cuerpo de seguridad y vigilancia.

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 II. 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.

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).

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 desampurada la ciudadanía”.

Responsabilidad del Estado por muerte o lesión de detenidos o reclusos –reiteración jurisprudencial.

Cuando se trata de daños causados a personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo³ ha considerado lo siguiente:

“Siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, y que han sido acogidos por esta Sala, el Estado debe garantizar la protección del derecho a la vida del recluso o detenido bajo la siguiente premisa:

“(…) La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno. Dicha obligación aparea la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos. Esto aparea la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado”.

Conforme al criterio anteriormente expuesto, es claro que, cuando se trata de personas que se encuentran privadas de la libertad, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la integridad del recluso, atendiendo las limitaciones en las que estos se ven inmersos.

Ahora bien, el Despacho advierte que, la presente controversia surgió con ocasión de las lesiones causadas a una persona que se encontraba privada de la libertad, en esa medida, por tratarse de un riesgo producto de estar recluso en centro penitenciario, es importante analizar los títulos de imputación aplicables en el presente asunto.

Al respecto, en la providencia anteriormente citada, la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó:

“La jurisprudencia de la Corporación ha modificado paulatinamente el título de imputación bajo el cual se gobiernan los casos en que resulte herido o muerto un recluso o un detenido dentro de un centro carcelario o penitenciario que se encuentra bajo la guarda de la autoridad competente, para el cumplimiento de la condena penal que se haya impuesto o la medida de aseguramiento que se haya determinado para garantizar el curso normal del

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, proceso (37497) C.P Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

proceso penal correspondiente. Bajo esta perspectiva, en un principio se aplicó la falla presunta del servicio en atención a que:

"(...) [E]n casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la adecuada prestación del servicio vincular mayor número de personas que colaboran con el cumplimiento de este cometido (...)".

Posteriormente surgió un cambio respecto a la forma como las autoridades carcelarias cumplen los cometidos obligacionales en cuanto a la protección y seguridad que deben brindar a los internos de los centros penitenciarios y carcelarios; es por ello que se aplicó en diversas decisiones la falla probada en el servicio como criterio de imputación, considerando, en términos generales, que tales autoridades tiene a su cargo dos obligaciones concretas: i) la custodia y ii) la vigilancia y en el evento en que ocurra una lesión o se cause la muerte de un recluso o un detenido, el Estado es responsable de tal daño por cuanto quebranta por omisión los deberes que le han sido impuestos.

Ahora bien, en diferentes ocasiones esta Corporación ha enmarcado la responsabilidad del Estado bajo el título de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad y conforme al artículo 90 de la Constitución Política, pues en estos casos se presentan relaciones especiales de sujeción.

(...)

Ahora bien, la Sala reitera que con fundamento en la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado "(...) la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar (...)"⁴. En desarrollo de esta consideración, esta Subsección analizará conjunta e integralmente el acervo probatorio y determinará si el caso se ajusta a alguna de las motivaciones o títulos de imputación acogidos por esta jurisdicción, o, si en su defecto, se evidencia una causal eximente de responsabilidad".

Así las cosas, es claro que si el Estado no devuelve a los ciudadanos a la sociedad en condiciones similares a aquellas en las que los retuvo, puede imputarse responsabilidad mediante el régimen de responsabilidad objetiva, por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado, en virtud de la que se ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad; además, si incumple con un deber legal de protección o seguridad hacia el recluso como consecuencia de una imprevisión que se salga de los reglamentos institucionales, responderá pero en esta oportunidad, a título de 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 causadas al señor Harold Andrés López Bermúdez al interior del establecimiento penitenciario La Picota, circunstancia que presuntamente acaeció ante la falta de vigilancia por parte del cuerpo de vigilancia del INPEC.

⁴ Sentencia Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 24392. "En este orden de ideas, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar, desde una perspectiva constitucional y legal, los diversos casos traídos a su consideración sin que ello signifique que pueda entenderse que existe un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe estar en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado tal y como fueron explicados previamente en esta providencia."

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"*⁵.

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."*⁶ (Negrilla fuera del texto)

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

-Historia clínica emitida por Caprecom⁷, en la que se indicó:

"Fecha de referencia 06-05-2013"

Anamnesis

10700 paciente ingresa caminando por sus propios medios con herida en parpado izquierdo que compromete globo ocular se remite para valoración.

Nombre del diagnóstico

Herida en parpado izquierdo compromiso de globo ocular".

- Valoración practicada al actor por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, el 14 de junio de 2013.⁸ en la que se indicó:

"Examinado hoy 14 de junio de 2013 a las 09:53 horas en Primer Reconocimiento Médico Legal.

ANAMNESIS: Refiere ME HIRIERON EL OJO HACE 10 DIAS – ME OPERARON EN H TUNAL.- PRESENTA: CICATRIZ CON COSTRA DE 1 CMS EN CEJA IZQ. HIERIDA EN ZONA SUPERIOR DE ESCLARECER DEL OJO IZQUIERDO. MIDRIASIS NO REACTIVA A LA LUZ DE PUPILA IZQUIERDA.- APORTA H CLINICA DE CAPRECOM QUE DICE: SUFRIO HERIDA DE PARPADO SUP IZQUIERDO QUE COMPROMETE EL GLOBO OCULAR IZQUIERDO, SE REMITE PARA VALORACION Y TRATAMIENTO...

CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Corto punzante. Incapacidad médico legal:

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁶ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

⁷ Folio 17

⁸ Folio 18

PROVISIONAL. TREINTA Y CINCO (35) DÍAS. Debe regresar a reconocimiento médico legal al término de la incapacidad provisional. (...)”.

Del citado documento, se extrae que, el señor Harold Andrés López Bermúdez sufrió lesiones en su integridad física.

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:

En primer lugar, se advierte que obra certificación expedida por el INPEC, con la que, el Despacho encuentra acreditado que el señor Harold Andrés López Bermúdez ingresó al complejo carcelario y penitenciario metropolitano de Bogotá el día 10 de septiembre de 2012⁹.

Así mismo, obra denuncia instaurada por un dragoneante del INPEC, con fecha del 31 de octubre de 2013, en la que se indicó: (se transcribe incluso con errores).

Fecha de comisión de los hechos	D/ 10 / 9 / M/ 06 / A/ 13 / Hora 11 / 01 / 12
(Para delitos de ejecución continuada diligencie el siguiente espacio:)	
Fecha inicial de comisión de los hechos	D/ / M/ / A/ / Hora / / /
Diligencie únicamente si es posible determinar esta fecha:	
Fecha final de comisión de los hechos	D/ / M/ / A/ / Hora / / /
Lugar de comisión de los hechos: COMEN BOGOTÁ LA PICOTA-ESTRUCTURA 3 -PATIO UTE	
Departamento	11 / CUNDINAMARCA Municipio 001 / BOGOTÁ
Localidad o Zona	USME Barrio LA PICOTA
Dirección KILÓMETRO 8 VIA USME - PICOTA	
Sitio específico	PATIO UTE
Version 1.0	Hoja No. de 1

(...)

RECIBÍ LLAMADO VÍA RADIO DE COMUNICACIONES POR PARTE DEL DRAGONEANTE PABELLONERO DE TURNO DE LA UTE DE LA ESTRUCTURA TRES EL SEÑOR DRAGONANTE TORRES SALAMANCA WILLIAM. AL LLEGAR AL LUGAR DE LOS HECHOS, EL SEÑOR PABELLONERO DE UTE TORRES SALAMANCA ME MANIFESTÓ QUE SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 10:15 HORAS OBSERVÓ A DOS INTERNOS QUE SE ENCONTRABAN EN HORA DE SOL DEL PAJO UTE, REPENTINAMENTE SE PONEN A PELEAR OCASIONANDO DESORDEN, INMEDIATAMENTE PROCEDE A INTERVENIR CON EL PERSONAL DE GUARDIA DISPONIBLE PARA SEPARARLOS, OBSERVÓ QUE EL INTERNO HAROLD ANDRÉS LÓPEZ BERMÚDEZ TENÍA UNA HERIDA EN EL OJO IZQUIERDO, INMEDIATAMENTE LO CONDUJO AL ÁREA DE SANIDAD PARA QUE SEA VALORADO POR LOS PROFESIONALES DE LA SALUD, AHIÍ ES ATENDIDO POR LA ENFERMERA DE TURNO QUIEN VERIFICA LA HERIDA Y HACE LA REMISION PARA QUE SEA LLEVADO AL HOSPITAL EL TUNAL, DE IGUAL MANERA MANIFESTÓ EL DRAGONANTE TORRES SALAMANCA QUE EL INTERNO QUE AGREDIÓ AL SEÑOR LÓPEZ BERMÚDEZ, FUE EL SEÑOR TRINO ROLDAN SÁNCHEZ T.D. 6114, C.C 86080521, AQUIEN LE PRACTICO UNA REQUISA POLICIVA Y LE HALLO UN ARMA DE FABRICACIÓN CARCELARIA (ARMA BLANCA) LA CUAL FUE DEBIDAMENTE EMBALADA, (...)”.

⁹ Folio 16

De igual manera, obra oficio remitido al director del Complejo Penitenciario y Carcelario de Bogotá, por parte del Dragoneante William Torres Salamanca¹⁰, en el que se expuso:

*"Respetuosamente y observando el debido conducto regular me dirijo a su despacho con el fin de informarle que el día de hoy siendo las 10:15 horas, encontrándome de servicio en la unidad de tratamiento especial UTE, se presentó una riña entre los internos **LÓPEZ BERMÚDEZ HAROLD TD 71520** y **ROLDAN SÁNCHEZ TRINO TD 61141**, en lo cual el interno **ROLDAN** agredió físicamente con un arma de fabricación carcelaria al interno **LÓPEZ** a la altura del ojo izquierdo, de inmediato se procedió a separar a los internos con ayuda del personal de guardia disponible, llevando al interno **ROLDAN** a una celda de la UTE, previamente requisado y quitándole el arma de fabricación carcelaria, de lo anterior tuvo conocimiento el señor **Te. SÁNCHEZ AVILÉS WILLIAM** comandante de compañía Santander estructura 3 y el Inspector Jefe **QUINCHUCA NAVARRO JAVIER**".*

Así las cosas, del material probatorio arrimado al expediente, el Despacho encuentra acreditado que, el señor Harold Andrés López Bermúdez, encontrándose privado de la libertad fue agredido por otro interno, circunstancia que le causó herida en su ojo izquierdo.

Ahora bien, además de lo anterior, para resolver la imputación del daño, el Despacho considera pertinente invocar lo dispuesto por la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) y el Decreto 300 del 7 de febrero de 1997, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos y mediante el cual se aprobó el Acuerdo No. 0017 del 12 de diciembre de 1996 y se modificaron los estatutos y la estructura interna del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Así, se prevé que el artículo 5° de dicho Decreto, que enuncia los objetivos del INPEC, en su numeral 2° determina como uno de esos objetivos: *"Hacer cumplir las medidas de aseguramiento, las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad, que establezcan las autoridades judiciales"*. (Subrayado fuera de texto).

A su vez, el artículo 6°- numeral 4° del mismo Decreto, relaciona dentro de las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario la de: *"determinar sistemas de seguridad, vigilancia y control al interior y al exterior de los establecimientos de reclusión"*.

Ahora bien, el artículo 44 de la Ley 65 de 1993 indica:

"ARTÍCULO 44. DEBERES DE LOS GUARDIANES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tienen los siguientes deberes especiales, además de los que señalen su estatuto y los reglamentos general e interno:

(...)

c) Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso la vigilancia visual;

d) requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados conforme al reglamento;

g) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario.
 (...)"

Conforme a lo anterior, es dable precisar que se han expedido una serie de normas con el fin de regular las actuaciones que conlleven la ejecución de las penas privativas de la libertad, dentro de un establecimiento penitenciario, con el fin de implementar una serie de reglas

¹⁰ Folio 73

aplicables tanto para el personal encargado de la prestación de servicio de seguridad como para los reclusos.

Así mismo, se extrae que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria tienen la obligación de proteger y vigilar a los reclusos en los centros carcelarios, así como, adelantar los respectivos controles tanto al interior del penal como a las personas que ingresan.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por causa de la afectación de la integridad física de los reclusos, dentro de un establecimiento carcelario, el H. Consejo de Estado¹¹ ha precisado:

"La Sala ha fundamentado la responsabilidad del Estado por causa de la afectación de la integridad física de los reclusos, dentro de un centro carcelario o penitenciario, en la tesis de "condiciones especiales de sujeción", en el entendido que "el hecho de que una persona se encuentre internada en un centro carcelario implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el recluso se encuentre en una "condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta (...)"¹².

De acuerdo con los parámetros señalados por la Corte Constitucional y que han sido acogidos por esta Sala, el Estado debe garantizar la protección del derecho a la vida del recluso bajo la siguiente premisa:

"[...] La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

[...]

En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno¹³. Dicha obligación apareja la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos¹⁴. Esto apareja la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado¹⁵."

Conforme a lo anterior, surgen las llamadas relaciones especiales de sujeción, en las que de acuerdo con el precedente constitucional¹⁶:

"(...) implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2018, C.P.; Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicación número: 73001-23-31-000-2005-02431-01(40429)

¹² Sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 19725. Así mismo se puede observar la postura en las siguientes sentencias: 27 de abril de 2006, expediente: 20125; 30 de agosto de 2006, expediente: 27581; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 29 de enero de 2009, expediente: 16975; 26 de mayo de 2010, expediente 18800.

¹³ Sentencia T-265 de 1999.

¹⁴ Ibíd. En igual sentido, T-208 de 1999.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998. En similares términos lo ha manifestado el Consejo de Estado en sentencias del 27 de noviembre de 2002, expediente: 13760. 12 de febrero de 2004, expediente: 14.955 y del 24 de junio de 2004, expediente 14.950, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996.

¹⁶ La continua tesis se observa en las sentencias de la Corte Constitucional T- 133 de 2006, T- 793 de 2008, T- 023 de 2010, T-435/09, entre otras. Así mismo, esta Corporación ha hecho eco de lo expresado por los precedentes constitucionales en sentencia del 16 de mayo de 2010, expediente: 18800; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 29 de enero del 2009, expediente: 16975 y 24 de marzo de 2011, expediente: 22269.

disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)".

Conforme al anterior criterio jurisprudencial es claro que, las personas privadas de la libertad se encuentran en condiciones especiales, por cuanto que su situación implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado, circunstancia que origina que el recluso se encuentre en una condición de *vulnerabilidad o debilidad manifiesta*, por lo que, surge una relación jurídica a efectos de propender por el respeto de los derechos del recluso protegiendo la vida y la integridad personal, prerrogativas que deben ser garantizadas sin importar la situación jurídica del individuo.

En consecuencia, es claro que en virtud a la relación de sujeción, es posible atribuir responsabilidad al Estado por los daños padecidos por los reclusos, en tanto que, constituye una obligación para el establecimiento carcelario ejercer un control sobre los internos, y por ende garantizar su seguridad e integridad personal y, así mismo, mantener el orden a efectos de que no se produzcan desmanes al interior de la institución.

Como se advirtió con anterioridad, el señor Harold Andrés López Bermúdez sufrió lesiones con ocasión a la agresión sufrida por otros internos cuando se encontraba bajo la custodia y vigilancia del INPEC, lo que conlleva a inferir que dicha entidad incumplió el deber de evitar que se originen enfrentamientos entre los reclusos y en todo caso, prevenir el porte de armas blancas de fabricación carcelaria al interior de sus instalaciones.

Al respecto es importante precisar que, dicha institución tiene la obligación de garantizar la vigilancia, protección y seguridad de los internos, en virtud de la relación de especial sujeción que existe entre las personas privadas de la libertad y el Estado. Por lo tanto, a partir de dicha relación surge el deber de impedir que otros reclusos, particulares o el personal de vigilancia, amenacen la vida e integridad personal de los internos.

Atendiendo las circunstancias acaecidas en el presente asunto, es claro que el personal de guardia no adelantó el control y vigilancia adecuado a efectos de que el señor Harold Andrés López Bermúdez no fuera agredido por otros internos, y en todo caso, con armas de fabricación carcelaria.

En ese orden de ideas, en el presente asunto se encuentra acreditado que el señor Harold Andrés López Bermúdez ingresó el 10 de septiembre de 2012 al Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá, a efectos de purgar la pena impuesta por el Juzgado 17 Penal Municipal de Bogotá y en cumplimiento de su condena el día 6 de junio de 2013 sufrió lesiones dentro de las instalaciones del establecimiento carcelario.

Así las cosas, del material probatorio que obra en el expediente es procedente imputar responsabilidad a la entidad demandada, por cuanto se encuentra acreditada la irregularidad que permite configurar la falla del servicio, por cuanto tal y como se explicó en líneas anteriores, se avizora la infracción de las obligaciones legales de protección y seguridad del recluso previsto en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior en tanto que, es claro para este Despacho que, el INPEC no adoptó medidas adecuadas para proteger la vida e integridad del interno, razón por las que es atribuible

responsabilidad a la entidad demandada, dado que, por una parte, no ejerció vigilancia y custodia sobre sus internos y permitió la confrontación entre estos, en la que se dio uso a armas blancas de fabricación carcelaria, aspecto que denota una falta de vigilancia y requisas para incautar este tipo de objetos con los que se puede atentar contra la integridad de las personas

En este punto, debe ponerse de presente que, la entidad no ejerció actividad probatoria alguna tendiente a establecer la participación del señor Harold Andrés López Bermúdez en los hechos en lo que se vio afectados, a efectos de estudiar una eventual concurrencia de culpas, pues si bien no se desconoce la existencia de una confrontación entre este y el señor Trino Roldan Sánchez, no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó y la participación de la víctima directa, de manera que, lo único probado dentro del proceso, es la falta de control y vigilancia sobre los internos, que propició la lesiones en uno de esto, por parte de un sujeto a cargo de la entidad demandada.

Establecida la responsabilidad de la demandada por la lesión sufrida por Harold Andrés López Bermúdez, el Despacho efectuará la correspondiente,

6. Liquidación de los Perjuicios:

6.1 Perjuicios Morales

Si bien en lo que tiene que ver con los perjuicios morales, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia frente a la indemnización por el perjuicio moral a reconocer a sus familiares en caso de lesiones, fijando como referente para la liquidación del perjuicio, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, y el grado de relación de los reclamantes con respecto a esta¹⁷.

También lo es que, el órgano de cierre de esta jurisdicción advirtió frente a la discrecionalidad el Juez para determinar esta clase de perjuicios¹⁸, lo siguiente:

1.1. El juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Esta discrecionalidad está regida por: (i) la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, dado que "la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia", mas no a título de restitución; (ii) el principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del daño y su intensidad; y (iv) el deber de estar fundada, cuando sea el caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad".

1.2. Para cuantificar el valor a reconocer por ese concepto, se acude al criterio que estableció tal reparación en 100 smmv para los eventos de mayor intensidad y que abandonó la aplicación extensiva de las reglas sobre la materia fijadas en el Código Penal, por considerarlas improcedentes, con el propósito de dar cumplimiento a los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que consagran, respectivamente, la reparación integral y equitativa del daño y la debida tasación de las

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, MP. Enrique Gil Botero, Expediente 31170, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, MP. Olga Mélida Valle de la Hoz, Expediente 31172.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de octubre de 2014, Expediente: 29033. Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 24494, C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras.

*condenas en moneda legal colombiana*²⁰.

En esa medida se encuentra acreditado que, en los hechos ocurridos el 6 de junio de 2013, el señor Harold Andrés López Bermúdez sufrió *herida en parpado izquierdo*, no obstante, se encuentra que en el expediente no obra prueba con la que se pudiera constatar la pérdida de capacidad laboral padecida por el demandante.

Así las cosas, en aras de realizar una reparación integral²¹ y en equidad ante esa deficiencia probatoria por parte de la parte actora, y teniendo en cuenta el daño antijurídico que sufrió el señor **Harold Andrés López Bermúdez**; el Despacho con aplicación del arbitrio judicial y de acuerdo a la intensidad del daño en el presente asunto, reconocerá la suma de cinco (5) salarios mínimos a favor del demandante, 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:²² "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".

De igual manera, se reconocerá a favor de la señora **Ana Soraya López Bermúdez** en calidad de madre del lesionado, parentesco que se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento obrante a folio 4, la suma de cuatro (4) salarios mínimos a favor del demandante, salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de firmeza de esta sentencia.

Así mismo, se reconocerá a favor de **Estiven López Bermúdez y Kevin Snider Salazar Bermúdez** en calidad de hermanos del señor Harold Andrés López Bermúdez, relación que se encuentra probada con los registros civiles de nacimiento obrante a folios 5 y 6, la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia, para cada uno.

Lo anterior, debido a que se trató de una lesión que comprometió el parpado superior izquierdo y que comprometió el globo ocular izquierdo, sin embargo, no se probó por la parte actora, la afectación funcional del órgano, motivo por el que, dado que en caso de lesiones el perjuicio moral se infiere, debe ponerse de presente que la herida sufrida por el señor Harold Andrés López Bermúdez generó dolor, congoja y angustia en la víctima directa y sus parientes más cercanos.

6.2 Daño a la vida en relación

Sobre el daño a la vida en relación solicitado en la demanda, la jurisprudencia del Consejo de Estado, señaló que este junto con las demás categorías de daño inmaterial, se ven desplazados por el daño a la salud –categoría autónoma²³:

Teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales precitados, se concluye que el daño a

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, C.P. Alíer Hernández Enríquez.

²¹ 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".

²² 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.

²³ Ver los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias No. 19.031 y No. 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011. Otro pronunciamiento que se puede consultar es la Sentencia de fecha 24 de julio de 2013, Exp. No. 26.250 con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero.

la salud surge como categoría autónoma cuando el daño se deriva de una afectación psicofísica que hubiere podido sufrir la persona, razón por la cual, en el caso concreto, como se advirtió con anterioridad, no se acreditó que la lesión padecida por el demandante Harold Andrés López Bermúdez causó secuelas, tampoco se evidencia una pérdida funcional o anatómica, en tal sentido no será procedente el reconocimiento de dicho perjuicio.

6.3. Perjuicios Materiales

El demandante Harold Andrés López Bermúdez solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales como víctima directa.

Al respecto debe precisar el Despacho que, no es viable el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados, en tanto que, no se encuentra probado que al interior del penal el señor Harold Andrés López Bermúdez desempeñara actividades laborales y que por causa de la lesión padecida no las hubiere podido ejercer en óptimas condiciones y se haya disminuido el ingreso laboral que hubiese podido percibir.

Adicionalmente, debe indicarse que si posiblemente el señor Harold Andrés López Bermúdez cumplió la pena impuesta y en consecuencia se haya reincorporado a la sociedad, no obra prueba que acredite que con ocasión a la lesión sufrida el demandante no hubiera podido adelantar algún tipo de actividad por las secuelas causadas por la lesión padecida, o que se haya visto disminuida su capacidad laborar a causa de la lesión.

Así mismo, únicamente se aportó prueba de una incapacidad provisional de 35 días, término durante el que el señor Harold Andrés López Bermúdez todavía se encontraba purgando la pena a él impuesta (2 años 7 meses).

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 demandada no 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 reconocidas 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 la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada **Nación - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC** por los perjuicios morales de los que fue objeto la parte actora con ocasión de las lesiones que sufrió, **Harold Andrés López Bermúdez** al interior del establecimiento carcelario la Picota, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **Nación – Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC**, a pagar las siguientes sumas:

- Por daño moral para **Harold Andrés López Bermúdez**, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a cuatro (4) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Ana Soraya López Bermúdez**, en calidad de madre, la suma equivalente cuatro (4) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Estiven López Bermúdez y Kevin Sneider Salazar Bermúdez**, en calidad de hermanos, la suma equivalente dos (2) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-00580 00
Demandante :	Víctor Raúl Galán Bulla y Otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 35**

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, Víctor Raúl Galán Bulla, Sonia Jackeline Gómez Moreno y Yenny Pilar Galán Gómez 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 la muerte del señor Raúl Galán Gómez, 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.1-18 c. principal).

1.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, el día 18 de agosto de 2012, luego de tener que soportar diversas presiones y malos tratos por parte de sus superiores al interior de la institución castrense, el señor Raúl Galán Gómez atentó contra su integridad, acto en el que perdió la vida. Motivo por el que, adujo que se configuraba la responsabilidad de la entidad demandada, en tanto fue la que propició el fallecimiento del soldado.

1.3. Contestación de la demanda.

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 2 de mayo de 2016, la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones. Preciso que en el expediente no obraba prueba con la que se determinara que las actuaciones de los superiores jerárquicos del señor Raúl Galán Gómez fueran con abuso del poder o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, ni que se haya sometido al conscripto a un trato degradante, discriminatorio o humillante, en tanto nunca se puso queja ante la institución, motivo por el que no era posible imputar responsabilidad a la entidad (fls.50-53 c. principal).

1.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 13 de agosto de 2014 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que mediante auto del 6 de julio de 2015, declaró la falta de competencia (f. 19 c. principal), luego de subsanada la demanda, mediante auto del 16 de diciembre de 2016 se admitió (f. 42-43 c. principal).

El 18 de octubre de 2017 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 85-90 c. principal).

Posteriormente, el 31 de mayo de 2018 y 21 de febrero de 2019, se adelantó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fl. 127-129 y 160-161 c. principal).

1.5 Alegatos de conclusión.

1.5.1. La parte actora

Mediante escrito del 6 de marzo de 2019 precisó que con fundamento en lo probado en el expediente, el fallecimiento del señor Raúl Galán Gómez se produjo con un arma de dotación oficial, que derivó del abuso y maltrato sufrido por el conscripto mientras prestaba el servicio militar obligatorio, a quien no se le prestó atención oportuna para sobrellevar las circunstancias de presión. Adujo que con los testimonios se acreditó que el soldado pasaba por un episodio de tristeza generalizada, sin embargo, no se dio tratamiento profesional, pudiéndose prever los efectos negativos de dicha circunstancia. De manera que, se desatendió al conscripto, sin garantizar sus derechos humanos (fl.163-167 c1).

1.5.2. El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito del 7 de marzo de 2019, la entidad demandada indicó que, conforme a las pruebas aportadas al expediente, en especial los testimonios, se acreditó la voluntad con la que el soldado produjo su muerte, en la medida que, el señor Raúl Galán Gómez siempre manifestó su inconveniente con la familia y novia, y pese a estar pendientes de brindar consejería personal, nunca se puso en conocimiento de la entidad, que el conscripto tuviera intenciones de atentar contra su vida, pues no existía queja alguna respecto de los presuntos malos tratos recibidos en la institución.

Por lo anterior señaló que, no estaban llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda, por la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, en tanto fue el propio actuar y decisión del señor Raúl Galán Gómez, que generaron que este atentara contra su vida, pues dicha circunstancia no podía ser sospechada, dada la ausencia de antecedentes (fl.168-177 c. principal).

El agente del Ministerio Público 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 la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del fallecimiento del señor Raúl Galán Gómez mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

2.3. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el presente caso, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene del fallecimiento del señor Raúl Galán Gómez, 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.

2.4. 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.

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 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**

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.

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 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 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.

3. Caso en concreto

La parte actora señaló que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por el fallecimiento del señor Raúl Galán Gómez circunstancia que presuntamente acaeció por las presiones y malos tratos recibidos al interior de la institución castrense, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

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)

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

- Registro civil de defunción del señor Raúl Galán Gómez, con fecha de fallecimiento 18 de agosto de 2012
- Informe del 18 de agosto de 2012, elaborado por el Teniente de la Compañía Furia, en el que se precisó que:

POR MEDIO DEL PRESENTE ME PERMITO INFORMAR LOS HECHOS OCURRIDOS EL DÍA 18 DE AGOSTO DE 2012, SECTOR CONOCIDO COMO LAS TORRES DE SAN LORENZO, MUNICIPIO DONCELLO, EN DONDE SIENDO LAS 12:50 PM, SE ESCUCHA UN DISPARO HACIA EL SECTOR DEL PUESTO DE CENTINELA NO.2, INMEDIATAMENTE ME DIRIJO HACIA ESE SECTOR Y EN COORDENADAS 01°40'00"- 75°17'58" SE ENCUENTRA EL CUERPO SIN VIDA DEL SOLDADO REGULAR GALÁN GÓMEZ RUIZ (SIC) IDENTIFICADO CC 1023928668, CON UN IMPACTO DE FUSIL EN LA CABEZA PROPINADO POR EL MISMO, SEGÚN SUS COMPAÑEROS MENCIONADO (SIC) SOLDADO ESTABA ABURRIDO POR PROBLEMAS FAMILIARES, SE INFORMA DE INMEDIATO AL COMANDO DEL BATALLÓN.

- Providencia del 8 de noviembre de 2013, por medio de la que el Batallón de Infantería No. 35 “Héroes del Güepi” indicó lo siguiente:

(...) Tuvo conocimiento este comando a través del informe presentado por el señor Teniente Bravo Gómez Jhon Edwuar, de fecha 18 de agosto de 2012, presentado ante este Comando, mediante el cual pone en conocimiento los hechos acaecidos el mismo día en el lugar conocido Las Torres de San Lorenzo en el municipio de Doncello, donde resultó muerto el SLR GALÁN GÓMEZ RAÚL (Q.E.P.D.), al propinarse un disparo con su arma de dotación.

Así las cosas, el Despacho advierte que, el señor Raúl Galán Gómez falleció producto del

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

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

impacto de un disparo con arma de fuego mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Establecido el daño, se determinará si el mismo se originó con ocasión a la prestación del servicio militar obligatorio y si por ende atribuible a la entidad demandada.

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.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha señalado que⁴:

"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 (...)". Negrillas del Despacho.

En esa medida, frente a la imputabilidad de las lesiones señaladas, 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"*⁵.

En el presente caso, conforme a lo señalado por los actores en la demanda, se aduce que la muerte del señor Raúl Galán Gómez acaeció en la medida que fue su propio actuar el que propició tal actuación, puesto que derivó en un suicidio.

En relación con los casos en los que se alega el daño derivado del suicidio de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de una entidad estatal, el Consejo de Estado⁶ ha señalado:

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que en aquellos eventos en los cuales el daño que se alega está constituido por el suicidio de una persona que se encontraba bajo la tutela y vigilancia de una entidad estatal, salvo que se lograren probar circunstancias especiales demostrativas de una actuación negligente o ilegal de la entidad estatal en cuestión, como sería el hecho de que se tuviera conocimiento de antecedentes que permitieran advertir el peligro de que la persona atentara contra su propia vida y no se hubieren tomado las medidas preventivas necesarias para evitarlo o que, por tratarse de una persona mental o emocionalmente afectada o disminuida requiera cuidados especiales que no se le hubieren brindado de manera oportuna, propiciando con ello el desenlace del suicidio, se trata de un hecho exclusivo de la víctima que impide, por lo tanto, imputarle responsabilidad a la administración.

Es así como en sentencia del 30 de noviembre de 2000⁷, se sostuvo:

⁴ Sentencia del 10 de agosto de 2005, dentro del expediente 15.445

⁵ 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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Expediente 21.779. M.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Expediente 13.329. M.P.: Ricardo Hoyos Duque.

"En principio, el tema del suicidio pone de relieve concepciones meramente éticas que comprometen el fuero interno de las personas, pero que deben permanecer al margen del derecho, dado que éste sólo puede regular la conducta de las personas en cuanto interfieran con los demás y no los deberes que éste tiene para consigo mismo.

Por esto, la tentativa de suicidio no puede ser objeto de represión penal en un Estado que conciba a la persona "como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él incumben, debiendo...limitarse a imponerle deberes, en principio, en función de los otros sujetos morales con quienes está avocado a convivir"⁸. Esta concepción de la persona como autónoma en tanto que digna, implica inevitable e inescindiblemente dejar que sea "la propia persona (y no nadie por ella) quien deba darle sentido a su existencia, y en armonía con él un rumbo. Si a la persona se le reconoce esa autonomía, no puede limitársela sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena"⁹.

Desde esta concepción, el Estado no está habilitado para exigir a la persona una forma determinada de conducta para consigo mismo y por lo tanto, no puede obligarlo a que cuide de su salud, que se someta a un tratamiento médico ni por su puesto que prolongue su existencia si ésta considera que debe ponerle fin a la misma, pues sólo un Estado totalitario puede asumirse como dueño y señor de la vida de las personas. En otros términos, aunque las autoridades públicas están instituidas para proteger la vida de las personas (arts. 2 y 46 C.P.), ese deber se limita cuando el autor del daño es la persona misma, pues "si yo soy dueño de mi vida, a fortiori soy libre de cuidar o no de mi salud cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme"¹⁰.

Esa libertad de decidir sobre el cuidado de la salud o la preservación de la propia vida, tiene sin embargo límites relacionados precisamente con la capacidad de autodeterminación de las personas. En el caso de los enfermos mentales y de los menores el Estado tiene un deber de protección de las personas contra sí misma, pues éstas por su incapacidad síquica o inmadurez se encuentran en situación de mayor indefensión y carecen de plena autonomía. Por lo tanto, debe brindarles una mayor protección (art. 13 C.P.), lo cual se extiende a impedirles aún con medios coercitivos que atenten contra su propia vida"¹¹.

En relación con las personas que se encuentran en situación de sujeción especial como los reclusos y los conscriptos el deber de protección del Estado también es mayor y se extiende a brindarles a éstos la ayuda médica que requieran cuando las circunstancias que viven, por su carácter forzoso, desencadena en ellos perturbaciones síquicas.

Es cierto que frente a los reclusos y conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo cual significa que si no devuelve al ciudadano en las mismas condiciones en que se encontraba antes de su reclutamiento o retención, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar o a la detención, aunque haya puesto en funcionamiento todos los recursos de que dispone para proteger al retenido y evitarle la causación de cualquier daño, salvo que haya intervenido una causa extraña, pues frente al retenido la obligación del Estado no es un simple comportamiento sino la obtención efectiva de un resultado determinado.

Las obligaciones del Estado frente a las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases: 1) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros

⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-239 del 20 de mayo de 1997.

⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-221 del 5 de mayo de 1994.

¹⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-221 del 5 de mayo de 1994.

¹¹ En la sentencia T-474 del 25 de septiembre de 1996, por ejemplo, la Corte Constitucional ordenó brindarle a un menor adulto, testigo de Jehová, el tratamiento que requería para preservar su vida, aún contra la propia decisión del menor que se negaba a la práctica de una transfusión de sangre, por sus convicciones religiosas.

que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y 2) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial.

En síntesis, el reclutamiento y la retención como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas, en sí misma no son actividades que generen responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esas situaciones, dado que estas son cargas que los ciudadanos deben soportar. Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que el reclutamiento o la retención son actividades que redundan en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarles una eficaz protección y seguridad para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

La obligación de abstenerse de causar cualquier limitación a los derechos de las personas que no estén implicados dentro de la medida cautelar de retención, así como las de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los conscriptos y retenidos son de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

Frente a las obligaciones de resultado el deudor responde de manera objetiva y por tanto, sólo se exonera si acredita una causa extraña, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero.

En este orden de ideas, para que surja el deber del Estado de reparar el daño causado por el suicidio de un recluso o un conscripto es necesario acreditar que por el trato que recibía en el establecimiento militar o carcelario fue inducido a tomar esa decisión, o bien que la persona sufría un trastorno síquico o emocional que hacía previsible el hecho y que a pesar de ser conocida esa circunstancia por las autoridades encargadas de su seguridad, no se le prestó ninguna atención médica especializada, ni se tomó ninguna determinación tendiente a alejarlo de las situaciones que le generarán un estado de mayor tensión o peligro.

En caso contrario, esto es, en el evento de que la decisión del soldado o retenido sea libre porque obedezca al ejercicio de su plena autonomía, o en el evento de que su perturbación o la necesidad de ayuda psicológica, por las especiales circunstancias del caso, no hubiera sido conocida las autoridades encargadas de su protección, el hecho sería sólo imputable a su autor por ser imprevisible e irresistible para la administración" – se destaca.

Por otra parte, también debe tenerse en cuenta la posibilidad de identificación y previsibilidad por parte de las autoridades a cargo de la persona que comete suicidio, de que tal decisión pudiera ser tomada y llevada a cabo por aquella, porque si no es posible prever que la persona puede intentar una actuación de tal índole, tampoco es dable exigir a la administración un comportamiento o una reacción específica de protección y cuidado; en términos similares se concluyó, en providencia en la que se analizaron conceptos médico-científicos sobre la naturaleza de la tendencia suicida, como enfermedad en sí misma o como síntoma de una o de varias dolencias, que puede presentar manifestaciones externas que al ser advertidas, permiten tomar las medidas pertinentes para proteger a la persona de sus propios actos¹²:

"En segundo lugar, no se puede afirmar que la enfermedad que padecía la paciente no implicaba un riesgo de suicidio, como tampoco se puede afirmar que este se encuentra asociado únicamente a un tipo de enfermedad específica, como la

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de abril del 2002, Expediente 13.122. M.P.: Alíer Hernández Enríquez. Reiterada en sentencias del 8 de julio de 2009, Exp. 17.527. Actor: Edith Suárez Castañeda y otros y 26 de mayo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 18380.

depresión. Lo cierto es que el suicidio se origina en múltiples condiciones que lo desencadenan, una de las cuales es la presencia de una enfermedad mental. Sobre el tema los expertos han señalado:

"Sobre la pregunta de si el suicidio es una enfermedad o un síntoma, los expertos han llegado a un consenso generalizado: el suicidio es un síntoma y no una enfermedad. Esto significa que el suicidio puede ser el resultado de un importante número de condiciones psicológicas y físicas, y que los intentos de suicidio pueden situarse en un punto intermedio en cualquier número de circunstancias.

"Sin embargo, existen algunos síntomas o conductas que suelen aparecer en el historial de las personas que intentan suicidarse o se suicidan. La depresión es el síntoma mencionado con mayor frecuencia. No obstante, el que un individuo sufra una depresión no significa que esté a punto de quitarse la vida. Ni todas las personas deprimidas son suicidas, ni todos los suicidas están necesariamente deprimidos (Cantor, 1987").

"Aunque la depresión es el síntoma que se asocia con mayor frecuencia al suicidio, los factores significativos que sitúan a la persona en este riesgo están más relacionados con los cambios de conducta y cognitivos que con el diagnóstico de depresión...

"¿Qué induce a la gente a suicidarse en la actualidad? Ya hemos dicho que el suicidio es un síntoma y no una enfermedad, y puede ser una consecuencia de enfermedades psiquiátricas, físicas o de desequilibrios bioquímicos...

"Es evidente que la enfermedad psiquiátrica predispone al suicidio, aunque no se trata de una variable necesaria. Además, no se ha podido determinar con exactitud cuáles son las enfermedades psiquiátricas que predisponen al suicidio (Cantor, 1989; Shaffer, 1989).

"Las psicopatologías más documentadas en relación con el suicidio son los trastornos afectivos (en particular la depresión), los trastornos de conducta y el abuso de sustancias psicoactivas. También se citan los rasgos de personalidad, como la impulsividad y la agresión, así como los trastornos antisocial y límite de la personalidad. Por otra parte en un estudio reciente se aboga por los síntomas de ansiedad y angustia como los más claros indicadores de un potencial suicida (Weissman, Klerman, Markovitz y Ouellette, 1989).

"La literatura y el folclore nos inducen a pensar que el suicidio aparece en los individuos deprimidos. Sin embargo, los estudios actuales rechazan esta idea e indican otras áreas de riesgo, como la ansiedad, el abuso de sustancias psicoactivas, los trastornos bioquímicos y neuroquímicos, y factores psicosociales, como la falta de apoyo, el estrés, la enfermedad crónica y la oportunidad.

"Además, la vulnerabilidad actual de un individuo ante el suicidio puede fluctuar de un día para otro. Esto hace que nos preguntemos si el suicidio es con frecuencia la consecuencia de la enfermedad mental o de extravagancias y tensiones de la vida, sean hormonales, bioquímicas o circunstanciales...

"En resumen, los factores que pueden conducir al suicidio o al intento de suicidio son diversos y no específicos. La lista de características bioquímicas, de conducta, psicológicas y sociales ligadas al suicidio, incluye:

- El alcohol y el abuso de sustancias psicoactivas;
- La enfermedad mental - con una fuerte controversia sobre la determinación de la enfermedad más relacionada;
- Las conductas impulsivas y antisociales;

- El estrés severo, el sentimiento de culpabilidad o las pérdidas¹³.
 "(...).

"¿Cómo se puede reconocer el riesgo suicida? A pesar de que la investigación sobre suicidios ha mostrado múltiples factores de riesgo, para el terapeuta es extremadamente difícil valorar en qué medida el paciente presenta riesgo real de suicidio. Los factores expuestos en la tabla 18-1 se refieren a lo que incrementa el riesgo de suicidio. Cuando aparecen varios factores a la vez, es imprescindible prestar la máxima atención. Además, a lo largo de la terapia se debe comprobar de nuevo el riesgo de suicidio del paciente.

"Tabla 18-1. Factores que hay que valorar ante el riesgo de suicidio.

"- Indicios de suicidalidad en el comportamiento de la paciente:

"Avisos directos o indirectos de suicidio, como decir que ya no tiene ilusión por vivir o que sólo es un carga para los demás.

"Intensa dedicación a rumiar el suicidio.

"Hacer planes de suicidio.

"Conocer a alguien o identificarse con alguien que ha consumado el suicidio.

"- Indicios de suicidalidad: (...)

"- Sospechas clínicas de suicidalidad:

"Enfermedad médica crónica.

"Trastornos de personalidad.

"Abuso de medicamentos, drogas o alcohol.

"Síntomas sicóticos

"Conducta agresiva y falta de control de los impulsos.

"Desesperanza, sentimientos de culpa o pesimismo muy marcados.

"Baja autoestima.

"- Condiciones interpersonales, ambientales y sociodemográficas de suicidalidad: (...)"¹⁴

Conforme a las pruebas practicadas en el expediente, se recibieron las declaraciones de los señores Miguel Ángel Escorcía Merizalde, Jhon Edwuar Bravo Gómez y Orlando Quemba Sánchez, quienes respectivamente relataron lo siguiente:

Miguel Ángel Escorcía Merizalde

P: cuál era el comportamiento y trato que tenía el señor Raúl con los compañeros e inclusive con usted

R: el trato era muy amigable, era entusiasta, al inicio de entrar al ejército Raúl era el que me apoyaba a mí, el que me daba moral a mí, luego de un tiempo, después del permiso de juramento de bandera, Galán estaba entusiasta, estaba bien, después de llegar al área como tal, él empezó a decaer mucho

¹³ [] Pamela C. Cantor, "Síntomas, prevención y tratamiento del intento de suicidio", en Benjamín B. Wolman, George Stricker, Trastornos depresivos, hechos, teorías y métodos de tratamiento, Barcelona, Ancora S.A., 1993, pag. 197 y ss. En el mismo sentido se ha señalado lo siguiente: "El gran cuidado y temor que hay que tener con el síndrome depresivo son las ideas de suicidio que suelen llevar al individuo a las conductas suicidas, al intento de suicidio. Cualquier medida preventiva ante un paciente que ha cometido un intento de suicidio, es poca. Tanto el intento de suicidio como el suicidio mismo no son propiamente entidades diagnósticas, es un hecho existencial con profundas repercusiones personales y familiares. Las entidades o situaciones con que se asocia frecuentemente el suicidio son: depresión, adolescente en crisis, alcoholismo, demencias, crisis conyugales, intoxicación por drogas, psicosis esquizofrénicas y afectivas, violaciones sexuales, enfermedades graves y terminales. Es posible valorar el riesgo suicida en pacientes con ideas de autoagresión si se tiene en cuenta los siguientes parámetros: (...) Enfermedad psiquiátrica. Se incrementa en la psicosis y en las depresiones. En César E. Sánchez V, "Urgencias", en Ricardo José Toro G, Luis Eduardo Yepes R., Fundamentos de Medicina - Psiquiatría, Medellín, Corporación para investigaciones biológicas, tercera edición, 1997, pag. 391.

¹⁴ Elizabeth Schramm, Psicoterapia Personal, de las depresiones y otros trastornos psíquicos, Barcelona, Editorial Masson S.A., 1998, pag. 247 y ss.

P: a raíz de qué

R: a raíz de la de la situación que estamos

P: cuál era la situación

R: llegamos pues al área, recuerdo que no tocó caminar muchas horas un terreno muy largo, nos tocaba parar cada 5 minutos porque las piernas no nos daban, llegamos allá al área después de un tiempo o sea nos acomodamos, nos tocaba cuidar unas torres que la guerrilla quería tomar, nos tocaba cuidar las torres, después de un tiempo, como 2 meses más o menos, nos tocaba voltear mucho, nos levantaba muy temprano, prestar centinela era cada ya 3 horas, dormíamos 3 horas

P: cuántas personas más estaban prestando el servicio militar con ustedes

R: mi pelotón recuerdo más o menos que eran unos 30 en mi pelotón

P: a todos los ponían en las mismas funciones

R: si señor

P: qué pasó después en esa área.

R: bueno, de un momento a otro Galán, mi cabo Quemba, en un tiempo, como tal voy a hablar de ese día señor el juez, porque la verdad no recuerdo muy bien los detalles, pues ese día nosotros habíamos terminado de prestar servicios de centinela esa noche y mi cabo había dado una orden de, de que tocaba organizar los equipos, nosotros llegamos a la casa porque era una casa abandonada, dormíamos en el piso, era una casa abandonada, ese día llegamos ahí y mi cabo Quemba ese día nos castigó porque no hicimos lo del equipo

P: a quiénes castigó

R: a Galán y a mí

P: y qué los puso a hacer

R: nos puso ese día, todo el día de centinela, ese día todo centinela, me retrocedo un poquito señor juez, ya Galán venía presentando cosas que no iban acorde con él, psicológico si se puede decir señor juez y pues fuera de eso, él ese día nos castigó, por lo que le acabé de comentar y pues ese día lastimosamente Galán no sé

P: cuál fue el castigo

R: prestar centinela todo el día, acabando de salir de prestar centinela, por eso fue que no escuchamos, nunca escuchamos la orden de limpiar el equipo

P: volvamos a relatar en orden cronológico los hechos

R: voy a empezar desde la parte que nos tocaba alzar muchos bultos, dormíamos en el piso, todo eso, una parte en que las circunstancias como dormíamos, de todo, ya estaba agotado Galán de un tiempo, porque él empezó entusiasta como le había dicho, después de un tiempo ya Galán estaba aburrido, estresado, se le comentó al cabo de todo eso que venía pasando, se le comentó al cabo, el cabo hizo caso omiso, le dijimos varios lanza, le comentaron al cabo que Galán ya estaba presentando problemas, y pues recuerdo los comandantes dijeron que sí tenía muchas ganas de matarse, pues que bajara al monte y se pegara un disparo

P: quiénes dijeron eso

R: mi cabo Quemba, los comandantes, es que como eso es una cadena, la verdad no recuerdo los otros comandantes, si había otros soldados profesionales en esa área

P: en qué momento dice que le manifestaron al señor Raúl dicho aspecto, después de qué acontecimiento

R: él ya no actuaba igual, de un momento a otro cambió, les decía a mis lanzas que hasta yo había cambiado con él,

P: al inicio de la declaración usted señaló que habían sido objeto de un castigo por parte de su superior, esto es, que los pusieron hacer doble horario de centinelas, en qué horario empezó el segundo turno

R: recuerdo que fue en la mañana porque ese día nos relevaron, fuimos a almorzar, volvimos al puesto de centinela y ahí fue cuando Galán lastimosamente pasó lo que pasó,

(...)

P: dígame al despacho si usted conoció las circunstancias que evidenciaron algún trato discriminatorio de su compañero con los demás del grupo

R: sí porque precisamente ese día nosotros no habíamos, no teníamos conocimiento y a pesar de que le informamos a mi cabo hizo caso omiso y pues nos castigó sin razón alguna

P: usted al inicio de la declaración dijo que si había una razón para el castigo, que fue que no organizaron las cosas

R: si, pero es que no teníamos el conocimiento, o sea, nosotros no sabíamos que tocaba organizar el equipo, nos enteramos después del castigo, ya cuando llegamos ahí, pero pues mi cabo, no sabíamos, en un principio no sabíamos

P: en qué fecha dice usted fue informado a su superior que su compañero estaba presentando

trastornos

R: días antes de lo que sucedió, por ahí unos 15 o 20 días antes

P: usted personalmente se lo comentó

R: sí, yo hablaba con mi cabo Quemba

P: y qué textualmente le dijo a su superior

R: textualmente le dije que Galán estaba teniendo problemas psicológicos, que estaba mal, que no era igual al de antes

P: a raíz de qué dice usted que surgieron los cambios en la personalidad de él

R: por como le dije señor juez, por la situación en que estábamos

P: que cambios notó usted en torno a la personalidad de él, en cuanto al trato con usted y con los demás compañeros

R: el cambió mucho por lo que le comenté ahorita, ya no se levantaba, tocaba echarle agua para despertarlo una vez que se le echaba agua, se levanta muy asustado, eran cambios, notorios en ese sentido, como le digo sí, él antes era muy enérgico.

P: usted personalmente le dijo al cabo que Raúl, había cambiado que estaba triste y él le manifiesta qué, a usted personalmente le dice que baje, que se pegue un tiro o a quién le dice él eso o cómo fueron esas circunstancias

R: la verdad no recuerdo muy bien los detalles como le dije al señor juez pues fue hace 5 años, pero en ese momento yo estaba presente, habían varios lanzas que escucharon lo mismo, estamos hablando así de Galán y escucharon varios compañeros, no, no señor, creo que un Galán no estaba en ese momento presente

P: usted personalmente puso en conocimiento esa situación a un superior diferente a Quemba o tiene conocimiento de pronto si de pronto Raúl el soldado se dirigió a manifestarle algún superior las condiciones en que se encontraba

R: no le comenté a un superior la parte de Quemba, porque en el Ejército es una cadena de escala, se le comenta al cabo, él le comenta al Superior, le comentamos a mi cabo Quemba, y la verdad no sabría decirle si Galán le comentó a mi cabo, pero los cambios de Galán eran muy

P: el soldado Raúl Galán le manifestó a usted personalmente en algún momento que tenía intenciones de quitarse la vida

R: no

Orlando Quemba Sánchez

P: indique si usted conoció al soldado Raúl Galán Gómez.

R: sí lo distinguí, él era soldado mío, pertenecía a la sección que tenía en el departamento del Caquetá, batallón 35 héroes de Guépi, compañía Esparta. Él dentro de lo poquito que conocí, era que tenía problemas familiares, y lo había dejado la novia, era lo que me contaban los otros soldados.

P: qué recuerda que le haya comentado él y qué le pasó a él.

R: hasta lo poquito que platicamos él me comentaba que tenía muchos problemas con la mamá, porque no lo determinaban a él y determinaban solo a una hermana que tenía, yo le preguntaba que si él era que le suministraban dinero y dijo no, dinero me dan pero nunca me ponen atención, la atención toda se la lleva mi hermana y pues para esos días creo que lo había dejado la novia, él a mí no me comentó, me comentaron los otros soldados.

P: recuerda usted qué cargo desempeñaba usted en relación con el señor Raúl Galán Gómez

R: yo era el comandante de escuadra en ese momento, cabo tercero.

P: como comandante de escuadra recuerda usted cuánto tiempo prestó el servicio militar el señor Raúl Galán Gómez,

R: no a ciencia cierta.

P: promedio

R: duró conmigo como un mes

P: venía trasladado o comenzó a prestar el servicio militar directamente en la compañía en la que usted nos indica que estaba de jefe de escuadra.

R: no, sus primeros tres meses en una compañía de instrucción y después creo que yo llegué a ese pelotón.

P: sabe usted qué le pasó al señor Raúl Galán Gómez.

R: se suicidó el día, no recuerdo la fecha.

P: cómo supo usted de esa noticia.

R: me llega uno de los soldados que estaba de centinela y me pone al tanto que el soldado se suicidó.

P: sabe usted si con ocasión de dichos hechos se inició algún tipo de investigación disciplinaria o penal

R: yo rendí una declaración ante el batallón.

(...)

P: qué determinaciones tomó usted respecto de lo comentado por el señor Raúl Galán Gómez

R: pues se le motivaba que eso eran problemas normales de la familia que teníamos todos, que en ocasiones no se llevan bien, que en ocasiones habían pequeños inconvenientes, pero que eso no era difícil, que era lo normal de todas las familias, y en tanto la novia pues que eso era lo normal de la juventud, tener varias relaciones o dejar a una persona y seguir con otro.

P: dentro de sus funciones o al interior de la institución castrense se encuentra estipulado respecto este tipo de actuaciones, en alguna ocasión redirigir a los soldados a afectos de que sean valorados por médicos o psiquiatras.

R: si cuando uno tiene el conocimiento, sí claro.

P: en este caso usted tuvo la oportunidad o la posibilidad de sugerir que el señor Raúl Galán acudiera a ser valorado.

R: pues no me acuerdo bien exactamente.

P: sugirió usted en alguna ocasión que fuera atendido o consideró que con las motivaciones que impartían los superiores y sus propios compañeros no se atenuaban las circunstancias manifestadas por el señor Raúl.

R: prácticamente no tuvimos conocimiento con anterioridad, no me acuerdo bien si había intentado anteriormente tomar algún acto contra su integridad.

P: en cuántas ocasiones el señor Galán le comentó lo relacionado con la familia o por parte de los compañeros de él le fue comentado estos aspectos, cuánto tiempo con anterioridad a la hecha de los hechos en los que perdió la vida.

R: pues a ciencia cierta no me acuerdo doctor.

(...)

P: Creo que los soldados me comentaron a mía días antes los problemas con la familia.

P: usted tuvo la posibilidad de comentar dicha circunstancia ante un superior suyo.

R: no me acuerdo.

P: tiene usted conocimiento si por parte del señor Raúl Gómez o su familia se haya puesto alguna queja por concepto del trato que se le estaba dando al interior de la institución castrense.

R: no.

P: usted recuerda cómo era el trato que usted le daba al personal a su mando.

R: sí doctor, dentro de la disciplina que exigen los superiores, la exigencia normal, digamos la conservación de la disciplina, se le quitaba los celulares para los turnos de centinela, se hacía mantenimiento a la base, por lo general siempre hay un equipo que descansa para hacer esos mantenimientos y se les pasaba revista, pues por el área que en ese entonces era pues crítica en el Caquetá, entonces se le pasaba revista constante para que mantuvieran de acuerdo a la norma.

P: usted dentro de esa disciplina les prohibía como castigo no desayunar, almorzar o comer.

R: no, eso no se puede hacer en ningún momento, es algo que no se puede hacer ningún momento.

P: usted recuerda haberle dicho al señor Raúl Galán Gómez abro comillas que si estaba pensando en suicidarse que debía hacerlo bien para no quedar y peores condiciones que muchos, al tratarlo quedan muertos o lisiados de por vida cierro comillas.

R: no, yo en ningún momento pues no hice ninguna manifestación de estas.

P: en la base que usted estaba, cuántas veces fue atacada por la guerrilla y si hubo bajas alrededor de la misma.

R: en el momento en que estuvimos allá ningún, ningún momento, lo que se tenía era con anterioridad a esta compañía si habían hostigado, pero se tenía y por eso se tenía las precauciones necesarias para sostener la seguridad de la base.

P: usted nunca informó a su superior de la situación del grupo en general, si tenían tristeza o alegría del comportamiento del grupo bajo su mando.

R: uno uniformado cuando tiene manifestaciones por parte de los soldados, pero en este caso, pues todo coordinaba muy bien, todo trabajo normal dentro de lo normal, no recuerdo si informé alguna situación.

P: cuál era el ambiente digámoslo laboral que se veía en esa tropa que estaba bajo su mando

R: por lo general del ambiente pues hasta donde yo tengo entendido era armonioso porque siempre se divide la gente para tener un grupo descanso otra vez prestando centinela y otro haciendo un trabajo y por lo general siempre se les da su tiempo para hacer sus labores personales, nunca ningún soldado se quejó y creo que no se quejó con ningún comandante, pues los medios hoy en día se prestan para todo, no tuve ningún llamado atención por parte de los superiores.

P: usted recuerda cuándo fue la última vez que habló con el soldado Raúl Galán Gómez.

R: pues hablar no, creo que suministré las órdenes porque el último día sí los formé y los pasé a peluquería pero pues hablar a ciencia cierta con él no, con todo el personal.

Jhon Edwuar Bravo Gómez

P: desde hace cuánto se encuentra vinculado con las fuerzas militares

R: aproximadamente 15 años ostento el grado de mayor para este año

P: indique si conoció al soldado Raúl Galán Gómez

R: el soldado Galán estuvo bajo mi mando, perteneció a un pelotón del cual yo era el comandante (...) él era un soldado común y corriente de los que estaban allá en mi pelotón, poco contacto con él, las pocas veces que pude hablar con él lo notaba como triste, pero pues más sin embargo no sabía a ciencia cierta cuál era la situación del joven.

P: con base a qué se suscribió el informe (...)

R: me encontraba en la base de Doncello como lo dije anteriormente como comandante de compañía, en esa base tenía un pelotón de seguridad conmigo en las antenas y otro pelotón en la parte alta de Doncello, esa zona es crítica, roja por presencia de las antiguas Farc, manteníamos dispositivos de seguridad y todas las precauciones de vida para prevenir o mantener el componente armado lejos de nosotros. Aproximadamente siendo medio día, recuerdo bien su señoría, sonó un disparo, nosotros entramos en alerta, reforzamos los puestos de centinela como yo tenía la orden, porque no sabíamos que había pasado, cuando ya verificamos bien, un soldado se nos acercó y manifestó que estaba que al parecer el soldado Galán en el puesto donde él prestaba ya tenía un impacto, nos dirigimos allá y observamos, efectivamente por sus características determinamos que era él, porque él prestaba turno de centinela. Llamamos al comando del batallón informamos y posteriormente enviaron a la policía judicial para que realizará el respectivo levantamiento su señoría.

P: qué tipo de actuaciones adelantaron o rodearon lo relacionado con el fallecimiento del señor Galán

R: recuerdo que el batallón emitió u ordenó una investigación disciplinaria a los comandantes que estábamos en ese entonces para investigar cuáles fueron los motivos, qué fue lo que pasó, tengo bien entendido que la investigación se cerró, porque el acto de nosotros en ese entonces fue normal dentro de la ley y no tuvimos ningún inconveniente con esa investigación

P: se estableció si el impacto fue propiciado directamente por la víctima o por algún tercero

R: no le podría confirmar exactamente si por algún tercero o fue por la propia víctima porque nosotros es día hicimos el dispositivo de seguridad y los que hicieron el levantamiento fue el personal autorizado de policía judicial, lo que medio puede hablar ahí con el investigador técnico fue que se lo había propinado él mismo

P: en la estructura jerárquica quién está por debajo de usted y en medio del señor Raúl.

R: el cabo segundo Quemba, que era el comandante de la segunda sección

(...)

P: tuvo usted conocimiento o por parte de la compañía alguna queja por parte del señor Galán

R: no señor, no tuve ninguna queja de los soldados, nosotros realizamos las formaciones diarias, preguntábamos qué soldados tiene algo especial, qué problemas tenían, pero ninguno manifestó maltrato o alguna persecución del cabo.

P: cuántas personas estaban a su cargo en esa base en 12 de agosto del 2012

R: no recuerdo bien la exactitud su señoría no recuerdo bien su señoría la cantidad exacta doctor, pero alrededor de 30 a 28 soldados estaban bajo mi mando, incluyendo el suboficial

P: dígame al despacho si usted conocía a cada uno de las 30 personas que estaban a su cargo y si hablaba regularmente con ellos

R: si su señoría nosotros como comandantes, nosotros somos pues somos padres putativos, unos amigos que ellos tienen allá en el área y básicamente se me acercaban mucho soldados a comentarme problemas con las novias, con los amigos, con la familia, con los padres, problemas de negocios, pero pues tenía la posibilidad de sentarme hablar con ellos, puesto que era una base de patrulla fija y pues teníamos bastante tiempo para hacer planes de reacción y también sacamos tiempo para compartir e interactuar como personas digámoslo civiles y comentar problemas que teníamos en ese entonces.

P: usted en anterior ocasión dijo que lo veía como triste al soldado en la forma como conversó con él, indíqueme al despacho en qué consistió eso

R: sí señor básicamente pues uno, casi la mayoría de soldados de los 30 que tenía 28 se la pasan triste todo el día primero por el nivel de exigencia que teníamos en el batallón segundo porque es

diferente coger un civil uniformarlo y pasarlo al horario militar, siempre van a estar tristes porque no van a hacer lo que ellos de pronto quieren hacer, si tuve la oportunidad de pronto de hablar con el soldado, así bien no recuerdo, se me acercaba allá donde yo hacía programas para hablar conmigo, que tenía problemas en la casa más que todo con la señora madre de que no le ponían atención, de que él llamaba y no lo escuchaban pero pues no quise profundizar ese ese ese tema con él pues porque de haber ánimo le decía vamos a lavar y vaya peluquéese, cosas como para cambiar ese ambiente del cual pues una o dos veces me manifestó señor doctor.

P: en ese orden de ideas el cabo Quemba quien era el inmediato superior de ellos, qué concepto tenía sobre mandó, cómo ordenaban las órdenes que usted le daba a su tropa

R: el cabo Quemba a través del tiempo que yo llevo en el ejército me he dado cuenta que es un buen suboficial y dentro de lo exigido, dentro de la calidad exigida, las veces que formaba y me daba parte del pelotón lo hacía dentro de la jerarquía militar y dentro del respeto militar que se obedece y recordemos que cuando uno le da parte a un superior o hay alguien más antiguo que uno, eso es como una ceremonia, eso es algo de respeto y pues él lo hacía dentro de la norma, cuando hacía esas intervenciones delante mío lo hacía dentro de la norma, no tengo ningún otro conocimiento de que lo hiciera de otra forma.

(...)

P: existía una queja, no sé si usted tuvo conocimiento o se la transmitieron de que no los dejaban desayunar, almorzar o comer.

R: no tuve ninguna queja de que los soldados no se les permitía comer ni dormir porque sinceramente nunca pasó eso, yo era el directamente responsable de las órdenes que impartía en la base y yo tenía que estar enterado de todo, igualmente cuando de pronto si existiera alguna irregularidad lo tendríamos por seguro que los soldados se me acercarían a mí y me comentarían en esa situación su señoría, básicamente los soldados dormían bien, comían bien, prestaban su turno normal y el cabo cumplía las órdenes que yo le daba directamente señor

P: capitán dentro del orden de mando, los soldados temen dar una información de su mando inmediato al superior, es eso cierto

R: si respetamos de pronto la jerarquía militar no se debe hacer por el conducto regular, siempre que formábamos los soldados como comandante compañía yo les decía que no tenían conducto regular para hablar conmigo, una vez antes de salir al Biter formé los 4 pelotones y le di mi número de teléfono y que cualquier irregularidad tanto con la alimentación y el maltrato me podrían llamar directamente, no se presentó ningún problema y conmigo podían hablar sin ningún problema, yo dormía con ellos las 24 horas, los 7 días de la semana domingo festivos me la pasaba con ellos, lavaba ropa con ellos, trabajamos en la base con ellos y nunca me ausenté en lo que estuve con esa unidad

P: en el desempeño de sus labores como militar ha tenido alguna investigación o sanción disciplinaria por estos motivos

R: no señor, no tengo ninguna investigación tanto administrativa disciplinaria o penal por estos motivos

P: recuerdo usted cómo fue el desempeño del señor Raúl Galán Gómez mientras perteneció a las fuerzas militares

R: sí señor básicamente pues como todo en la jerga militar de nosotros, como todo recluta tiene que ser orientado, básicamente la función que tenía la función del suboficial a cargo era la cumplir las órdenes que yo le daba, enseñarles y orientarlos para que hicieran bien su turno y su puesto de centinela, básicamente con el soldado Galán ni con él ni otros tuve ningún inconveniente como comandante de compañía, sino lo hubiese dejado por escrito

P: recuerda si en alguna ocasión por parte de segundo Quemba tuvo algún tipo de inconveniente con los reclutas

R: no su señoría, no había ningún inconveniente con ello, básicamente pues uno de los inconvenientes que teníamos en la base era que cuando prestaban el turno de centinela les quitaremos el celular y eso básicamente era orden mía y se la dije al cabo para que por favor le hiciera cumplir, puesto que los soldados iban al puesto de centinela hablar por teléfono y básicamente ante nosotros a nuestra unidad estar ahí pues ese cerro donde estábamos dejó bastantes soldados muertos.

En Providencia del 8 de noviembre de 2013, el Batallón de Infantería No.35 “Héroes del Güepi” indicó lo siguiente:

(...) Diligencia de Declaración Juramentada del señor CS. QUEMBA SÁNCHEZ ORLANDO. EN diligencia del 07 de noviembre de 2012 manifestó ante el funcionario de

instrucción que siendo aproximadamente las 12:50 día, se encontraba la segunda sección en hora de almuerzo cuando de un momento a otro se escucha un disparo. El centinela que se encontraba en puesto 3, llega corriendo hacia el declarante y le informa que el SLR: GALÁN GÓMEZ Raúl, quien se encontraba de centinela en puesto 2, salió de su puesto, bajó hacia un hueco cerca del puesto de centinela y se propinó un disparo; se dirigieron corriendo hacia el lugar indicado y encontró al SLR: GALÁN GÓMEZ RAUL sin signos vitales por propinarse un disparo. Agrega además que el soldado le había manifestado que se encontraba aburrido porque su familia no le prestaba atención y que hace como 15 días antes su novia lo había dejado sin razón alguna, le preguntó además que si estaba aburrido desde que entró al Ejército, ante lo cual el SLR. GALÁN manifestó que venía aburrido desde civil, por eso se había regalado al Ejército. Manifestó demás el declarante que el SLR. GALÁN, no tenía problemas con ninguno de los soldados del pelotón.

Con fundamento en las anteriores declaraciones, resulta claro para el Despacho que mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, el señor Raúl Galán Gómez presentó alteraciones psicológicas y de baja autoestima en relación con su entorno, en la medida que exteriorizó a sus compañeros y superiores cambios en su personalidad, asociado a la rutina de la actividad castrense y condiciones de prestación del servicio militar obligatorio.

Al respecto, conforme la declaración que rindiera Miguel Ángel Escorcía Merizalde, se precisó que el señor Raúl Galán Gómez presentó episodios de aburrimiento y estrés, actuaciones que fueron puestas en conocimiento de su superior, esto es, el señor Orlando Quemba Sánchez, días antes del suceso en el que perdiera la vida.

Por su parte, el mismo Orlando Quemba Sánchez relató que conforme lo poco que pudo conversar con Raúl Galán, este estaba presentado presuntamente problemas de índole familiar y personal, a lo que únicamente generó señales de motivación, sin contemplar la posibilidad de remitirlo para ser atendido por un especialista.

Así mismo, el señor Jhon Edwuar Bravo Gómez, superior jerárquico de Orlando Quemba Sánchez, manifestó haber hablado con el señor Raúl Galán y notarlo triste, sin saber la razón de dicha situación, gestionando únicamente actuaciones de dispersión del pensamiento, para la concentración en otro tipo de actividades que generaran un cambio de ánimo.

De manera que, para establecer si por la muerte del señor Raúl Galán Gómez es posible imputar responsabilidad a la entidad demandada, debe señalarse si su suicidio era previsible para la entidad, de modo que existiera la obligación de brindarle especial protección y cuidado, pues en ausencia de síntomas de suicidalidad, el hecho se constituiría en una causa extraña que escapa a la órbita de la responsabilidad de la entidad.

Los testimonios rendidos son contestes en señalar el cambio de personalidad del señor Raúl Galán Gómez, al afirmar que este empezó a presentar muy baja autoestima y situaciones de tristeza, aspecto al que únicamente se suministró voces de superación por parte de sus superiores, e incluso, en ausencia de la víctima, se manifestó que si tenía muchas ganas de suicidarse, bajara al monte y se pegara un disparo.

En este punto, a juicio del Despacho, la declaración del señor Miguel Ángel Escorcía Merizalde merece credibilidad en la medida que no existe ninguna limitante o circunstancia que genere algún tipo de parcialidad en su declaración, pues la misma fue dada libre de cualquier apremio y concuerda con la premisa según la que, los superiores del señor Raúl Galán Gómez tuvieron conocimiento de sus cambios de personalidad.

Lo anterior difiere respecto de la situación del señor Orlando Quemba Sánchez, en la medida que las circunstancias por él relatadas sí comprometen el desempeño y trato dado a sus compañeros en la institución castrense, lo que en todo caso no llevó al punto de desconocerse la situación de alteración en la personalidad del señor Raúl Galán Gómez, pues así fue

reconocido, situación que incluso también fue de conocimiento del señor Jhon Edwuar Bravo Gómez, superior jerárquico de las anteriores dos personas.

De manera que, en relación con la salud mental del señor Raúl Galán Gómez, la prueba testimonial indica de manera inequívoca el estado depresivo que manifestaba, lo que constituía un hecho conocido para la entidad demandada, no solo por los compañeros del mismo nivel del soldado regular, sino también por sus superiores jerárquicos en la institución castrense, quienes percibieron los grandes cambios de personalidad, en la medida que reflejó tristeza y estrés.

Bajo este orden de ideas, a juicio del Despacho, la entidad ha debido tomar medidas a efectos de evaluar y someter a consulta al señor Raúl Galán Gómez para tratar sus episodios de depresión y estrés, pues estos aspectos, bajo las reglas de la sana crítica, generan conductas que pueden propiciar tendencias suicidas, conforme los trastornos o cambios de personalidad del soldado, siendo previsible para la institución, como se desprende del testimonio del señor Miguel Ángel Escorcia Merizalde, un eventual atentado contra la integridad de la vida, pues se insinuó, si bien no delante la víctima, dicha posibilidad.

Así mismo, la propia institución lo único que adoptó fueron medidas de sugerencia y voces de aliento por parte de uniformados y no especialistas de salud, a efectos de que el señor Raúl Galán Gómez sobrelleva los actos que presuntamente generaron sus cambios de personalidad.

No desconoce el Despacho que las anteriores actuaciones si bien se pudieron haber gestionado, se realizaron con la finalidad de motivar al señor Raúl Galán Gómez, sin embargo, estas se consideran insuficientes, en la medida que no fueron efectuadas por el personal idóneo con un adecuado acompañamiento y seguimiento que disminuyera el riesgo de presentarse un eventual suicidio, producto del cambio de personalidad de la víctima, pues el contexto al que estaba expuesto el conscripto hacía viable dicha situación, toda vez que momentos antes de los hechos, había sido objeto de represión por sus superiores y sobre cargado en sus labores, en tanto se duplicó su turno de centinela.

De manera que, respecto de las personas que se encuentran en situación de sujeción especial como los conscriptos, el deber de protección del Estado es mayor y se extiende a brindarles a éstos la ayuda médica especializada que requieran cuando las circunstancias que viven, por su carácter forzoso, desencadenan en ellos perturbaciones síquicas, de suerte que, al exteriorizarse los cambios de personalidad del señor Raúl Galán Gómez en fecha anterior a la que atentó contra su vida, se advierte un inadecuado y tardío manejo de la depresión manifestada por el conscripto.

Por lo que, la decisión del señor Raúl Galán Gómez no fue libre y autónoma y en tal virtud, la misma no tiene la virtualidad de exonerar a la administración, por no ser un hecho exclusivo de la víctima, sino que tuvo relación directa con el inadecuado manejo que la institución dio a la sintomatología presentada por el conscripto.

3.1. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera positiva, por cuanto se acreditaron los elementos de responsabilidad de la entidad demandada respecto al fallecimiento del señor Raúl Galán Gómez, por cuanto la conducta desplegada por la entidad demandada repercutió en la producción del daño alegado.

4. Liquidación de los perjuicios

4.1 Perjuicios Morales

En el presente asunto, se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de los señores Víctor Raúl Galán Bulla, Sonia Jackeline Gómez Moreno (madre de la víctima) y Yenny Pilar Galán Gómez (hermana)

En relación a la prueba de la existencia del daño moral, se ha considerado que en los parientes del afectado, cuando se logra acreditar el parentesco, se presumen hasta el segundo grado de consanguinidad¹⁵ y primero civil, es decir, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañero(a) permanente. Lo anterior, teniendo en cuenta que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua.

Por lo anterior, es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los demandantes por cuanto se ubican en el primer y segundo grado de consanguinidad y probaron el parentesco con el señor Raúl Galán Gómez con el registro civil de nacimiento obrante a folios 4-6 c2.

Ahora bien en relación al monto, se ha establecido una serie de parámetros por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2014¹⁶, los cuales atienden el nivel de cercanía afectivo existente entre la víctima directa y quienes acuden al proceso como damnificados del hecho dañoso:

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

Conforme a lo señalado, se reconocerán los valores solicitados en las pretensiones de la demanda, así:

PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LOS DEMANDANTES	
Víctor Raúl Galán Bulla (<i>padre</i>)	100 SMLMV
Sonia Jackeline Gómez Moreno (<i>madre</i>)	100 SMLMV
Yenny Pilar Galán Gómez (<i>hermana</i>)	50 SMLMV

¹⁵ Sentencia del Consejo de Estado del 30 de junio de 2011, consejero ponente Danilo Rojas Betancourth. Cuando ha tratado el tema de la prueba de la existencia de los perjuicios morales en los parientes del afectado, esta Corporación ha considerado que el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente (Negrilla fuera de texto).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano.

Las anteriores sumas dadas en SMLMV, se entenderán como salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

6.3 Perjuicios materiales.

Lucro cesante.

Se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro.

Al respecto, se debe precisar que la Sección Tercera en sentencia de unificación sobre este aspecto señaló lo siguiente¹⁷:

“Finalmente, debe tomarse en consideración que el fundamento de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil es doble: por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe. Esto significa que legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos¹⁸.

Lo anterior significa que desde el punto normativo tampoco existen razones para presumir que los hijos entre los 18 y los 25 años contribuyen con el sostenimiento económico de sus padres, cuando la exigibilidad de esta obligación no surge por la simple relación de parentesco, sino que demanda la configuración de dos situaciones de hecho: por un lado que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar¹⁹. (Subrayado fuera del texto).

En este caso, no se probó que el señor Raúl Galán Gómez hubiese formado una propia familia.

Sin embargo, tampoco se acreditó que este colaboraba con el sostenimiento de sus padres o

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005). Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-919 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁹ Conforme al criterio empleado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias providencias: sentencias de 8 de junio de 2017, exp. 50352; de 11 de junio de 2015, exp. 33355; de 13 de noviembre de 2014, exp. 30753; y de 5 de abril de 2013, exp. 27281, todas con ponencia del suscrito magistrado ponente.

que estos dependieran económicamente de él, es decir, que los padres del señor Raúl Galán Gómez dependía económicamente de este por la imposibilidad de trabajar, a fin de ser indemnizado hasta la vida probable de estos, tal y como lo ha exigido el Consejo de Estado, y por el contrario en los testimonios se expresó que los demandantes desempeñan labores que le generan ingresos para su subsistencia.

De otra parte, el Despacho advierte que el núcleo familiar se encuentra conformado por 1 hijo, de los que se presume están en edad de trabajar, pudiendo contribuir de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo ²⁰

Por lo tanto, no es viable para la demandante el reclamo del lucro cesante consolidado y futuro, observando que no se probó su imposibilidad de trabajar, así como tampoco la dependencia exclusiva de estos respecto de su hijo Raúl Galán Gómez, lo que dará lugar a que se niegue esta pretensión.

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 demandada 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 valor de cien mil pesos (\$ 100.000), la cual deberá pagar la parte demandada, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia, a la parte actora.

VII. 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

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, 6 de abril de 2018, Exp. 46005 C.P. Danilo Rojas Betancourth

autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la demanda Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los perjuicios de que fue víctima la parte actora con ocasión de la muerte del señor Raúl Galán Gómez.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a los demandantes, por concepto de *perjuicios morales*, los valores que se señalan a continuación:

PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LOS DEMANDANTES	
Víctor Raúl Galán Bulla (<i>padre</i>)	100 SMLMV
Sonia Jackeline Gómez Moreno (<i>madre</i>)	100 SMLMV
Yenny Pilar Galán Gómez (<i>hermana</i>)	50 SMLMV

Las anteriores sumas dadas en SMLMV, se entenderán como salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

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

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), la cual deberá pagar la parte demandada, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia, a la parte actora.

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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00595-00
Demandante :	Uberli Agamez Bernal y otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional Policía Nacional Departamento de Córdoba Municipio de Tierralta-Córdoba

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 54**

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 Uberli Agamez Beltrán, Juan Carlos Agamez Beltrán y Sergio Luis Flórez Agamez presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, Policía Nacional, departamento de Córdoba y el municipio de Tierralta-Córdoba, 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 inmateriales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 66 a 71 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

Se indicó que, para el año 2009, residiendo en el municipio de Tierralta-Córdoba, los demandantes fueron víctimas de la violencia protagonizada por miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia al ser requeridos a pagar un dinero para que siguieran desarrollando sus actividades agropecuarias y que su hijo Sergio Luis Flórez se uniera a las filas subversivas, so pena de atentar contra su vida.

Indicó que, la señora Uberli Gómez fue amenazada de muerte y maltratada verbal y psicológicamente por un grupo conformado por 10 sujetos desconocidos, armados y portando camuflados que ingresaron violentamente a su casa, intimidándola y requiriéndola para que entregara a su hijo y que, en caso de no entregarlo, le deban 24 horas para abandonar la zona.

En virtud de dicho panorama, los demandantes se vieron obligados a migrar a la ciudad de Medellín el 17 de junio de 2009 y posteriormente ante la falta de oportunidades, debieron desplazarse a la ciudad de Bogotá, siendo reconocidos como víctimas por los hechos narrados por parte de la Unidad Para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Añadió que, los hechos acaecidos causaron daños psicológicos a Juan Carlos Agamez Beltrán, quien padece retraso mental, además de los daños psicológicos, morales y materiales que ha padecido todo el núcleo familiar.

Sostuvo que, los daños antijurídicos sufridos fueron producto del incumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de las autoridades demandadas, en tanto que, era de pleno conocimiento la situación de peligro que se vivía en el municipio de Tierralta-Córdoba por cuenta de los grupos al margen de la ley, que causaban graves violaciones contra los derechos humanos de los pobladores, existiendo negligencia, falta de cuidado y previsión del Estado.

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 reparado integralmente, por lo que persistía su estado de necesidad (f. 60 a 64 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 16 de junio de 2017, el **Departamento de Córdoba** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones. Señaló 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, en tanto no existía nexo de causalidad entre alguna omisión de protección o seguridad por parte de la entidad y el resultado dañoso.

Adicionalmente afirmó que, los actores fueron desplazados de su hogar por el actuar de los grupos armados ilegales que delinquían en la zona y era por ello que, pretendía endilgar responsabilidad a la entidad, sin embargo, consideró que, tales pretensiones eran del resorte del Estado en cabeza del Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército y la Policía Nacional, quienes tenían el deber legal de proteger a los ciudadanos, sin embargo, era necesario que las autoridades tuvieran conocimiento de lo que estaba sucediendo, sin que se hubiera acreditado que efectivamente se pusiera en conocimiento de las demandadas las amenazas recibidas para la época de los hechos.

Añadió que, la accionante y su núcleo familiar estaban incluidos en el Registro Único de Víctimas y habían recibido ayuda por parte del Estado a través de la Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (f. 150 a 158 c. principal).

Por su parte, mediante escrito presentado el 28 de junio de 2017, el **Municipio de Tierralta-Córdoba** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones.

Señaló que, al municipio no le asistía responsabilidad alguna, teniendo en cuenta que el Estado a través de sus fuerzas militares y policías eran las encargadas de salvaguardar la soberanía, así como garantizar el ejercicio de los derechos y libertades, y asegurar la convivencia en paz de sus habitantes, en consecuencia, no era el municipio de Tierralta el llamado a garantizar dichos derechos (f. 164 a 168 c. principal).

La Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y la Policía Nacional en el término concedido guardaron silencio.

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 20 de agosto de 2015 (f. 100 c. principal) seguidamente, mediante auto de 18 de mayo de 2016 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 10 de octubre de 2016, se admitió la demanda (f. 134 a 136 c. principal).

Mediante auto de 21 de septiembre de 2017, se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 176 c. principal).

El 29 de agosto de 2018 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 263 a 265 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

El 18 de septiembre de 2018, la **parte actora** indicó que, en el presente asunto el daño antijurídico se enmarcaba en las amenazas, tratos inhumanos y desplazamiento forzado que debieron sufrir los accionantes en el año 2009 cuando residían en Tierralta-Córdoba como quedó acreditado en el plenario.

Sostuvo que, las entidades demandadas intervinieron activamente en la producción del daño y los perjuicios reclamados, al omitir la adopción de medidas que evitaran o atendieran adecuadamente una situación de riesgo creada por la presencia de todo grupo subversivo en el lugar de residencia de los demandantes (f. 287 a 298 c. principal).

En escrito radicado el 11 de septiembre de 2018, la **Nación – Ministerio de Defensa Nacional** afirmó que, la parte actora no acreditó en debida forma el interés jurídico que pretendía hacer valer, en tanto el desplazamiento forzado por el que pretendía endilgar responsabilidad a la entidad se encontraba en un plano hipotético, al no haberse allegado pruebas que acreditaran las acciones u omisiones en que se adujo haber incurrido su representada, toda vez que, conforme a los hechos de la demanda, éste fue producto de actores al margen de la ley.

Finalmente alegó que, la demandante no acreditó haber puesto en conocimiento de las autoridades las presuntas amenazas contra su vida y el presunto desplazamiento al que se vio obligada, aunado a que, no se probó la coacción a la que fueron sometidos los

accionantes y que se vieran obligados a desplazarse, ni mucho menos la violación de sus derechos fundamentales y que puso en peligro su vida (f. 272 a 276 c. principal).

Por su parte, en escrito allegado el 11 de septiembre de 2018 el **Departamento de Córdoba** advirtió que, no se allegó prueba alguna que permitiera endilgar responsabilidad a la entidad en torno a los hechos de la presente demanda, sin que se acreditara que los accionantes solicitaron ayuda o pusieron en conocimiento del Departamento el supuesto desplazamiento del que eran víctimas, ni mucho menos prueba de las amenazas que sufrieron, a efectos de haberles brindado la protección necesaria (f. 277 a 283 c. principal).

De otro lado, en escrito radicado el 13 de septiembre de 2018, la apoderada judicial de la **Policía Nacional** solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Indicó que, en el plenario no se acreditaron los enfrentamientos entre el Estado y los grupos subversivos que causaron los desplazamientos en el municipio de Tierralta-Córdoba, por lo que, no podía pretender declarar responsable a la entidad, al no haberse aclarado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se causaron los desplazamientos alegados.

Adicionalmente, se acreditó que los accionantes no denunciaron hecho alguno que estuviera atentando con la integridad de los miembros de su familia, así como tampoco se logró determinar que se hubiera producido un hostigamiento o enfrentamiento armado del que pudiera devenir un desplazamiento de la población civil en tales condiciones, ni mucho menos que los accionantes hubieran acudido alguna autoridad para la protección efectiva de sus vidas y bienes (f. 285 y 286 c. principal).

El Municipio de Tierralta-Córdoba en el tiempo 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 presente caso concreto, las entidades demandadas 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 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.

3.2 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 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 cuanto al desplazamiento forzado de los demandantes, obra una certificación emitida la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por la que se certificó que los señores Uberli Agamez Beltrán, Juan Carlos Agamez Beltrán y Sergio Luis Flórez

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 2903-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

Agamez estaban incluidos en el Registro Único de Víctimas RUV, por el hecho victimizante de desplazamiento forzado.

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

Al respecto, el Consejo de Estado⁴ ha precisado:

"5.5.2.- Sabido es que el Estado asume obligaciones erga omnes de respeto y garantía⁵ de los Derechos Humanos de quienes están sometidos a su jurisdicción⁶. El primero de tales 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 infranqueable⁷.

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 protegidos⁸, 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 terceros⁹.

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C - Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Sentencia del 7 de mayo de 2011. Radicación No: 63001-23-31-000-2003-00463-01(33948).

⁵ 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)

⁶ "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 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.

⁷ "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.

⁸ "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.

⁹ "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 Yarce 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 Frias– 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

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 ficticio 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 derechos¹⁰; a menudo se asocia este deber con la 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"¹¹.

5.5.7.- Al amparo de este deber se desprenden otros específicos tales como los deberes de prevención¹², protección¹³, investigación¹⁴, sanción¹⁵ y reparación¹⁶ de las violaciones¹⁷.

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.

¹⁰ "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.

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 comparte 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.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y Otras ("Campo Algodonero") Vs México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 243.

¹² "139. La obligación de garantizar los derechos a la vida e integridad personal presupone el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dichos derechos. Este deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 175. Véase, también, Caso Castillo González y Otros Vs Venezuela, Sentencia de 27 de noviembre de 2012, párr. 128. En el Caso "Esta protección activa del derecho a la vida por parte del Estado no sólo involucra a sus legisladores, sino a toda institución estatal y a quienes deben resguardar la seguridad (...). En razón de lo anterior, los Estados deben adoptar las medidas necesarias no solo a nivel legislativo, administrativo o judicial, (...) sino también para prevenir y proteger a los individuos de actos criminales de otros individuos e investigar efectivamente estas situaciones", Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 120.

¹³ 11. (...) para garantizar efectivamente los derechos consagrados en la Convención Americana, el Estado Parte tiene la obligación, erga omnes, de proteger a todas las personas que se encuentren bajo su jurisdicción. Esto significa, a juicio de la Corte, que dicha obligación general se impone no sólo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares, inclusive grupos armados irregulares de cualquier naturaleza". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte de 6 de marzo de 2003. Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas provisionales, párr. 11.

¹⁴ "65. La investigación que deben emprender los Estados debe ser realizada con la debida diligencia, puesto que debe ser efectiva. Esto implica que el órgano que investiga debe llevar a cabo, dentro de un plazo razonable, todas aquellas diligencias que sean necesarias con el fin de intentar obtener un resultado". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Hermanas Serrano Cruz Vs El Salvador, Sentencia de 1º de marzo de 2005, párr. 65.

¹⁵ "183. Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos²¹⁴ y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de jus cogens. 184. La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de

5.5.8.- *El mandato convencional y constitucional de garantía, en relación con los derechos a la vida, la integridad y libertad personal, impone a la autoridad no asumir una posición neutra ante las amenazas que, bien de oficio o por denuncia, conoce. No es razonable que esa situación competa asumirla y resolverla por entero a cada individuo o colectividad en su autónomo marco de organización particular, como tampoco es asunto privado indagar la verosimilitud o seriedad de aquellas.*

5.5.9.- *Y es que desde aquellos albores en que se tiene noticia de actos que amenazan el goce de los derechos se encuentra bien fundado el deber estatal de desplegar diligencias inordinadas a indagar y 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"*¹⁸

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."*¹⁹

intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gielman Vs Uruguay. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 183-184.

¹⁸ Así, en una de las primeras sentencias destacadas sobre la materia la Corte Interamericana sostuvo: "48. (...) Todos acto humano es causa de muchas consecuencias, próximas unas y otras remotas. Un viejo aforismo dice en este sentido: causa causae est causa causati. Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos. (...) 49 (...) La solución que da el Derecho en esta materia consiste en exigir del responsable la reparación de los efectos inmediatos de los actos ilícitos, pero sólo en la medida jurídicamente tutelada. Por otra parte, en cuanto a las diversas formas y modalidades de reparación, la regla de la in integrum restitutio se refiere a un modo como puede ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como debe ser reparado, porque pueden haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada (...)". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe Vs Surinam. Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 48-49.

¹⁷ "Como consecuencia de esta obligación (de garantía) los Estados deben prevenir, investigar, 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". Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 Yaree 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 Corporación²⁰, 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 riesgo²¹.

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”²²⁻²³; 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”²⁴; 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 riesgo”²⁵ 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”²⁶. (Subrayado del texto)

²⁰ 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.

²¹ “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.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Bello Vs Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006, párr. 123.

²³ “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.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ibíd.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Valle Jaramillo Vs Colombia. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 78.

²⁶ 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.

3.3 Caso Concreto

A efectos de determinar si resulta posible atribuir responsabilidad a las entidades demandadas, 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.

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

A juicio del Despacho 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 las presuntas amenazas 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 los accionantes, pues si bien obra certificación emitida por la UARIV, en la que se certificó que los demandantes están inscritos en el Registro Único de Víctimas por el hecho victimizante de desplazamiento, lo cierto es que, 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 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 las entidades demandadas hayan 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 Fuerzas Armadas y autoridades gubernamentales y municipales tuvieran conocimiento de las amenazas que recibieron los demandantes.

Sobre el particular, es importante mencionar que si bien es cierto se puede tener por demostrada la situación de conflicto armado que se presentaba en el departamento de Córdoba, también lo es que, no existe ni una sola prueba en la que se acredite que el Ejército Nacional, la Policía Nacional, el Departamento de Córdoba o el Municipio de Tierralta conocían de las amenazas que recibió la parte actora, en especial, en el territorio en el que residían.

Por lo anterior, no es posible exigir a las entidades 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 las entidades demandadas tuvieron la oportunidad de actuar para evitar su ocurrencia.

Por lo anterior, el Despacho no encuentra acreditado ninguno de los argumentos expuestos por la parte actora, a efectos de atribuir responsabilidad alguna a las entidades demandadas.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, 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 la parte actora.

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 hizo presencia en la audiencia inicial, a las de práctica de pruebas y alegó 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.

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 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

RQM



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

Bogotá D.C., 31 de marzo 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-00623 00
Demandante :	Ana Teresa Gil Mendoza y otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 36**

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 Ana Teresa Gil Mendoza, Orlando Bossio Gil, María Teresa Bossio Gil y Nelson de Jesús Bossio Gil 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 el fallecimiento del señor Ernesto Bossio Gil, presuntamente causado 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.72-95 c1).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el día 25 de marzo de 2006, en desarrollo de la misión táctica "Medieval", un grupo de seis militares inició un movimiento motorizado sobre la vía que de Santa Marta conduce a la Guajira, en la vereda Guachaca, al escuchar unos movimientos y presencia de dos sujetos, emprendieron un enfrentamiento, en el que se dio de baja a estas dos personas, que fueron identificadas como NN.

En virtud de lo anterior, se inició una investigación penal, en la que luego de realizarse la identificación dactiloscópica de cuerpos, mediante oficio del 12 de marzo de 2012, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó que uno de estos correspondía a la persona que en vida se identificó como Ernesto Bossio Gil identificado con C.C. 9.201.968. De lo anterior, tan solo hasta el 27 de mayo de 2013, el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar solicitó a la Registraduría Municipal de Santa Marta la inscripción de la defunción del señor Ernesto Bossio Gil, quien realizó dicho acto el 18 de junio de 2013.

Adujo que, conforme a las pruebas practicadas al interior del proceso penal, permitían concluir una clara violación al Derecho Internacional Humanitario y los tratados de Derechos Humanos, por cuanto no se respetaron los protocolos y los derechos a la vida e integridad de las personas, pues se hizo un uso desproporcionado de la fuerza, en tanto se utilizaron 80 disparos contra dos personas que no ofrecían amenaza y peligro, lo que generó una ejecución extrajudicial, por parte de miembros del Ejército Nacional.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 17 de febrero de 2017, la entidad se pronunció respecto de la presente demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones (fls.203-211 c1).

Señaló que el actuar de la fuerza pública no fue arbitrario, pues se ejercían las labores de la defensa de la soberanía nacional y las instituciones del Estado, de manera que el deceso del señor Ernesto Bossio Gil se produjo conforme al proceso militar que se adelantó en debida forma.

Propuso como excepciones las siguientes:

- Caducidad del medio de control, por cuantos los hechos acaecieron el 25 de marzo de 2006 y la demanda se presentó tan solo hasta el 3 de septiembre de 2015.
- Culpa exclusiva de la víctima, en la medida que fue el actuar del señor Ernesto Bossio Gil al ostentar la calidad de combatiente, el que sostuvo un combate con el Ejército Nacional y generó su deceso.
- Legítima defensa de los militares, dado que estos reaccionaron en defensa de la institución, en el marco del desarrollo de una orden de operaciones.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 3 de septiembre de 2015 (fl.96 c1), mediante auto proferido el 11 de agosto de 2016 se admitió la misma (fl.178-180 c1).

El 13 de agosto de 2018 y el 7 de mayo de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se indicó que la caducidad del medio de control se resolvería en la sentencia, decisión que fue confirmada por el superior, y se decretaron pruebas (fl.247-268 c1)

Finalmente, el 11 de julio y el 15 de agosto de febrero 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 (fl.276 y 299 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 Ernesto Bossio Gil se trató de una ejecución extrajudicial, pues nunca existió la intención de reducir y capturar, más aun cuando no existió un enfrentamiento, pues la víctima nunca efectuó ningún disparo y no se podían tener en cuenta las declaraciones rendidas dentro del proceso penal, por no haber sido ratificadas (fls.298-310 c1).

La entidad demandada reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, resaltando que el actuar de la entidad se desarrolló bajo una operación y actuar legítimo (fl.290-297 c1).

El agente del Ministerio Público guardó silencio.

III. CONSIDERACIONES

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 Ernesto Bossio Gil era un delito de lesa humanidad, y que en todo caso, conforme a la fecha en que se emitió el registro civil de defunción de este, la demanda fue presentada dentro del término de caducidad de dos años para el medio de control de reparación directa.

Respecto de la caducidad en acciones de reparación directa, el artículo 164, numeral 2, literal i) del CPACA establece lo siguiente:

Quando 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, periodo dentro del que 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 (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

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)-

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.

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 Ernesto Bossio Gil en hechos ocurridos el 25 de marzo de 2006.

Conforme a las pruebas aportadas al expediente, obra oficio recibido el 6 de agosto de 2012 por el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar, por el que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó que uno de los cadáveres enviados para identificar correspondía a la persona que en vida se identificó como Ernesto Bossio Gil identificado con C.C. 9.201.96 (fl.116-121 c2).

Mediante auto del 23 de mayo de 2013 el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar dejó constancia que la señora Ana Teresa Gil Mendoza acudió a dicho despacho y manifestó ser la madre del señor el Ernesto Bossio Gil, motivo por el que se ordenó la entrega del cadáver y la toma se su declaración. (fl.133-134 c2).

Ese mismo día, se tomó declaración bajo la gravedad de juramento, de Orlando Bossio Gil y Ana Teresa Gil Mendoza quienes manifestaron que tuvieron conocimiento del deceso de su hermano e hijo, respectivamente, el 17 de mayo de 2013, debido a que un amigo, el señor Dorian Pérez, les llevó un periódico que contenía la noticia (fl.136-142 c2).

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”.

En las condiciones analizadas, se advierte que, en la demanda, se sostuvo que los afectados conocieron el hecho dañoso desde el 18 de junio de 2013, fecha en la que se expidió el registro civil de defunción del señor Ernesto Bossio Gil.

En el presente, contrario a lo que se consideró por el anterior titular del Despacho, se considera en esta ocasión que el término de caducidad no ha debido contabilizarse desde la expedición del registro civil de defunción, sino desde cuando los demandantes tuvieron conocimiento formal de la noticia.

En efecto, desde el mismo 17 de mayo de 2013, e inclusive desde el 23 de mayo de 2013, cuando dos de los demandantes rindieron declaración juramentada ante el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar, estos ya tenían conocimiento del fallecimiento del señor Ernesto Bossio Gil, y 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.

Al respecto, debe ponerse de presente que si bien se ha considerado que de conformidad con artículo 106 del Decreto 1260 de 1970 el medio idóneo para probar la muerte de una persona es el respectivo registro civil de defunción, no por ello puede desconocerse la existencia de otro tipo de documentos públicos que pueden dar fe también del fallecimiento de una persona, pues el Consejo de Estado ha considerado que dada la presunción de autenticidad de este tipo de documento, sus declaraciones dan fe de los hechos que referencian. Sobre el particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado³ ha dicho:

“el documento público, es decir (sic) aquel que es expedido por funcionario de esa naturaleza, en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 C. de P. C.), se presume auténtico y tiene pleno valor probatorio frente a las partes, los terceros y el juez, salvo que su autenticidad sea desvirtuada mediante tacha de falsedad, según lo dispone el artículo 252 del C. de P.C.”⁴.

Así, en el caso particular obra copia del informe de necropsia expedido por funcionarios del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que, de conformidad con el numeral 2 del artículo 5 y el artículo 46 del Decreto 261 de 2000⁵, es un establecimiento público adscrito a la Fiscalía General de la Nación, de suerte que quien lo suscribió era funcionario de la Rama Judicial, dado que la Fiscalía forma parte de dicha Rama, según el artículo 249 de la Constitución Política, razón suficiente para confiar en la veracidad y autenticidad de tal documento que, en este caso, da cuenta de la muerte del señor Ernesto Bossio Gil, máxime que tal Instituto es una entidad pública de referencia técnico científica, que dirige y controla el sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses en Colombia y que tiene como función principal prestar servicios forenses a la comunidad y a la administración de justicia, sustentados en la investigación científica, según disponen los artículos 48 y 49 del citado Decreto 261 de 2000⁶.

Por lo anterior, previo a la expedición del registro civil de defunción, ya existían otros documentos públicos que daban fe del deceso del señor Ernesto Bossio Gil. No obstante lo anterior, en torno a la identificación del cadáver, dicha circunstancia tan solo pudo cerciorarse con el cotejo realizado por el Instituto de Medicina Legal con la tarjeta decadactilar expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En virtud de lo anterior, mediante oficio del 12 de marzo de 2012, radicado el 6 de agosto de 2012, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses certificó al Juzgado 19 de

³ Sentencia del 3 de octubre de 2019 (47569)

⁴ Sentencia del 11 de agosto de 2010 (expediente 19056)

⁵ Por el cual se modifica la estructura de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones.

⁶ Al respecto, ver sentencia del 27 de abril de 2011 (expediente 26.861).

Instrucción Penal Militar que uno de los cuerpos cuya identificación se solicitó, correspondía a la persona que en vida se identificó como Ernesto Bossio Gil identificado con C.C. 9.201.968. De lo anterior, tan solo hasta el 27 de mayo de 2013, el Juzgado 19 de Instrucción Penal Militar solicitó a la Registraduría Municipal de Santa Marta la inscripción de la defunción del señor Ernesto Bossio Gil, quien realizó dicho acto el 18 de junio de 2013.

Sobre este aspecto, debe enfatizarse que una cosa es el hecho dañoso, esto es, la muerte del señor Ernesto Bossio Gil que acaeció desde 25 de marzo de 2006, de lo que no existía duda alguna, y otra es el cambio de su estado civil, lo que se podía acreditar en el transcurso del proceso y en todo caso existían otros documentos públicos que daban fe de la actuación, y no alteraban o modificaban el hecho dañoso, consistente en el fallecimiento del referido sujeto.

Así las cosas, se encuentra probado que desde el **23 de mayo de 2013**, cuando los demandantes rindieron declaración juramentada, conocieron el estado del proceso, la identificación del cadáver y que el Estado estuvo involucrado y que era susceptible de ser demandado 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 Ernesto Bossio Gil, por lo que el término máximo para demandar expiraba en principio el 25 de mayo de 2015, por cuanto el 24 de mayo era un día no hábil.

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, se 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 17 de junio de 2015 (fl.98-100 c1) y la segunda el 3 de septiembre de 2015 (fl.9 6c1).

De lo expuesto, dado que la demanda se presentó el **3 de septiembre de 2015**, 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 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 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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-00699 00
Demandante :	Luis Obdulio Rojas Santiago y Otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 37**

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 Franklin Barahona Mora, Fidel Barahona Vera, Marcelina Mora Bernal actuando en nombre propio y representación de la menor Lina Marcela Barahona Mora; Wilfredo Barahona Mora, Froilan Aurelio Barahona Mora, Lidia Isabel Barahona Mora y Melky Fidel Barahona Mora 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 Franklin Barahona Mora, en calidad de soldado profesional.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 37-53 c1).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora indicó que el señor Franklin Barahona Mora se vinculó voluntariamente al Ejército Nacional, desempeñándose como soldado profesional en el Batallón de Combate Terrestre no. 128. BRIM No.23 adscrito a la Segunda División.

Manifestó que en desarrollo de la misión táctica No. 25 “MACEDONIA”, orden de operaciones “ESCORPIÓN” llevada a cabo en jurisdicción de la vereda Llana Alta, municipio de Convención (Norte de Santander), el 12 de mayo de 2014, de manera accidental activó un artefacto explosivo improvisado, sufriendo amputación del pie derecho, esquirla en cabeza, ojo izquierdo y múltiples heridas en su integridad.

La parte actora indicó que las lesiones sufridas por el señor Franklin Barahona Mora se causaron por una falla en el servicio imputable a la entidad demandada, toda vez que dicha institución debía dotar a sus miembros de los elementos necesarios, a efectos de que cumplieran con sus misiones y proteger la integridad de estos.

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 Franklin Barahona Mora se desplazaba en una zona con indicios de presencia de artefactos explosivos, sin el apoyo del grupo EXDE, circunstancia que desencadenó en los hechos objeto de controversia.

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 la víctima, al ingresar al Ejército Nacional, conocía los riesgos que asumía como combatiente, ostentando la calidad de soldado profesional, motivo por el que estaba sometido a los riesgos propios del servicio.

De igual manera precisó que, fueron integrantes de grupos subversivos los que ocultaron los artefactos, circunstancia que conllevaba a exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, por tratarse del hecho de un tercero.

Finalmente indicó que, no se acreditaba que el señor Franklin Barahona Mora hubiese sido sometido a un riesgo excepcional (fls.63-75 c1).

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 1 de octubre de 2015 (f. 54 c1), mediante auto proferido el 4 de mayo de 2016 se admitió la demanda (f. 59 c1).

El 20 de febrero de 2018 se realizó la audiencia inicial, en la que se decretaron las pruebas (fls. 259-267 c1)

El 27 de septiembre de 2018 y 23 de mayo de 2019 se llevó a cabo audiencia de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fls.360-362 y 367 c1)

1.5.- Alegatos de conclusión

La parte demandante

Mediante escrito radicado el 7 de junio de 2019, el apoderado de la parte demandante, presentó escrito de alegatos de conclusión. Adujó que, conforme a las pruebas practicadas en el expediente, se acreditó la falla en el servicio imputada a la entidad demandada, en la medida que se violaron los protocolos militares con que se ordenó avanzar al punto donde debía brindar seguridad el Ejército Nacional, en tanto se realizó un desplazamiento en horario diurno y no se hizo uso de la totalidad de los equipos del grupo EXDE, generando que la tropa en la que se encontraba el señor Franklin Barahona Mora, fuera hostigada con la activación de un campo minado (fls.374-395 c1)

El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito presentado el 5 de junio de 2019, la apoderada de la parte demandada señaló que cuando se trata de una confrontación armada o se encontraba con un área

preparada, el riesgo asumido por lógica era alto, de manera que debía sopesarse el conflicto interno que azotaba al país. Indicó que con base en la forma en que acaecieron los hechos, estos constituyeron un riesgo propio del servicio, pues no se expuso al señor Franklin Barahona Mora a un riesgo diferente al asumido al vincularse como soldado profesional. Finalmente indicó que, el daño reclamado fue causado por un tercero ajeno a la entidad (fls.368-373 c1).

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 Franklin Barahona Mora cuando desarrollaba actividades propias como soldado profesional.

3. 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 Franklin Barahona Mora, mientras cumplía con funciones propias de su cargo, y resultó lesionado por la activación de un campo minado.

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 Neftaly 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 las fuerzas militares 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 cobija 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 Franklin Barahona Mora, el cual mientras desempeñaba sus funciones como soldado profesional del Ejército Nacional y en desarrollo de una operación táctica, resultó afectado con un artefacto explosivo. De acuerdo a lo anterior, el Despacho analizará los elementos de la responsabilidad, para determinar si la entidad demandada debe o no responder 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:

¹ 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.”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. 026/14, suscrito el 10 de junio de 2014 por el Comandante de la Brigada Móvil No. 23, en el que se plasmó lo siguiente:

“DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS: Se tiene como referencia el informe rendido por el señor Sargento Segundo VASQUEZ ARIAS HERNEY Comandante del primer pelotón de la compañía “Alcaraván” del BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE No. 128, en cumplimiento de la orden de operaciones Escorpión misión táctica “Macedonia No.025” en el sector de la vereda llana alta Jurisdicción del Municipio de Convención – Departamento Norte de Santander, donde se registraron en las coordenadas 08°36’12”-73°17’52” aproximadas, lugar donde se encuentran desarrollando Misiones Tácticas Ofensivas las unidades del Batallón de Combate Terrestre No.128, el día 11 de mayo de 2014, se recibe la orden por parte del señor helicoportador al kilómetro 428 del tubo de Ecopetrol y recibir abastecimientos y realizar un movimiento nocturno hasta el kilómetro 428 + 500 donde está el tubo que tiene una abolladura para prestarle la seguridad al personal y maquinaria que entran a realizar dicha reparación, se inicia movimiento en la noche del 11 de mayo de 2014 y en la madrugada del 12 de mayo de 2014 aproximadamente a las 04:30 se hace programa radial con el señor oficial de Operaciones de la Brigada Móvil No.23 Teniente Coronel Agudelo Rivera JOSE MAURICIO, quien ordena continuar con el movimiento hasta el lugar de los hechos para brindar seguridad correspondiente al personal de la empresa Ecopetrol, al llegar al punto a las 10:00 horas aproximadamente se comienza a realizar la revisión y se recibe la información que había un área preparada, en ese momento activan un campo minado al parecer por telemando donde salen afectados el siguiente personal Sargento Segundo VASQUEZ ARIAS HERNEY, SLP CUELLO PEÑATE FERNEY DE JESÚS, SLO ECHEVERRI BERMUDEZ EDISON RAUL, SLP ARIAS GIRALDO EDGAR, SLP QUINTANA ZULUAGA DAVID GENTIL, SLP PABON BERRIO DEYMER LUIS, SLP CARDONA OROZCO JULIAN, SLP CEDIEL MUÑOS LUIS EMILIO y el Soldado Profesional BARAHONA MORA FRANKLIN identificado con cédula de ciudadanía No.1.122.237.798 de EL Retorno – Guaviare con esquirlas en cabeza, ojo izquierdo, fractura abierta de pierna derecha, se le prestaron los primeros auxilios por parte del enfermero de combate y posteriormente fue evacuado vía aérea hacia la ciudad de Cúcuta – clínica Uní Pamplona, donde fue valorado clínicamente y de acuerdo a dictamen sufrió herida de región no especificada del cuerpo.”.

- Acta de Junta Médico Laboral No. 85146 del 30 de marzo 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. 88-90 c1), en la que se establecieron las siguientes lesiones:

² Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor Ricardo Hoyos Duque, 7 de mayo de 1998.

1) DURANTE COMBATE POR ACCIÓN DIRECTA DEL ENEMIGO TRAS ACTIVACIÓN DE ARTEFACTO EXPLOSIVO SUFRE AMPUTACIÓN DEL MIEMBRO INFERIOR DERECHO TRANSFEMORAL CON POLITRAUMA FRACTURA DE ORBITA IZQUIERDA FRACTURA MANDIBULAR, MANEJADO POR OFTALMOLOGÍA, CIRUGÍA PLÁSTICA, ORTOPEDIA ENDOSCOPIA, PSIQUIATRÍA, FISIATRÍA, OTORRINOLARINGOLOGÍA, NEUROLOGÍA, CIRUGÍA GENERAL Y MAXILOFACIAL QUE REQUIRIÓ TRAQUEOSTOMÍA – GASTRONOMÍA QUE DEJA COMO SECUELAS A) AUSENCIA DEL MIEMBRO INFERIOR DERECHO, B) PÉRDIDA VISUAL OJO IZQUIERDO NO PERCIBE LUZ C) HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL 20DB BILATERAL D) TINITUS C) CICATRIZ EUCROMICA CORPORAL CON LEVE DEFECTO ESTÉTICO – F) CICATRIZ FACIAL CON MODERADO DEFECTO ESTÉTICO G) CEFALEA POSTRAUMÁTICA H) GASTROPATÍA ANTRAL I) INCOMPETENCIA HIATAL J) DEPRESIÓN REACTIVA – FIN DE LA TRANSCRIPCIÓN.

Obra copia, al interior de la actuación disciplinaria, de la historia clínica del señor Franklin Barahona Mora, en la que se evidencia que el 12 de mayo de 2014, fue atendido producto de las lesiones sufridas por la activación de un campo minado, y se le brindó entre otros aspectos, tratamiento para fractura de pierna derecha con exposición ósea, evisceración de globo ocular izquierdo y dolor abdominal generalizado.

De los citados documentos, se tiene probada la existencia del daño, consistente en las lesiones presentadas por el señor Franklin Barahona Mora, por lo tanto, a continuación se estudiará 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.

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.

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.

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 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 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 omisión, en tanto que el personal encargado de la misión no aplicó los protocolos militares y así mismo, no se hizo un uso adecuado de los medios técnicos con que contaba el Ejército Nacional como lo era el grupo EXDE.

Atendiendo los cargos aludidos por la parte demandante, el Despacho analizará las disposiciones presuntamente infringidos por la entidad demandada:

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 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”.

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 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.

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

El batallón de combate terrestre No. 128 tenía situación descrita la siguiente (fls.99-104 c1):

“I SITUACIÓN

A) Enemigo de acuerdo al anexo de inteligencia

Se establece posible ubicación alias ARBEY cabecilla de Compañía Capitán Francisco Bossion con la compañía de milicias al mando del sujeto NN a Cristian portan armas de diferente calibre y artefactos explosivos improvisados (armas no convencionales) entre los kilómetros 424 hasta el kilómetro 439 vereda (llana baja, llana alta, pelagordo, carrizal, mira flores y mesa rica) donde viene realizando inteligencia delictiva hacia las tropas en el sector para causar afectaciones a oleoducto y así mismo el empleo de francotiradores y la instalación de campos minados para ser usados contra paso de las tropas, y aprovechar los corredores de movilidad para el transporte de material bélico y la comercialización de la pasta base de coca.

(...)

b) TAREAS A UNIDADES DE APOYO DE COMBATE

- Inteligencia de acuerdo al anexo de inteligencia
- Ingenieros

Tropas participantes en la operación emplearán al máximo los grupos EXDE y los binomios orgánicos para sus desplazamientos, con misiones y capacidades propias que es la búsqueda, localización y destrucción de A.E.I., asegurar áreas de infiltración y el flujo de las rutas de abastecimiento con el fin de intensificar la protección de las propias tropas. Para tal fin cada unidad participante en el esfuerzo principal deberá tener como mínimo dos equipos EXDE que le garantice su movilidad dentro del campo de combate.

(...)

INSTRUCCIÓN DE COORDINACIÓN

Las tropas deben ser en todo momento respetuosas de los derechos humanos (DDHH) y del derecho internacional humanitario (DIH).

(...)

- Mantener permanentemente personal especialista en explosivos (grupo EXDE) que garantice la movilidad a la tropa y/o destruyan campos minados y artefactos explosivos.

Así mismo, en el informativo administrativo por lesión No. 026/14, suscrito el 10 de junio de 2014 por el Comandante de la Brigada Móvil No.23, en lo atinente a la imputabilidad, se determinó:

“**IMPUTACIÓN:** De acuerdo al artículo 24 del decreto 1795 del 14 de septiembre de 2000 la lesión del señor Soldado Profesional BARAHONA MORA FRANKLIN identificado con cédula de ciudadanía No.1.122.237.798 en: En el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional (AT).

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 15 de noviembre de 2018, se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas, en la que se recaudó el testimonio del señor Herney Vásquez Arias, quien perteneció a la Brigada Móvil 23 y estuvo presente en los hechos del 12 de mayo de 2012, del que se destaca lo siguiente:

P: RECUERDA USTED QUE MISIÓN U OPERACIÓN SE ESTABA REALIZANDO EN DICHO SECTOR

R. NOSOTROS NOS ENCONTRÁBAMOS AGREGADOS AL BACU, ES UN BATALLÓN QUE SE ENCUENTRA EN LA JURISDICCIÓN DE TARRA NORTE DE SANTANDER, ESTÁBAMOS AGREGADOS A ESE BATALLÓN CUMPLIENDO SEGURIDADES DE UN MATERIAL QUE HABÍA QUEMADO LA GUERRILLA; UNAS CAMAS BAJAS, CARROS, VEHÍCULOS Y NOS EXTRAEN DE ESE SECTOR HELICOPORTADAMENTE Y NOS INYECTAN EN EL SECTOR DEL KILÓMETRO 24 DE CONVENCIÓN DONDE NOS DAN LA ORDEN DE ENTRAR HACIA ESTE SECTOR A ASEGURAR UNA MAQUINARIA QUE IBA A ENTRAR DE LA PETROLERA, ESO ERA CAÑOLIMÓN COVEÑAS, NO SÉ SI ESA MAQUINARIA ERA DE LA MISMA EMPRESA O ERA DE ALGUNA OTRA EMPRESA.

P: Y QUE PASÓ

R: EN LOS HECHOS OCURRIDOS, A NOSOTROS NOS DESPACHAN CON EL MATERIAL DE GUERRA Y NOS ABASTECIERON NUEVAMENTE PORQUE EL PROBLEMA ES QUE VENÍAMOS PESADOS DEL BATALLÓN DONDE ESTÁBAMOS, ESA NOCHE ALREDEDOR DE LAS 7 U 8 DE LA NOCHE, NOS DIERON NUEVAMENTE 15 DÍAS DE VÍVERES, NOS MONTARON NUEVAMENTE EN LOS MORRALES DE CAMPAÑA, NOS MOVILIZAMOS HACIA ESE SECTOR A LAS COORDENADAS QUE NOS DIERON POR ORDEN DEL 3 DE OPERACIÓN DE LA BRIGADA MÓVIL 23, Y LLEGAMOS APROXIMADAMENTE CERCA A ESE SECTOR, A UNOS 300, 400 METROS DEL SECTOR, ALREDEDOR DE LAS 4 Y 30 DE LA MADRUGADA, CAMINAMOS TODA LA NOCHE, SALIMOS COMO DESDE LAS 8 O 9 DE LA NOCHE Y CAMINAMOS HASTA LA MADRUGADA A ESE PUNTO, HICIMOS UN PROGRAMA RADIAL, MI CAPITÁN CON EL 3 DE OPERACIONES QUE FUE EL QUE EMITIÓ LA ORDEN DE ACABAR DE LLEGAR AL PUNTO, SE LE EXPUSO EL CASO Y LA SITUACIÓN COMO SE ESTABA PRESENTANDO EN EL ÁREA DE OPERACIONES, EL CANSANCIO DE LA TROPA, PERO HASTA DONDE ME ACUERDO DEL OSO QUE SE HIZO, LA ORDEN ERA QUE TENÍAMOS QUE LLEGAR

P: QUIÉN IMPARTIÓ DICHA ORDEN?

R: EL 3 DE OPERACIONES DE LA BRIGADA MÓVIL 23, SEÑOR CORONEL AGUDELO RIVERA JOSÉ MAURICIO, NOS DAN LA ORDEN DE INICIAR EL MOVIMIENTO, MI CAPITÁN AYALA DURÁN LORENZTH QUE ESTABA CON NOSOTROS EN LA PATRULLA, CUMPLE LA ORDEN DE DIVIDIRNOS POR 4 ESCUADRAS QUE SE DIO LA ORDEN, PRIMERA ESCUADRA AL MANDO MÍO, SEÑOR SARGENTO SEGUNDO VASQUEZ HERNEY, SEGUNDA ESCUADRA AL MANDO DEL SEÑOR CAPITÁN AYALA DURÁN LORENZTH, TERCERA ESCUADRA QUE ERA DONDE IBA EL GRUPO EXDE QUE EN SU MOMENTO SE LE MANIFESTÓ A LOS ALTOS MANDOS QUE NO ESTABA COMPLETO, PERO IGUAL LA ORDEN ERA QUE TENÍAMOS QUE ACABAR DE LLEGAR A ESE SITIO, ESTABA AL MANDO DEL CABO TERCERO LOZANO, Y CERRANDO IBA UN SEÑOR CABO PRIMERO QUE EN ESTE MOMENTO NO RECUERDO EL NOMBRE DE ÉL

P: DICHAS 4 ESCUADRAS SE DIVIDIERON Y COGIERON POR CAMINOS DISTINTOS

R: NO ERA UN SOLO EJE DE AVANCE PORQUE YA HABÍAMOS PASADO UN ÁREA MINADA, ESA ÁREA MINADA NO LA REGALARON POR INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA DEL BATALLÓN, NOSOTROS NO LA DETECTAMOS, ESA NOS LA ENTREGARON POR INFORMACIÓN DE INTELIGENCIA TÉCNICA, NOSOTROS PROCEDIMOS A HACER LO RESPECTIVO, A HACER UNA OREJA, UNA HERRADURA PARA DESVIARNOS, TOMAMOS EL EJE DE AVANCE A TOMAR AL OBJETIVO QUE TENÍAMOS QUE LLEGAR, ESO LO CORONAMOS APROXIMADAMENTE TIPO 10 DE LA MAÑANA LLEGAMOS A ESE SECTOR, LLEGANDO A ESE SECTOR FUE QUE ESPERARON QUE ENTRARA LA PRIMERA ESCUADRA QUE ERA EN LA QUE YO IBA Y NOS VOLARON ALLÁ EN ESE PUNTO, PRECISAMENTE EN EL PUNTO QUE NOS HABÍAN DADO EL OBJETIVO DE LLEGAR

P: CUANDO USTED HABLA DE QUE NOS ESPERABAN PARA VOLAR, SE TRATA DE

ARTEFACTOS QUE FUERON ACTIVADOS POR UN TERCERO

R: SI ESO ES UN MÉTODO UTILIZADO POR LOS GRUPOS TERRORISTAS QUE UTILIZAN EL CABLE MANDO, UNA SOLA PERSONA PUEDE HACER ACTIVACIÓN DE TODAS LAS BOMBAS QUE ESTÁN SOBRE EL SECTOR SOLAMENTE CON UN CABLE DE 150 METROS Y SE UNEN LAS DOS PARTES, EL POSITIVO Y EL NEGATIVO Y ACCIONA LA CARGA EXPLOSIVA

P: O SEA, DICHA ACTIVACIÓN NO TUVO LUGAR CON LO QUE COLOQUIALMENTE LLAMAMOS UNA MINA ANTIPERSONAL QUE FUE POR OBJETO DE ACTIVACIÓN PROPIA DE LA PERSONA SINO POR UN TERCERO.

R: SI SU SEÑORÍA, FUE ACTIVADO POR UN TERCERO

P: NOS INDICA USTED ANTERIORMENTE QUE LAS ESCUADRAS CONTABAN CON PARTE, CON APOYO DE GRUPO EXDE PERO QUE EL MISMO NO ESTABA COMPLETO, PODRÍA USTED INDICARNOS A QUÉ HACE REFERENCIA DICHA MANIFESTACIÓN

R: SI MAL NO LO RECUERDO, EL COMANDANTE DE COMPAÑÍA MANIFESTÓ A LA UNIDAD QUE NO CONTÁBAMOS CON EL BINOMIO CANINO COMPLETO PORQUE EL DÍA ANTERIOR TOCÓ SACAR AL PERRO, NO RECUERDO LA SITUACIÓN ESPECIAL CON EL ANIMAL, NO LA RECUERDO LA VERDAD, SALIÓ EVACUADO EL ANIMAL, PERO NO ENTRÓ EL OTRO, O SEA, TENÍAN QUE EVACUARNOS PARA HABERNOS ENTRADO OTRO CANINO, PERO NO ENTRÓ, NO TENÍAMOS BINOMIO CANINO

P: EN SU CONOCIMIENTO, CÓMO DEBE ESTAR CONSTITUIDO EL GRUPO EXDE

R: EL GRUPO EXDE SON CONSTITUIDOS POR 5 PERSONAS, UN COMANDANTE DEL EQUIPO EXDE DE GRADO CABO TERCERO, VIENEN EL GANCHO Y CUERDA QUE ES EL QUE HACE UN BARRIDO, BINOMIO CANINO, UN SOLDADO Y EL PERRO, VIENE EL DETECTORISTA QUE MANEJA UN APARATO DETECTOR DE METALES Y UN CUARTO SOLDADO QUE ES COMO UN AYUDANTE DEL GANCHO Y CUERDA Y A SU VEZ PUEDE TAMBIÉN REEMPLAZAR AL OPERADOR DEL DETECTOR DE METALES

(...)

P: ANTES DE LLEGAR A ESE SITIO, USTED TUVO LA OPORTUNIDAD DE REALIZAR ALGÚN TIPO DE AVISO

R: YO LE INFORMÉ A MI CAPITÁN LO DEL PERRO, ÉL TENÍA EL RADIO Y ERA EL QUE ESTABA HACIENDO LOS PROGRAMAS RADIALES Y SE LE DIJO A MI CAPITÁN QUE HABÍA QUE SOLICITAR OTRO PERRO, LO NECESITÁBAMOS PORQUE ESE ES MEDIO GRUPO EXDE, EL PERRO ES MEDIO GRUPO EXDE, Y LA VERDAD PUES MI CAPITÁN LO HIZO, YO VI, ERA UN HOMBRE MUY DILIGENTE Y EN ESE MOMENTO HABLÓ Y PIDIÓ, PERO EL PERRO NO LLEGÓ

P: PERO ADICIONAL A ESE REQUERIMIENTO DEL PERRO ANTES DE LLEGAR AL LUGAR DONDE NOS DICE QUE FUERON OBJETO DE UN ATENTADO, USTED TUVO LA POSIBILIDAD DE SEMBRAR ALGÚN TIPO DE DUDA RESPECTO DE ESTA ZONA DONDE SE ENCONTRABAN ESTOS ARTEFACTOS

R: TENÍAMOS EL PUNTO DE DONDE LA INFORMACIÓN QUE NOS DIERON, ESE PUNTO LA ORDEN POR NO TENER PERRO FUE EN NINGÚN MOMENTO PODÍAMOS CRUZAR HACIA ESE SECTOR, ERA EL SECTOR DERECHO DONDE SUBÍAMOS, POR EL SECTOR DERECHO DE VÍA DEL TUBO, Y TENÍAMOS EL ÁREA DONDE SE HABÍA PRESENTADO LA EXPLOSIÓN, QUE ESTA ÁREA PUES ESTABA POR DONDE TENÍAMOS QUE PASAR, EL ÁREA DONDE HUBO LA DETONACIÓN DEL TUBO ERA UNA PARTE OBLIGADA, SE HIZO EL RECONOCIMIENTO VISUAL PERO NO PRESENTABA PELIGRO PORQUE ERA UN ÁREA QUE YA HABÍA DETONADO EXPLOSIVOS EL DÍA ANTERIOR.

(...)

PARA LO CUAL, LA DECISIÓN DE MI CAPITÁN FUE ENVIARME A MÍ CON LA PRIMERA ESCUADRA PUES PORQUE ESTABA YO AGREGADO A ESA ESCUADRA, AL SER EL SUBOFICIAL MÁS ANTIGUO COMANDANTE DE PELOTÓN ME TOCABA TAMBIÉN ESTAR PENDIENTE DEL PERSONAL, LOS SOLDADOS AVANZAN A LA MEDIDA EN QUE YO EMPECÉ A AVANZAR, PUES IMAGÍNESE UNO PASAR POR UN LADO DE ESOS SIENDE TEMOR, CAUSA TEMOR, PERO ERA LA ORDEN QUE NOS HABÍAN DADO Y MI CAPITÁN ME LA TRASMITIÓ A MÍ, SUBIMOS, PASAMOS POR EL SECTOR, EL COMANDANTE DEL EXDE EL PUNTERO HIZO UNA VERIFICACIÓN VISUAL, SOLAMENTE VIO UNA ABOLLADURA DEL TUBO, NO SE ESTABA REGANDO EL CRUDO, QUE ERA LA INFORMACIÓN QUE HABÍAMOS RECIBIDO Y CONTINUAMOS HASTA LLEGAR AL OBJETIVO, ESTA PARTE APROXIMADAMENTE ES UNA SUBIDA DE 200 A 300 METROS, PERO ERA UNA INCLINACIÓN DEMASIADO GRANDE PARA EL PESO QUE LLEVÁBAMOS Y POR

ESO FUE LA TARDANZA DE LLEGAR HASTA EL OBJETIVO, MÁS O MENOS LLEGAMOS A ESTE OBJETIVO ALREDEDOR DE LAS 10 DE LA MAÑANA QUE FUE LA HORA QUE NOS ACTIVARON LA CARGA EXPLOSIVA.

(...)

P: CUÁNTAS PERSONAS RESULTARON LESIONADAS

R: 8 SOLDADOS Y MI PERSONA

P: QUÉ LESIONES USTED TUVO

R: YO TUVE CIRUGÍA DE BRAZO DERECHO POR ESQUIRLA Y UN PROYECTIL QUE TENGO EN EL HOMBRO IZQUIERDO INCRUSTADO, NO ME LO SACARON

P: USTED DEMANDÓ AL EJÉRCITO POR DICHA ACTUACIÓN?

R: NO, SE PRESENTARON MIS RESPECTIVAS INDEMNIZACIONES Y JUNTA MÉDICO LABORALES QUE ME IIICIERON Y QUEDÉ CON INCAPACIDAD

(...)

P: SE HIZO USO DE LOS OTROS DOS ELEMENTOS, DE LA PERA Y CUERDA Y EL DETECTOR DE METALES

R: SU SEÑORÍA, ESE GANCHO Y PERA O GANCHO Y CUERDA TIENE UNOS MECANISMOS QUE LOS REQUIEREN PARA UTILIZARLO Y, POR EJEMPLO, PRIMERO DEBE HABER UNA INFORMACIÓN CLARA DE QUE EN ESA PARTE PUES HAY ARTEFACTOS EXPLOSIVOS ¿CÓMO LO EVIDENCIAMOS? POR LA INTELIGENCIA HUMANA O POR LA INTELIGENCIA TÉCNICA. SI NOSOTROS VAMOS A LLEGAR A UN PUNTO Y NOS VAMOS A HACER EN ESE PUNTO, TENEMOS QUE HACERLO, PERO NOSOTROS ESTUVIMOS MOVIÉNDONOS TODA LA NOCHE POR EL DERECHO DE VÍA Y POR LAS PARTES ALREDEDORES DEL TUBO, EN NINGÚN MOMENTO POR CAMINOS, PORQUE PUES ESA FUE LA ORDEN QUE NOS DIERON DEL BATALLÓN, CERO CAMINOS, NO CRUZAR CAMINOS NI TROCHAS, ENTONCES NOS HUBO NECESIDAD DE USARLO EN EL MOVIMIENTO QUE NOSOTROS REALIZAMOS, AL LLEGAR AL PUNTO PUES YA TENÍAMOS CLARO DONDE ESTABA LAS COORDENADAS DONDE ESTABA EL ÁREA PREPARADA O EL CAMPO MINADO ENTONCES COMO NO TENÍAMOS BINOMIO CANINO, TAMPOCO UTILIZAMOS NADA DE ESO AHÍ, Y EN EL ÁREA QUE TENÍAMOS QUE SUBIR, ESTABA LA ABOLLADURA DEL TUBO QUE FUE LA EXPLOSIÓN EL DÍA ANTES, DONDE EN EL OSO QUE TAMBIÉN SE HIZO EL DÍA ANTES CON MI MAYOR MONTEALEGRE QUE ESTABA A UN KM AQUÍ DE LA PARTE ALTA, EN UNA PARTE ALTA, EN UNA BASE, YA SE HABÍA OBSERVADO Y NO HABÍA MOVIMIENTOS EXTRAÑOS SOBRE ESE SECTOR Y LA ORDEN ERA PUES EFECTIVAMENTE COMO LE DIGO, GARANTIZAR LA SEGURIDAD PARA QUE LA MAQUINARIA PUDIERA ESE MISMO DÍA ENTRAR A REPARAR LA ABOLLADURA QUE SE HABÍA PRESENTADO EN EL TUBO.

P: EN CUANTO AL OTRO ELEMENTO QUE USTED HACE REFERENCIA, EL DETECTOR, EL MISMO NO SE VA UTILIZANDO DURANTE EL RECORRIDO

R: EL ORDEN DE MARCHA QUE ESPECIFICÓ MI CAPITÁN, NO SE PUEDE MANDAR UN GRUPO EXDE EN LA PARTE DE ADELANTE, EL GRUPO EXDE TIENE QUE IR EN LA PARTE DEL MEDIO, TAMPOCO DEBE IR EN LA PARTE DE ATRÁS, A MEDIDA QUE SE HAGA EL AVANCE, SI SE VE NECESARIO LLAMAR, QUE LO MÁS INDICADO PARA MÍ EN ESE SITIO ERA MÁS BIEN EL PERRO, PERO COMO NO LO HABÍA, ENTONCES NO SE LLAMABA AL GRUPO EXDE PARA QUE VINIERA A HACER SU TRABAJO PORQUE ES MEDIO GRUPO EXDE Y LA VERDAD ESE GANCHO Y PERA NO VA A SERVIR EN UNA PARTE DONDE COMO ES UN CAMINO Y ESTÁ EL DERECHO DE VÍA DEL TUBO, EL GANCHO Y PERA NO CUMPLE LA FUNCIÓN DE PODER ENGANCHAR PORQUE EL GANCHO Y PERA TIENE UNAS UNAS PARA PODER MOVER LA TIERRA Y EN ESE PUNTO NO HABÍA CASI VEGETACIÓN SOBRE ESE DERECHO DE VÍA, SOLAMENTE LO QUE PODÍAMOS OBSERVAR Y ERA LA ABOLLADURA DEL TUBO, NO HABÍA NADA MÁS

P: EL CANINO DEL CUAL SE HACE REFERENCIA, EN QUÉ MOMENTO FUE EVACUADO PARA SU REEMPLAZO

R: UN DÍA ANTES LO HABÍAN SACADO

P: CUÁNTO TIEMPO PERMANECIERON USTEDES SIN ESE CANINO

R: UN DÍA, EL BINOMIO CANINO LO SACARON EL DÍA QUE NOS METIERON LOS VÍVERES, NO SÉ SI SE QUEDÓ AHÍ CON UN SARGENTO, QUE ESTABA AHÍ EN UNA PARTE ALTA DE OTRA UNIDAD, SARGENTO DE OTRA UNIDAD, NO RECUERDO SU NOMBRE, Y DEJAN EL PERRO, NOS VAMOS A LA MADRUGADA, APROXIMADAMENTE UNAS 12 HORAS SIN EL PERRO, PORQUE ESO SUCEDIÓ A LAS 10 DE LA MAÑANA, EL QUEDÓ AHÍ NO SÉ SI LO EVACUARÍAN ESE DÍA EN HELICÓPTERO, PERO EL QUEDÓ CON EL SARGENTO QUE ESTABA AHÍ, QUE MAL NO RECUERDE SI CUANDO NOS TRAJERON LOS VÍVERES QUE NOS

REPARTIERON SE FUE EN EL MISMO HELICÓPTERO, NO LO RECUERDO (...)

P: PODRÍA USTED PRECISARNOS QUIÉN FUE EL QUE DIO LA ORDEN DE AVANCE SIN CONTAR CON DICHO CANINO

R: LA ORDEN LA EMITE EL RADIAL DESDE LA UNIDAD, DESDE EL ATRASADO, A MÍ ME LA EMITE EL SEÑOR CAPITÁN QUE SE ENCONTRABA CON NOSOTROS CAPITÁN AYALA DURÁN LORENZTHI

P: EN RELACIÓN CON LO QUE USTED HA MANIFESTADO QUISIERA PREGUNTARLE, USTED DIJO QUE LE DIERON UNA ORDEN RADIAL, USTED ESCUCHÓ LA ORDEN RADIAL QUE DIERON PARA QUE HICIERAN EL AVANCE Y LLEGARAN HASTA EL PUNTO DONDE TENÍAN QUE LLEGAR

R: SÍ, SI LA ESCUCHÉ

P: QUIÉN DIO ESA ORDEN POR EL RADIO Y A QUIÉN SE LA DIO SEÑOR SARGENTO

R: LA EMITIÓ EL SEÑOR MAYOR 3 DE OPERACIONES AGUDELO RIVERA JOSÉ MAURICIO

P: EL SEÑOR MAYOR AGUDELO RIVERA JOSÉ MAURICIO TENÍA EN ESE MOMENTO CONOCIMIENTO QUE EL GRUPO EXDE NO ESTABA COMPLETO, CONCRETAMENTE QUE EL GUÍA Y EL BINOMIO CANINO NO PODÍAN ACTUAR O EJECUTAR SUS LABORES

R: SI TENÍA CONOCIMIENTO

(...)

P: SEÑOR SARGENTO, SI USTED ERA EL COMANDANTE DE LA OPERACIÓN Y NO TENÍA NI SIQUIERA EL GRUPO EXDE COMPLETO, USTED POR QUÉ DECIDIÓ SEGUIR ADELANTE Y LLEGAR AL PUNTO DONDE EXPLOTA EL CAMPO MINADO

R: ME DAN LA ORDEN DE CONTINUAR, EL SEÑOR CAPITÁN, YO IGUAL LE MANIFESTABA YA LO DEL BINOMIO CANINO, PERO EL DECÍA QUE ESA ERA LA ORDEN QUE HABÍA EJECUTADO DESDE ALLÁ EL 3 DE OPERACIONES Y QUE HABÍA QUE CUMPLIRLA.

P: USTED TENÍA CLARO QUE HABÍA EXPLOTADO UN ARTEFACTO EXPLOSIVO Y QUE ESA ERA LA RAZÓN POR LA QUE LOS ENVIABAN A ESE PUNTO PARA GARANTIZAR LA SEGURIDAD DE LOS FUNCIONARIOS, DE ACUERDO CON LO QUE USTED MANIFESTÓ, USTED TENÍA CLARO QUE HABÍA EXPLOTADO UN ARTEFACTO EL EL DÍA ANTERIOR

R: SÍ, SI TENÍA CONOCIMIENTO

(...)

P: ESE PUNTO DONDE ESTALLA LA MINA QUE AFECTA AL SOLDADO BARAHONA, A OTROS SOLDADOS Y A USTED MISMO, NOS PUEDE CONFIRMAR, ERA UN PASO OBLIGADO

R: SI ERA UN PASO OBLIGADO

(...)

P: USTED ANTERIORMENTE CONTESTÓ QUE NO ERA NECESARIO O QUE USTEDES NO VIERON NECESARIO LA UTILIZACIÓN PARA EL DETECTORISTA PUES DE MINAS Y ARTEFACTOS EXPLOSIVOS Y USTED TAMBIÉN O ME PARECIÓ A MÍ ENTENDER Y LE PIDO QUE ME ACLARE, QUE USTEDES NO LO UTILIZARON FUE POR DECISIÓN DE USTEDES, EL DETECTORISTA ¿ES ESO CIERTO?

R: DOCTORA, YO EN LA MANIOBRA QUE SE REALIZÓ, COMO YO QUEDO EN LA PRIMERA ESCUADRA, QUE ES LA ORDEN DE MI CAPITÁN, YO IBA A LLEGAR AL OBJETIVO QUE ERA EL QUE NOS HABÍAN DADO, ERA DIFÍCIL TOMAR ESA DECISIÓN, ES MÁS, MIS SOLDADOS NO CAMINAN SI YO NO HUBIERA ARRANCADO ADELANTE, SI YO NO ARRANCO ADELANTE, ESOS SOLDADOS NO SUBEN ¿POR QUÉ LE DIGO ESTO DOCTORA ? ES UNA PARTE DONDE YA HABÍA HABIDO UNA EXPLOSIÓN, SE HABÍA PRESENTADO UNA EMPATÍA DE LOS EXPLOSIVOS QUE ESTÁN AHÍ, LA INFORMACIÓN QUE HABÍAN DADO A MÍ CAPITÁN RADIAL DEL PUNTO LE ASEGURABAN QUE NO HABÍA EXPLOSIVOS SOBRE EL OBJETIVO Y SOLAMENTE EL ÁREA PREPARADA QUE NOS DIERON LAS COORDENADAS, QUE ERA LA QUE ESTABA MÁS ABAJO, QUE NO HABÍA MÁS EXPLOSIVOS, QUE NOS DECÍAN, QUE AL LLEGAR AQUÍ, ASEGURAR, HABÍA UNA H Y QUE ESTA H SI HABÍA QUE REVISARLA, AQUÍ HABRÍAN DE SACAR MAQUINARIA, HABÍA QUE METER MAQUINARIA, NO HABÍA MÁS INFORMACIÓN SOBRE ESE SECTOR, PARA NOSOTROS DENOMINAR UN PUNTO CRÍTICO DEBE TENER UNAS CARACTERÍSTICAS, AQUÍ HAY UNA EXPLOSIÓN UN DÍA ANTERIOR, EL MIEDO DE LA GENTE ES PORQUE AHÍ YA HUBO UNA EXPLOSIÓN, PERO NO PORQUE HUBIERA EXPLOSIVOS SOBRE ESE SECTOR, ERA UN MIEDO PORQUE EL MISMO CRÁTER QUE DEJA ESO, UN IMPRESIONANTE HUECO DONDE VAMOS A PASAR, PERO NO PORQUE YA HUBIERA EXPLOSIVOS SOBRE ESE SECTOR (...)

De igual manera, del estudio que se hace de la documental que reposa en el expediente el Despacho observa que con ocasión a los hechos que dieron origen a las lesiones sufridas por el señor Franklin Barahona Mora se adelantó investigación preliminar No. 004-2018⁷, actuación que fue archivada el 22 de abril de 2015.

De la lectura de dicha investigación se extraen las siguientes circunstancias:

Declaración rendida por el soldado profesional Luís Emilio Cediél Muñoz, quién indicó que, era el guía canino, pero el día 11 de mayo de 2014 evacuaron al perro que tenía asignado, porque estaba enfermo. Asimismo, que fue evacuado al puntero que era soldado profesional Nieves Ibáñez, de manera que al necesitarse otro puntero, se asignó al soldado profesional Franklin Barahona.

Declaración del soldado profesional Deimer Luis Pavón Berrio quién indicó en torno a la forma en que se realizó el operativo que, si el mayor que se encontraba pendiente de la operación estaba a un kilómetro del objetivo o lugar donde debería llegar la tropa, no entendía el por qué el helicóptero no los dejó a donde estaba el mayor, para así poder llegar al objetivo con más tiempo y esperar la luz del día para revisar con el grupo EXDE, sino que los dejaron a 4 kilómetros del objetivo y no les alcanzó la noche para llegar.

Asimismo este soldado indicó, al preguntársele si se habían realizado verificaciones con el grupo EXDE para determinar la existencia de campos minados en el lugar donde ocurrió el evento, que no se habían hecho revisiones porque habían partículas de explosivos que habían quedado por la explosión del tubo, por lo tanto el perro quedaba confundido. De igual manera, en torno a los motivos del por qué llevaron a cabo el movimiento en horas del día referenció que, la orden impartida era llegar al punto para asegurar la maquinaria, y que dicha orden fue emitida por el comandante de la Brigada Móvil 23.

En declaración rendida por el mayor John Jairo Montealegre Briñes, este indicó que siendo las 5 de la mañana del 12 de mayo de 2014, se inició el programa con el señor bombardero 3 teniente coronel Agudelo, donde se informó la situación que traía la unidad, respecto de la que se solicitó mantenerla y posteriormente o en la noche llegar al punto, ya que los movimientos diurnos no estaban autorizados los movimientos. Adujo que, el coronel dio la orden al capitán de continuar el desplazamiento, puesto que tocaba llegar al objetivo y cumplir con la misión, que era asegurar y verificar con el equipo EXDE el helipuerto que se encontraba en el kilómetro 428, por lo que, el capitán Ayala Durán inició el movimiento en cumplimiento de la orden, aprovechando que había bruma y la vegetación le ofrecía cubierta y protección.

El anterior uniformado también indicó que, cuando recibió el área de responsabilidad del activo estratégico, la unidad que se encontraba en el sector informó de áreas preparadas sobre el sector y que el día de los hechos, esto es, el 12 de mayo de 2014, se recibió la información por parte de la Brigada Móvil 23, la que fue difundida de manera inmediata a todas las unidades. Reiteró que no era frecuente la realización de movimientos diurnos, puesto que era orden del comando superior, quien señalaba que estaba prohibido realizar dichos movimientos. Finalmente refirió que sí se tenía conocimiento o información de inteligencia sobre las intenciones de afectar a las tropas con áreas preparadas y que se difundió la información a todas las unidades, recalcando la orden de no realizar movimientos durante el día.

En declaración rendida por el capitán Ayala Duran Lorenzth, este indicó que, pese a

⁷ Cuadernos 2, 3, 4 y 5

informarse el movimiento y el estado de los soldados se recibió la orden parte del oficial de operaciones de la Brigada Móvil 23 de recuperar a los soldados que presentaban cansancio físico y continuar con el movimiento, ya que de acuerdo a las coordinaciones que el alto mando había realizado con Ecopetrol, se realizaría la operación en el área para ingresar personal y material para la reparación del oleoducto, a quien también se le manifestó que por inteligencia técnica obtenida por parte del comandante del batallón, los terroristas tenían lista un área preparada para una tropa que se encontraba en movimiento.

Al interior de la actuación disciplinaria se tomaron múltiples declaraciones de uniformados, a saber: Julián Cardona Orozco, David Quintana Zuluaga, Ferney de Jesús Cuello Peñate, Luis Emilio Cediell Muñoz, Edgar Arias Giraldo, Deimer Luis Pavón Berrio, Héctor Hernán Quintero Mesa, John Edison Papamija Semanate, Edinson Raúl Echeverri Bermúdez, John Javier Miranda Vega, Tomás Alberto Martínez Suárez, Anderson Chico Briñez, Diego Alejandro Urango Ceballos y Luis Miguel Ramos Perea, de cuyas declaraciones y de manera similar se adujo que, la operación que se encontraban realizando estaba destinada a la protección de una tubería de Ecopetrol, con el fin de poder garantizar la entrada de maquinaria para la reparación de la misma. Asimismo indicaron que, el desplazamiento se inició desde el 11 de mayo de 2014 sin embargo, producto de las condiciones del terreno, el armamento y abastecimiento que se le había dado a los soldados, esto hizo que se retrasara el movimiento y generara cansancio en la tropa. No obstante, dicha circunstancia no impidió que por parte de las personas encargadas de gestionar dicha operación, se diera la orden de continuar con el movimiento, aun cuando fuera en horario diurno, pese a que la instrucción era que el desplazamiento debía realizarse en horario nocturno

Obra declaración rendida por el mayor Montealegre Briñez John Jairo quién indicó que, la unidad alcaraván 1 al mando del señor capitán Ayala Duran Lorenzth fue desembarcada en el kilómetro 424, sector conocido como Llana Baja, aproximadamente a las 1630 horas del 11 de mayo de 2014. Que la orden era realizar movimientos a partir de que oscureciera para asegurar y verificar con el equipo EXDE, un helipuerto en el kilómetro 428 + 800 aproximadamente, con el fin de garantizar el ingreso de material y personal de la compañía Ecopetrol para la reparación del oleoducto en el kilómetro 428 + 600, que había sido afectada por el sistema de amenaza terrorista días anteriores. Adicionalmente señaló que por parte del capitán Ayala Duran siendo aproximadamente las 3 de la mañana del 12 de mayo de 2014 se informó que el personal empezó a presentar síntomas de calambres y cansancio físico por el movimiento realizado durante toda la noche, por lo que se dio la orden de que se mantuvieran en el punto para que el personal se recuperará y se organizará la unidad. Sin embargo, que el señor bombardero 3 teniente coronel Agudelo dio la orden de continuar el desplazamiento, puesto que tocaba llegar al objetivo y cumplir con la misión, motivo por el que, la tropa inició el movimiento.

Que siendo las 10:15 de la mañana, se suministró la información por el adelantado de la Brigada Móvil 23, en donde se informó que, había una unidad en movimiento y le iban a realizar una acción terrorista con un campo minado, por lo que se informó a la tropa, y minutos después se activo el área preparada. Finalmente adujo que, en relación con los movimientos diurnos, no era frecuente la realización de los mismos, sin embargo, que en este caso se dio la orden de realizar el movimiento.

Conforme a la copia de la investigación disciplinaria que se adelantó por los hechos acaecidos el 12 de mayo de 2014 se tiene que, mediante auto del 24 de noviembre 2017 se dispuso el archivo de la investigación en contra del mayor Ayala Durán Lorenzth y del sargento segundo Vázquez Arias Herney. Por su parte, se formuló cargos en contra

del teniente coronel retirado José Mauricio Agudelo Rivera por la presunta comisión de la falta grave consagrada en el artículo 59 numeral 10 de la Ley 836 de 2003, en razón a que conforme las diferentes declaraciones rendidas por los uniformados, al haberse desempeñado como oficial de operaciones de la Brigada Móvil 23 conforme a los movimientos que iba realizando la tropa, este fue quien dio la orden de recuperar el personal y continuar el movimiento en un horario diurno. Asimismo, por cuanto conforme a las declaraciones se avizoraba que una vez tuvo conocimiento que la tropa llegó a las coordenadas, recibió información que había un área preparada sobre el sector para atentar contra las tropas, por lo que presuntamente se debieron haber realizado otro tipo de movimientos.

En los descargos rendidos por el teniente coronel retirado José Mauricio Agudelo Rivera, este indicó que, en el programa que se venía adelantando el 12 de mayo de 2014, al verificar la ubicación de las unidades observó que, la unidad donde se encontraba el capitán Ayala Duran Lorenzth, no había realizado el movimiento de acuerdo a lo ordenado por el comandante de la Brigada, por lo que se realizó el llamado atención y se reiteró la orden del comando de ubicarse en la parte alta del lugar donde debía realizarse la operación, y qué sobre las 7 de la mañana verificando con el comandante del Batallón 128 el mayor John Jairo Montealegre Briñez, la unidad todavía no se encontraba ubicada a lo que fue el mayor Montealegre quién autorizó que la tropa se quedara en esa posición a solicitud del capitán Ayala Duran Lorenzth, para que la tropa tomará un descanso, situación de la que consideró no era oportuna, sin embargo, que el mayor autorizaba y asumiría la responsabilidad de esa orden.

Asimismo señaló que tanto al capitán Ayala como el comandante del Batallón 128, el mayor Montealegre, desde el 11 de mayo de 2014, se les había indicado que se tenía información de un artefacto explosivo en el sector, y que aproximadamente a las 10 de la mañana del 12 de mayo de 2014 se alertó a las tropas y a todas las unidades de que los bandidos tenían listo un campo minado.

Finalmente se tiene que mediante auto del 1º de mayo de 2019 el comandante de la Fuerza de Tarea Vulcano ordenó la terminación del procedimiento y el archivo definitivo de la investigación que se adelantó en contra del teniente coronel retirado José Mauricio Agudelo Rivera, por cuanto, conforme a las pruebas recaudadas, no se lograba demostrar la ilicitud de la conducta del disciplinado, dado que el procesado se encontraba ejerciendo en debida forma su cargo, toda vez que estaba proporcionando a las unidades las informaciones que le eran transmitidas, tal como fue la inteligencia realizada el 12 de mayo 2014, en la que se advirtió un posible campo minado, con el fin de que las unidades tomarán las medidas de seguridad necesarias para no caer o evitar el campo minado, circunstancias de lo que no se podía extraer una extralimitación en sus funciones, pues este realizó las acciones que consideró necesarias y seguras para cumplir las órdenes de sus superiores. De manera que no se podía considerar que hubiera expuesto a sus hombres y que, en todo caso, los uniformados fueron lesionados por la acción directa del enemigo, lo que iba en contra de los medios y métodos de guerra lícitos por los grupos armados

Por otra parte, el Despacho encuentra que atendiendo las diferentes modalidades de operación y ataques implementados por los grupos subversivos con el fin de atacar la integridad de la población civil o integrantes del Ejército Nacional, ha surgido la necesidad de emitir diferentes directivas atendiendo el número elevado de incidentes presentados con minas y artefactos explosivos. Documentos en los que se especifica la integración y funcionamiento de los equipo EXDE.

Debe ponerse de presente, que en casos como el que se estudia, en materia de fuerzas

militares existen diferentes directivas y manuales relacionadas con el uso y empleo de los equipos EXDE:

- 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
- Directiva Transitoria 0098 de 2015

Ahora bien, en la Directiva transitoria No. 0054 de 2012, se emitieron diferentes órdenes e instrucciones en lo respecto 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 Guia 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.
- (...)"

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 múltiples mecanismos de ataque instituidos por los diferentes grupos subversivos, entre estos, el uso indiscriminado de explosivos en las 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.

Es importante precisar que la zona en donde se desarrollaba la misión en el presente caso, 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.

En el presente asunto, el daño por cuya indemnización se demanda se concretó con las lesiones sufridas por el soldado profesional Franklin Barahona Mora el 12 de mayo de 2014, la que se produjo en cumplimiento de una operación militar, al activarse un campo minado instalado por miembros de un grupo armado ilegal, situación que daría lugar a inferir que las afecciones padecidas se causaron durante actividades propias del servicio y como consecuencia de un riesgo inherente a su profesión de militar, que desarrollaba en ese momento.

Con fundamento en las anteriores pruebas, el Despacho encuentra que en la realización de la operación en la que participó el señor Franklin Barahona Mora, se incurrió en una serie de irregularidades que contribuyeron a la causación del daño cuya reparación se pretende.

En efecto, acreditado que la misión que se encontraba realizando la víctima directa consistía en realizar un desplazamiento para asegurar una zona para la entrada de maquinaria por parte de Ecopetrol, para la reparación del oleoducto de su propiedad, el movimiento se había ordenado que debía realizarse en horas nocturnas, sin embargo, conforme las declaraciones rendidas al interior del proceso disciplinario, dicho desplazamiento no pudo culminar en el horario de la noche puesto que por las condiciones físicas del terreno y del peso de las maletas que llevaban a las tropas, generó que se presentara un retraso, situación que fue informada por parte de la tropa tanto a la Brigada móvil 23 como el Batallón de Combate Terrestre 128.

No obstante lo anterior, el Despacho evidencia que entre la Brigada Móvil 23 y el

Batallón de Combate Terrestre 128 no existió claridad y uniformidad en la toma de las decisiones, pues por una parte dado el cansancio de la tropa, se autorizó la recuperación de la misma y por otra parte, se impartió la orden de continuar con el traslado pese a las recomendaciones de no realizarse en horario diurnos, circunstancia que generó que la tropa arribara al lugar de las coordenadas alrededor de las 10 de la mañana del 12 de mayo 2014.

Ahora bien, al margen de la irregularidad que se haya podido haber presentado por los superiores que estaban vigilando y supervisando el desarrollo de la operación, el Despacho también avizora que, en todo caso, tampoco se tomaron las medidas pertinentes para salvaguardar la vida e integridad de las tropas, pues pese a tener conocimiento de la existencia de un área preparada por parte de los grupos armados, momentos antes de que la tropa en la que se encontraba el señor Franklin Barahona Mora resultará afectada, no se impartieron órdenes tendientes a gestionar actuaciones de prevención.

Adicionalmente, debe señalarse que conforme a las declaraciones de los uniformados Ferney Arias Vázquez y Luis Emilio Muñoz en torno a la composición del grupo EXDE, es claro que la tropa no contaba con el canino, pues había sido evacuado el día 11 de mayo de 2014 y no obra ninguna otra prueba que señale la introducción de otro canino al lugar en el que se realizó el desplazamiento, circunstancia que, a juicio del Despacho, impidió de manera fehaciente el primer registro que se ha podido realizar sobre la zona, pues tal como lo fue manifestado por el primero de los testigos en mención, el canino era la primera medida de revisión que se ordena sobre una zona en la cual se sospecha la presencia de artefactos explosivos. Por lo que, se encuentra acreditado que se aumentó la situación de riesgo y exposición de la tropa a un atentado, a quien pese a que se le dio aviso de la presencia de un área preparada, no pudo gestionar actuación alguna dirigida a mitigar dicha amenaza, lo que generó el sometimiento de un riesgo superior a la tropa, en relación con las demás unidades

Adicional a lo anterior debe ponerse de presente que el hecho de autorizarse el desplazamiento en un horario diurno, también contribuyó a que se sometiera a un riesgo superior a los uniformados que resultaron afectados, pues género que los grupos al margen de la ley pudieran visualizar y perpetrar el ataque que se organizó contra la tropa. Conforme lo señalaron la mayoría de los uniformados al interior de las declaraciones surtidas dentro del proceso disciplinario, el desplazamiento únicamente había sido autorizado en horario nocturno, anomalía que resulta atribuible a las personas que dieron las órdenes y quienes tuvieron conocimiento de la no presencia de la totalidad de los miembros del grupo EXDE y en todo caso ordenaron el desplazamiento en estas condiciones de la tropa.

Del sumario de órdenes permanentes con el que contaba la Brigada Móvil 23 y que reposa el interior de la investigación disciplinaria, se estableció que para movimientos a pie, se debía utilizar la noche. Asimismo se indicó que, se debía garantizar al 100% de la continuidad y empleo del personal integrante de los equipos EXDE y que éstos nunca debían ser fragmentados, dado que la capacidad de este equipo es únicamente de ubicar, localizar y destruir artefactos explosivos improvisados, y bajo ninguna circunstancia debían desactivar los mismos.

Por lo anterior, teniendo en cuenta que se advierte que se sometió al demandante a un riesgo excepcional, atendiendo al cargo y labor que ostentaba, pues no se dio aplicación a todos los protocolos establecidos al interior de la institución militar en la forma en la que se había establecido que se tenía que llevar a cabo la misión táctica "Macedonia No.025", es dable declarar la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada.

No obstante lo anterior, el Despacho considera necesario realizar un llamado de atención a la entidad demandada, pues pese a que se inició una investigación disciplinaria, dentro de la misma no se realizó un estudio juicioso sobre la forma en la que se desarrolló el mando de la operación y resultó lesionado el señor Franklin Barahona Mora y otros uniformados, pues en primer lugar no se halló ningún responsable pese a la evidencia de los hechos y el riesgo al que se expuso la tropa sin la toma de medidas de precaución, y en segundo lugar, no se avizora la toma de medidas posteriores para el estudio y corrección de las actuaciones que generaron los hechos bajo estudio.

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 Franklin Barahona Mora, cuando ejerciendo actos propios del servicio, resultó afectado en su integridad por la activación de un campo minado, debe resolverse de manera positiva, por cuanto se encuentra demostrada la responsabilidad de la entidad demandada.

7. Liquidación de perjuicios

En aras de garantizar la efectividad del principio de reparación integral señalado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁸ se ha considerado que la indemnización *a forfait* no excluye la indemnización por responsabilidad del Estado a que tienen derecho las personas que son víctimas de un daño antijurídico causado por el Estado, en tanto la primera surge de la ley, mientras que la causa jurídica de la indemnización plena proveniente de la responsabilidad, es el daño mismo, argumento que ha sido reiterado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En efecto, el principio de reparación integral en Colombia (artículo 16 ley 446 de 1998) impone la obligación de que el juez, con apoyo en los cánones y principios constitucionales, establezca una “justa y correcta” medición del daño ocasionado, de tal forma que opere su resarcimiento o indemnización plena, sin que ello suponga, de otro lado, un enriquecimiento injustificado para la víctima. Por consiguiente, no debe perderse de vista que el derecho constitucional fluye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, situación que hace aún más compleja la valoración del daño, toda vez que la persona adquiere la condición de eje central del poder público y, por consiguiente, las constituciones políticas adquieren la connotación de antropocéntricas, en donde el sujeto es titular de un universo de derechos e intereses legítimos que deben ser protegidos, garantizados y reparados efectivamente en aquellos eventos en que se presenten lesiones injustificadas.”⁹

“En efecto, cuando en el ordenamiento jurídico de manera previa se establecen compensaciones, reconocimientos patrimoniales y prestaciones especiales -que en derecho francés se han denominado “indemnización a forfait” - su reconocimiento resulta compatible con la indemnización a cargo de quien es encontrado responsable de un daño, por cuanto la causa jurídica de la primera es la ley, mientras que la causa jurídica de la indemnización plena proveniente de la responsabilidad es el daño mismo. En otras palabras, los dos beneficios: el a forfait y la prestación indemnizatoria a cargo del responsable del daño, tienen causas jurídicas distintas y, por lo tanto, no se excluyen

⁸ ARTICULO 16. VALORACIÓN DE DAÑOS. 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.

⁹Consejo de Estado-Sección Tercera - Sentencia del 14 de septiembre de 2011 - Expediente: 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222) - Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

entre sí¹⁰.

Daño Moral

Estando demostrada la ocurrencia de las lesiones sufridas en su hombro derecho por el señor Franklin Barahona Mora mientras se desempeñaba como soldado regular, 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 si bien se allegó la Junta Médico Laboral No. 85147 del 30 de marzo de 2016, lo cierto es que, dicha valoración resulta aplicable únicamente a los miembros de la fuerza pública para el reconocimiento de prestaciones sociales al interior de la institución castrense, tal como acaeció con la expedición de la resolución 222792 del 18 de octubre de 2016 (fls.314 c1) por lo que en principio, el Despacho considera que, no le resulta aplicable la normatividad que regula la Junta Médico Laboral para liquidar perjuicios, sino la valoración prevista para civiles en la Ley 100 de 1993, como lo es, la Junta Regional de Calificación de Invalidez bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014, para establecer las secuelas que una persona en su ámbito ordinario laboral, pueda verse afectada.

De tal manera que, la Junta Médico Laboral no puede tomarse como la única prueba a efectos de acreditar los perjuicios ocasionados por lesiones, siendo dable referir lo dispuesto por el Consejo de Estado al decidir una acción de tutela encaminada a obtener la revocatoria de una decisión judicial que no accedió al reconocimiento de perjuicios materiales, con base en el dictamen de la Junta Médico Laboral:

“(…) Ciertamente no existe pronunciamiento de unificación que indique que la prueba idónea para la tasación de los perjuicios es el acta de la Junta Médica Laboral que emite la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Si bien es cierto, en innumerables sentencias se ha liquidado el monto de los perjuicios teniendo como prueba dicho documento para certificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del conscripto, ello no significa que estemos ante un precedente jurisprudencial obligatorio.

De esta manera, el juez que decide este tipo de litigios tiene la facultad e independencia judicial para valorar los medios de prueba de acuerdo con los parámetros que le indique la sana crítica y, con base en ello, decidir la cuantía del perjuicio.

(...)

Dichas estas consideraciones, no queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del señor Pedro Geovanny Moreno Fernández en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario, pues se reitera, las condiciones físicas exigidas para prestar el servicio en las Fuerzas Militares son diferentes debido a las condiciones especiales de la labor a desempeñar.

Así las cosas, le asiste razón al Tribunal al señalar que el Acta de la Junta Médica Laboral no demuestra la pérdida de capacidad laboral del accionante en un ámbito distinto al de la actividad militar. No obstante, ello no lo exime de la responsabilidad que le atañe de buscar la justicia material, con mayor razón si el daño antijurídico imputable al Estado se encuentra debidamente acreditado. Por tal razón, le asistía la obligación de buscar procesalmente el camino más adecuado a efectos de garantizar la

¹⁰Consejo de Estado-Sección Tercera – Sentencia del 28 de abril de 2010 - Expediente: 25000-23-26-000-1996-03096-01(17992) - Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez

prevalencia del derecho sustancial.

Para lograr dicho cometido, el Tribunal tenía dos opciones procesales: 1. Decretar de oficio la prueba idónea para esclarecer la verdad respecto de la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante, facultad consagrada en el artículo 213 del CPACA o 2. Aplicar el contenido del artículo 193 del CPACA y proferir condena en abstracto, con el fin de que la parte interesada, a través del respectivo incidente, demostrara el monto de los perjuicios sufridos, lo cual era procedente si se tiene en cuenta que estaban probados los elementos de la responsabilidad estatal.”¹¹

Es así que, en los términos de la decisión transcrita y en el caso bajo estudio, para el Despacho no resulta suficiente para el reconocimiento de los perjuicios solicitados, la valoración realizada por la Junta Médico Laboral en tanto considera que, debe aplicársele los parámetros del Decreto 1507 de 2014.

No obstante lo anterior, el Despacho a efectos de tasar los perjuicios, debe poner de presente que atendiendo la magnitud de las lesiones padecidas por el señor Franklin Barahona Mora, este sufrió amputación del miembro inferior derecho transfemoral con politrauma, fractura de orbita izquierda fractura mandibular, pérdida visual del ojo izquierdo, presenta hipoacusia neurosensorial y tinitus, quedando con cicatrices corporales con defecto estético y depresión reactiva, entre otras, se considera que de valorarse bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014, la pérdida de capacidad laboral superaría claramente el 50%, pues el solo hecho de la pérdida de parte de una extremidad y la vista por uno de sus ojos, conllevan a establecer la grave afectación que presentará el señor Barahona Mora para desempeñarse laboralmente.

Por tanto, ha de aplicarse lo dispuesto por el Consejo de Estado¹², 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:

	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relaciones afectivas del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relaciones afectivas del tercer grado de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas del cuarto grado de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares – terceros damnificados.
	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

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 3 de mayo de 2018. Radicación No: 11001-03-15-000-2017-02840-01(AC)

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp.31.772

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

Es así que, de acuerdo a los anteriores parámetros, resulta procedente otorgar el tope máximo de indemnización, por lo que atendiendo la calidad con la que comparece cada uno de los demandantes, se tiene acreditado el perjuicio moral causado a estos, por cuanto en caso de lesiones se presume en la víctima directa y sus familiares dentro del 1º y 2º grado de consanguinidad, y en el presente caso, se encuentra acreditada la relación de la víctima directa con sus padres y hermanos, presunción que no fue desvirtuada por la entidad demandada, de manera que los valores a reconocer serán los siguiente:

Demandante	Calidad con la que comparece	Registro civil	Monto a reconocer en SMLMV
Franklin Barahona Mora	Víctima directa	Fl.5	100
Fidel Barahona Vera	Padre	Fl.5	100
Marcelina Mora Bernal	Madre	Fl.5	100
Lina Marcela Barahona Mora	Hermano	Fl.6	50
Wilfredo Barahona Mora	Hermano	Fl.7	50
Froilan Aurelio Barahona Mora	Hermano	Fl.8	50
Lidia Isabel Barahona Mora	Hermano	Fl.9	50
Melky Fidel Barahona Mora	Hermano	Fl.10	50

Las anteriores sumas de dinero deberán entenderse como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

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.¹³

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que, las afecciones que sufrió el señor Franklin Barahona Mora le una alteración orgánica y funcional, en tanto, entre otros aspectos, sufrió la amputación de parte de uno de sus miembros, y sufrió la alteración visual en uno de sus ojos, aspectos que sumado a las demás lesiones padecidas, 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 salud¹⁴, 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, dado que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral por las lesiones presentadas supera el 50% de disminución de la capacidad laboral, a título de indemnización de daño a la salud se reconocerá únicamente a la

¹³ 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.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31.170

víctima directa, los siguientes valores:

Demandante	Calidad con la que comparece	Registro civil	Monto a reconocer en SMLMV
Franklin Barahona Mora	Víctima directa	Fl.5	100

Las anteriores sumas de dinero deberán entenderse como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Perjuicios Materiales

Lucro Cesante Consolidado

El demandante Franklin Barahona Mora solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales como víctima directa en la modalidad de lucro cesante en los períodos 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, debería tomarse el salario que el señor Franklin Barahona Mora devengaba hasta el momento en que le fue notificada la Resolución 222792 del 18 de octubre de 2016, por la que se le reconoció el pago de la indemnización por disminución de la capacidad laboral (\$1.216.199), sin embargo, en aplicación del principio de congruencia, dado que en la demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales únicamente sobre la suma de \$1.100.000, sobre este valor se reconocerá un aumento del 25% por concepto de prestaciones laborales tal como ha orientado el Consejo de Estado (275000), por ende, la renta o ingreso mensual equivale a \$ 1.375.000, suma que deberá ser actualizada a la fecha de expedición de esta sentencia, conforme a las fórmulas de actualización correspondiente.

El Despacho tomará como fecha de inicio de la liquidación a reconocer, el día siguiente a la fecha de retiro del señor Franklin Barahona Mora de la institución, pues obra constancia de los antecedentes prestacionales que dan fe que a este, le suministraron el pago su salario completo hasta el 31 de octubre de 2016, lo anterior, en tanto las partes no manifestaron objeción alguna respecto de la documental que reposa en el expediente.

El anterior valor se actualizará:

$$Ra = R (\$1.375.000) \frac{\text{índice final} - \text{noviembre /2016 (104.94)}}{\text{índice inicial} - \text{marzo /2020 (91.18)}}$$

$$Ra = \$1.582.501.64$$

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

Factor	Valor
Salario actualizado	\$1.582.501.64
% de Pérdida	100%
Fecha de liquidación	01/11/2016
Fecha del fallo	31/03/2020
Interés puro o técnico	0,004867
n (meses)	41

Una vez dilucidado los valores de la fórmula se resuelve la misma así:

$$S = \$1.582.501.64 \frac{(1 + 0.004867)^{41} - 1}{0.004867} \quad S = \$71.616.996,42$$

Luego la suma a reconocer como lucro cesante consolidado se fija en la suma de SETENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$71.616.996,42).

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 Luis Alberto Betancourt Montoya, el cual conforme a la Resolución No. 1555 de 2010 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, corresponde a 50.3 años es decir 603,6 meses, por cuanto para la fecha de la sentencia el lesionado tiene 30 años, a este periodo, deberla descontarse el término transcurrido desde que el lesionado cumplió los 30 años hasta la fecha de la sentencia, pues dicho periodo ya fue reconocido en el lucro cesante consolidado y no puede presentarse doble erogación por dicho concepto, esto es, 1.83 meses, para un total de meses a indemnizar de 601.77.

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	\$1.582.501.64
% de Pérdida	100%
Interés puro o técnico	0,004867
n (meses)	601.77

Entonces:

$$S = \$1.582.501.64 \frac{(1 + 0.004867)^{601.77} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{601.77}}$$

$$S = \$307.642.766,84$$

Luego la suma a reconocer por concepto de lucro cesante futuro es la suma de TRESCIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS CON OCIENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$307.642.766,84).

Para un total de lucro cesante consolidado y futuro de TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON VEINTISEIS CENTAVOS (\$379.259.763,26).

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 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 naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por los apoderados, 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 uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas 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 administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por la lesión que sufrió el señor Franklin Barahona Mora el 12 de mayo de 2014, cuando se desempeñaba como soldado profesional, de conformidad con lo explicado en precedencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar las siguientes sumas de dinero:

- Por perjuicios materiales

La suma TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON

VEINTISÉIS CENTAVOS (\$379.259.763,26), por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, a favor del señor Franklin Barahona Mora.

- Por concepto de perjuicio morales

Demandante	Calidad con la que comparece	Monto a reconocer en SMLMV
Franklin Barahona Mora	Víctima directa	100
Fidel Barahona Vera	Padre	100
Marcelina Mora Bernal	Madre	100
Lina Marcela Barahona Mora	Hermano	50
Wilfredo Barahona Mora	Hermano	50
Froilan Aurelio Barahona Mora	Hermano	50
Lidia Isabel Barahona Mora	Hermano	50
Melky Fidel Barahona Mora	Hermano	50

Las anteriores sumas de dinero deberán entenderse como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

- Por daño a la salud

Demandante	Calidad con la que comparece	Monto a reconocer en SMLMV
Franklin Barahona Mora	Víctima directa	100

Las anteriores sumas de dinero deberán entenderse como salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, el uno por ciento (1%) de las pretensiones de la demanda reconocidas 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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ	:	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente	:	1100133360362015-0077000
Demandante	:	Andrés Castillo López y Otros
Demandado	:	Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 51**

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 Andrés Castillo López actuando en nombre propio y representación de su menor hijo Julián Andrés Castillo Bernal, Leydi Marcela Bernal, Ana Francisca López Roberto actuando en nombre propio y representación de su menor hijo Juan David Martínez López, Gerardo Olarte, Sanin Medina López, Jhon Fredy Medina López presentaron 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 al interno Andrés Castillo López al interior del establecimiento penitenciario y carcelario de Sogamoso (Boyacá) en hechos ocurridos el 30 de septiembre de 2014, cuando fue agredido con arma blanca por otro recluso, situación que le causó lesiones en su integridad.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales y morales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 100 a 104 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

El apoderado de la parte actora señaló que, el señor Andrés López Castillo se encontraba recluso en la cárcel modelo de Bogotá, por orden del Juzgado 16 Penal del Circuito de Bogotá.

Precisó que, por orden de la Dirección General del Instituto Nacional y Carcelario – INPEC el señor Andrés López Castillo fue trasladado a la EPMSR de Sogamoso (Boyacá),

establecimiento en el que el día 30 de septiembre de 2014, el recluso fue víctima de heridas múltiples con arma corto punzante por parte de otro interno.

Manifestó que la lesión sufrida por el señor Andrés López Castillo, daba cuenta de la difícil situación que afrontaba el sistema penitenciario, en tanto que, era evidente la falta de vigilancia y control por parte de los guardias.

Indicó que, el señor Andrés López Castillo había ingresado al establecimiento penitenciario en buenas condiciones de salud, por lo que era deber del Estado devolverlo en las mismas condiciones.

1.3.- Contestación de la demanda

Mediante escrito radicado el 21 de febrero de 2017, la entidad demandada se opuso a la pretensiones de la demanda.

Aludió que, no era posible imputar responsabilidad a la entidad por la lesión sufrida por el señor Andrés López Castillo, atendiendo que el interno bajo su cuenta y riesgo participó en la riña que se presentó al interior del establecimiento carcelario de EPMSC de Sogamoso (Boyacá) el 30 de septiembre de 2014, por lo tanto, en el presente asunto era dable dar aplicación al eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

A juicio de la entidad, la conducta del demandante contribuyó en la producción de las lesiones sufridas, en tanto que, de manera libre, consiente y voluntaria participó activamente en la riña que se presentó en el pabellón No. 3, circunstancia que se encontraba acreditada con las anotaciones realizadas en las minutas de guardia interna y externa.

Finalmente solicitó que, se negaran las pretensiones de la demanda atendiendo que en el presente asunto de configuraba el eximente de responsabilidad de *culpa exclusiva de la víctima*, así mismo, indicó que no se encontraba acreditada la falla del servicio.

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 4 de noviembre de 2015 (f.119 c. principal), mediante auto proferido el 30 de junio de 2016, se admitió la demanda (f. 121 c. principal).

El 13 de agosto de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 180 – 181)

Posteriormente, el día 25 de junio de 2019 se realizó audiencia de práctica de pruebas (fl. 217)

Finalmente, el 9 de octubre de 2019, se adelantó continuación de audiencia pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 272- 273 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. La parte demandante

Mediante escrito radicado el 23 de octubre de 2019, el apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión.

Refirió que, la entidad demandada se encontraba en el deber de proteger los derechos fundamentales del señor Andrés Castillo López, en tanto que, era claro que a la privación de libertad que padecía el demandante se le sumó el sufrimiento presentado con ocasión a las lesiones causadas.

Adicionalmente señaló que, se había causado un perjuicio, que el señor Andrés Castillo López no estaba en el deber de soportar, derivado de las lesiones sufridas al interior del establecimiento penitenciario. Por lo tanto, el Estado tenía la obligación de devolver al interno en las mismas condiciones de salud en la que se encontraba antes de su detención.

De igual manera señaló que, conforme con las pruebas obrantes en el expediente se encontraba demostrado que el INPEC no había cumplido con los deberes de custodia y vigilancia sobre el interno Andrés Castillo López, situación que infringía el ordenamiento jurídico.

1.5.2 Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

A través de escrito radicado el 24 de octubre de 2019, la entidad demandada presentó alegatos de conclusión.

Indicó que, de las pruebas que reposaban en el expediente se podía inferir que los hechos tenían origen en una riña que se presentó al interior del establecimiento penitenciario de Sogamoso, en la que el interno Andrés Castillo participó de manera activa junto con otros internos resultando herido, por lo que, ante tal situación, la entidad adelantó las actuaciones pertinentes a efectos de que fuera atendido por una institución hospitalaria.

Precisó que, la conducta desplegada por el señor Andrés Castillo daba cuenta de su participación en los hechos ocurridos el 30 de septiembre de 2014 y así como la imprudencia del interno en el deber de respetar las reglas del comportamiento intracarcelario, constituyéndose en una conducta contraria a las normas y procedimientos del régimen interno.

Adujo que, atendiendo que el daño ocasionado al señor Andrés Castillo era el resultado de un riesgo provocado por el mismo interno, se podía concluir que el INPEC no estaba llamado a responder o indemnizar el daño, en tanto que, nos encontrábamos frente a una causal eximente de responsabilidad denominada *culpa exclusiva de la víctima*, atendiendo a que en los informes de novedad, minutas de guardia y entrevistas, quién provocó o inició la discusión fue el demandante.

1.5.3. Ministerio Público 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 la indemnización de los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión de las lesiones sufridas por el señor Andrés Castillo López cuando se encontraba recluido en el establecimiento carcelario de Sogamoso.

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 las lesiones sufridas por el señor Andrés Castillo López cuando se encontraba recluido en el establecimiento carcelario la Picota, presuntamente por falta de vigilancia del cuerpo de seguridad y vigilancia.

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

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.

II. 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”.

Responsabilidad del Estado por muerte o lesión de detenidos o reclusos –reiteración jurisprudencial.

Cuando se trata de daños causados a personas privadas de la libertad en establecimientos penitenciarios, el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo³ ha considerado lo siguiente:

“Siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional, y que han sido acogidos por esta Sala, el Estado debe garantizar la protección del derecho a la vida del recluso o detenido bajo la siguiente premisa:

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).

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, proceso (37497) C.P Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

"(...) La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno. Dicha obligación aparece la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos. Esto aparece la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado".

Conforme al criterio anteriormente expuesto, es claro que cuando se trata de personas que se encuentran privadas de la libertad, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la integridad del recluso, atendiendo las limitaciones en las que estos se ven inmersos.

Ahora bien, el Despacho advierte que la presente controversia, surgió con ocasión de las lesiones causadas a una persona que se encontraba privada de la libertad, en esa medida, por tratarse de un riesgo producto de estar recluido en centro penitenciario, es importante analizar los títulos de imputación aplicables en el presente asunto.

Al respecto, en la providencia anteriormente citada la Sección Tercera del Consejo de Estado manifestó:

"La jurisprudencia de la Corporación ha modificado paulatinamente el título de imputación bajo el cual se gobiernan los casos en que resulte herido o muerto un recluso o un detenido dentro de un centro carcelario o penitenciario que se encuentra bajo la guarda de la autoridad competente, para el cumplimiento de la condena penal que se haya impuesto o la medida de aseguramiento que se haya determinado para garantizar el curso normal del proceso penal correspondiente. Bajo esta perspectiva, en un principio se aplicó la falla presunta del servicio en atención a que:

"(...) [E]n casos como este estamos frente a una obligación de resultado y no de medio por parte de la administración, la cual debe indistintamente controlar vigilar e inspeccionar el desarrollo de las actividades internas; y, si es necesario para la adecuada prestación del servicio vincular mayor número de personas que colaboran con el cumplimiento de este cometido (...)".

Posteriormente surgió un cambio respecto a la forma como las autoridades carcelarias cumplen los cometidos obligacionales en cuanto a la protección y seguridad que deben brindar a los internos de los centros penitenciarios y carcelarios; es por ello que se aplicó en diversas decisiones la falla probada en el servicio como criterio de imputación, considerando, en términos generales, que tales autoridades tiene a su cargo dos obligaciones concretas: i) la custodia y ii) la vigilancia y en el evento en que ocurra una lesión o se cause la muerte de un recluso o un detenido, el Estado es responsable de tal daño por cuanto quebranta por omisión los deberes que le han sido impuestos.

Ahora bien, en diferentes ocasiones esta Corporación ha enmarcado la responsabilidad del Estado bajo el título de responsabilidad objetiva, teniendo en cuenta las condiciones en que se encuentran las personas privadas de la libertad y conforme al artículo 90 de la Constitución Política, pues en estos casos se presentan relaciones especiales de sujeción.

(...)

Ahora bien, la Sala reitera que con fundamento en la posición actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado "(...) la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar (...) "⁴. En desarrollo de esta consideración, esta Subsección analizará conjunta e integralmente el acervo probatorio y determinará si el caso se ajusta a alguna de las motivaciones o títulos de imputación acogidos por esta jurisdicción, o, si en su defecto, se evidencia una causal eximente de responsabilidad".

Así las cosas, es claro que si el Estado no devuelve a los ciudadanos a la sociedad en condiciones similares a aquellas en las que los retuvo, puede imputarse responsabilidad mediante el régimen de responsabilidad objetiva, por encontrarse en una situación de particular sujeción frente al Estado, en virtud de la que se ven limitados sus derechos y libertades y la autonomía para responder por su propia integridad; además, si incumple con un deber legal de protección o seguridad hacia el recluso como consecuencia de una imprevisión que se salga de los reglamentos institucionales, responderá pero en esta oportunidad, a título de 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 causadas al señor Andrés Castillo López al interior del establecimiento penitenciario de Sogamoso, circunstancia que presuntamente acaeció ante la falta de vigilancia por parte del cuerpo de vigilancia del INPEC. 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*

⁴ Sentencia Sala Plena de la Sección Tercera, expediente 24392. *"En este orden de ideas, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar, desde una perspectiva constitucional y legal, los diversos casos traídos a su consideración sin que ello signifique que pueda entenderse que existe un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado título de imputación. En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe estar en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en casa evento, de manera que la solución obtenida consulte los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado tal y como fueron explicados previamente en esta providencia."*

justificación"⁵.

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 culpa, 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.""*⁶ (Negrilla fuera del texto)

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

-Historia clínica expedida por el Hospital Regional de Sogamoso⁷, de la que se extrae:

Nombre del Paciente: ANDRÉS CASTILLO LÓPEZ

Documento: 1022358764

Edad: 24 años

Fecha de Ingreso 30/09/2014/ **Fecha de Egreso** 08/10/2014

30/09/2014:07:00 Paciente remitido del INPEC- Cárcel de Sogamoso luego de sufrir múltiples heridas con elemento corto punzante en abdomen, tronco y cabeza.

(...)

Enfermedad Actual: Muy mal estado general, pálido diaforético FC 39X T/A 60/30 FR28X

Cabeza y Cuello: Múltiples heridas en cuero cabelludo puntiformes ingurgitación yugular.

Cardio/Pulmonar: Ruidos cardiacos velados, ruidos respiratorios con disminución de murmullo izquierdo, herida puntiforme recordial

Abdomen: Blnado depresible con dolor a la palpación en flanco derecho, herida puntiforme en hipocondrio derecho

Extremidades: normales

Sistema Nervioso Central: Sin déficit en el momento

Diagnóstico: Choque por taponamiento cardiaco

-Informe Pericial emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencia Forenses, el 3 de diciembre de 2013,⁸ en la que se indicó:

ANÁLISIS, INTERPRETACIÓN Y CONCLUSIONES

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁶ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

⁷ Folio 78 a 89

⁸ Folio 198 - 199

*Mecanismos traumáticos de LESIÓN: Contundente; Punzante.
Incapacidad médico legal DEFINITIVA OCHENTA Y CINCO (85) DÍAS*

SECUELAS MÉDICO LEGALES:

*Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente;
Perturbación funcional de órgano de la masticación de carácter transitorio.*

SUGERENCIAS Y/O RECOMENDACIONES

Se recomienda volver a controles con cirugía maxilofacial.

De igual manera, se encuentra que el día 9 de octubre de 2019, se surtió contradicción del citado dictamen pericial, por parte del médico Oscar Armando Sánchez Cardozo, de la declaración rendida se destaca lo siguiente:

PREGUNTADO: EN QUÉ SE BASÓ LA VALORACIÓN Y CUÁLES FUERON LAS CONCLUSIONES A LAS QUE SE LLEGÓ INTERROGADO: LA VALORACIÓN SE TRATÓ DE UN INFORME PERICIAL POR LESIONES PERSONALES, REALIZADA EN LA SEDE CENTRAL DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL EL 3 DE DICIEMBRE DE 2018, AL SEÑOR ANDRÉS CASTILLO LÓPEZ IDENTIFICADO CON CÉDULA 1022358764 DE 29 AÑOS DE EDAD, NOS BASAMOS EN EL RELATO DE LOS HECHOS, EL SEÑOR INFORMA QUE ESTABA PAGANDO UNA SENTENCIA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y FUE AGREDIDO POR OTROS INTERNOS QUIENES LO LESIONARON, GOLPEÁNDOLO Y USANDO ARMA BLANCA, EL SEGUNDO ELEMENTO DE JUICIO QUE TUVE FUE LA ATENCIÓN EN SALUD DE LA HISTORIA CLÍNICA DEL HOSPITAL DE SOGAMOSO QUE APORTÓ HISTORIA CLÍNICA NO. 1022358764 DE FECHA 30 DE SEPTIEMBRE DE 2014, EN DONDE SE HABLA QUE EL PACIENTE LLEGÓ EN MUY MALAS CONDICIONES GENERALES, LLEGÓ CHOQUIADO, LLEGÓ CON UNA LESIÓN CARDIACA QUE REQUIRIÓ INTERVENCIÓN QUIRÚRGICA Y CON 2 FRACTURAS EN LA MANDÍBULA, ADEMÁS DE OTRAS LESIONES EN TEJIDOS BLANDOS, CUANDO LO EXAMINE, LO ENCONTRÉ QUE SERÍA EL TERCER ELEMENTO ADEMÁS DEL RELATO LA HISTORIA CLÍNICA, EL TERCER ELEMENTO SERÍA EL EXAMEN FÍSICO QUE SE LE PRACTICÓ EN EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, EN EL CUAL SE LE ENCONTRARON QUE YA SE HABÍA RECUPERADO DE SU FUNCIÓN MASTICATORIA PERO QUE TENÍA UNAS LESIONES EN SU CUERPO IDENTIFICADAS COMO CICATRICES OSTENSIBLES QUE GENERABAN UNA SECUELA ESTÉTICA DE CARÁCTER PERMANENTE, AQUÍ DESCRIBO CICATRICES MUY OSTENSIBLE EN CARA ANTERIOR DE TÓRAX Y ABDOMEN Y ADEMÁS DE ESO DURANTE EL TIEMPO QUE ESTUVO RESTRINGIDA SU DIETA POR LA FRACTURA MANDIBULAR Y TODO EL PROCESO DE REHABILITACIÓN DE SU SISTEMA MASTICATORIO SE LE DIO UNA PERTURBACIÓN FUNCIONAL DEL ÓRGANO DE LA MASTICACIÓN DE CARÁCTER TRANSITORIO, LA INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DERIVADA DE ESA SECUELA FUE DE 85 DÍAS Y LOS MECANISMOS TRAUMÁTICOS DE LESIÓN FUERON CONTUNDENTE Y PUNZANTE. ESTE EXAMEN FUE HECHO CON LA PARTICIPACIÓN DEL DOCTOR GERMÁN AYALA YA QUE SE TRATABA DE VERIFICAR LA FUNCIÓN MASTICATORIA DEL LESIONADO Y EL DOCTOR GERMÁN AYALA ES ODONTÓLOGO FORENSE, ENTONCES ESOS SON LOS ELEMENTOS DE JUICIO, SEÑOR JUEZ QUE TUVE, EL RELATO, LA HISTORIA CLÍNICA Y EL EXAMEN FÍSICO PARA PODER TOMAR DECISIONES. PREGUNTADO: NOS INDICA USTED QUE PRESENTÓ UNA INCAPACIDAD DEFINITIVA DE 85 DÍAS, ESOS 85 DÍAS SON CONTABILIZADOS DESDE QUE PRESENTÓ LA LESIÓN. INTERROGADO: SI SEÑOR DESDE EL DÍA DE LOS HECHOS SE CUENTA ESTA INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL. PREGUNTADO: AHORA BIEN, USTED NOS INDICA DEFORMIDAD FÍSICA QUE AFECTA EL CUERPO DE MANERA PERMANENTE DERIVADO DE LAS CICATRICES, QUE TIPO DE CICATRICES. INTERROGADO: PRESENTABA CICATRICES MUY OSTENSIBLES EN CARA ANTERIOR DE TÓRAX Y ABDOMEN UNA DE 18 CENTÍMETROS CURVILÍNEA EN TERCIO MEDIO CARA ANTERIOR DE MI TÓRAX IZQUIERDO POR DEBAJO DE LA TETILLA MUY PROBABLEMENTE CORRESPONDÍA A UNA TORACOTOMÍA, ES COMO ABRIR LA CAJA TORÁCICA PARA PODER INTERVENIR PULMÓN Y CORAZÓN Y DEJA UNAS CICATRICES MUY FEAS ESTÉTICAMENTE Y OTRAS DE 12

CENTÍMETROS MEDIANA, SUPRA UMBILICAL, ES DECIR POR ENCIMA DEL OMBLIGO
PREGUNTADO: LA CICATRIZ DEL OMBLIGO SE PODRÍA DETERMINAR DE QUÉ TRATA.
INTERROGADO: LA MEDIANA SUPRAUMBILICAL ES POR LAPAROTOMÍA O POR VENTANA PERICÁRDICA, ESE SE HACE UN PROCEDIMIENTO QUE SE LLAMA VENTANA PERICÁRDICA QUE CONSISTE EN ABRIR PARA DESDE ESTA SITUACIÓN ABRIR LA BOLSA EN QUE ESTÁ CONTENIDO EL CORAZÓN Y PODER DETERMINAR SI HAY LESIONES A NIVEL DE AURÍCULAS O VENTRÍCULOS O SI HAY TAPONAMIENTO CARDIACO. TAPONAMIENTO CARDIACO SIGNIFICA QUE HAY SANGRE ENTRE EL CORAZÓN Y LA BOLSA QUE LO CONTIENE DE TAL MANERA QUE IMPIDE LA CONTRACCIÓN DEL CORAZÓN. PREGUNTADO: Y QUÉ OTRA CICATRIZ INTERROGADO: ESAS DOS SON SUFICIENTES PARA DAR LA SECUELA, HAY OTRAS MÁS PEQUEÑITAS, PUEDEN SER DEBIDO AL PROCEDIMIENTO DE TORAXOTOMIA SI SE HIZO O LAS MISMAS LESIONES TRAUMÁTICAS SUCEDIDAS DURANTE LA AGRESIÓN. PREGUNTADO: DE LA HISTORIA CLÍNICA SE EVIDENCIAN LAS 2 OPERACIONES QUE USTED NOS INDICA TRACOCTOMIA Y LAPAROTOMÍA. INTERROGADO: SI DICE DIAGNÓSTICO CHOQUE, HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO 30 DE SEPTIEMBRE DE 2014 FECHA DE INGRESO, ENTRA HIPOTENSO, ES DECIR, CON LA TENSIÓN MUY BAJITA, DIAFORÉTICO, QUIERE DECIR QUE ESTABA SUDANDO Y HABLA DE CHOQUE POR TAPONAMIENTO CARDIACO. TRAUMA CRANEOENCEFÁLICO Y HAY UN DIAGNÓSTICO OPERATORIO QUE ES TAPONAMIENTO CARDIACO POR LESNA, LESNA ES UN ELEMENTO QUE CAUSA LESIÓN AL PUNZAR, NO TANTO POR LO ANCHO SI NO POR LA PROFUNDIDAD DE LA LESIÓN, ES MÁS PUNZANTE QUE CORTO PUNZANTE, PERFORA Y ES PROFUNDA, EL MECANISMO PUNZANTE SE CARACTERIZA POR SER Poca ÁREA DE SUPERFICIE PERO DE GRAN PROFUNDIDAD. DICE TAPONAMIENTO CARDIACO Y SE LE HACE LA CIRUGÍA, DICE CONSISTE EN TAPONAMIENTO CARDIACO POR LESNA HALLAMOS TAPONAMIENTO CARDIACO Y HERIDA AURICULAR TORACOTOMÍA ANTERO LATERAL IZQUIERDA Y SECCIÓN POR PLANOS, MOSTACIA, MOSTACIA SE SIGNIFICA CON TENSIÓN DEL SANGRADO, DRENAJE DE SANGRE CARDIOGRAFÍA, ES DECIR QUE TUVIERON QUE COCER EL CORAZÓN PORQUE TENÍA UNA HERIDA CARDIACA, LUEGO LAS LESIONES PUSIERON EN RIESGO LA VIDA DEL LESIONADO Y CIERRE DE TÓRAX CON TUVO DE TÓRAX CERRADO, TAMBIÉN LE HICIERON UNA EXPLORACIÓN, EL SEÑOR JUEZ ME PREGUNTABA POR LA HERIDA DE ACÁ, PRECISAMENTE HABLA DE QUE SE LE HIZO UNA EXPLORACIÓN ABDOMINAL, PORQUE TAMBIÉN TENÍA SANGRE DENTRO DE LA CAVIDAD ABDOMINAL, ESTO SE LLAMA HEMOPERITONEO Y TENÍA LESIÓN EN EL COLÓN, RAFIA DE COLÓN ASCENDENTE Y HUBO QUE HACERLE ESA SUTURA DE COLÓN ASCENDENTE, ENTONCES PARA CONTESTARLE SU PREGUNTA, SI HAY COHERENCIA ENTRE LAS CICATRICES QUE PRESENTA EL SEÑOR Y LAS LESIONES DESCRITAS EN LA HISTORIA CLÍNICA DEL HOSPITAL DE SOGAMOSO DE FECHA 30 DE SEPTIEMBRE DE 2014. PREGUNTADO: CON RELACIÓN A ESA DEFORMIDAD FÍSICA Y EN VIRTUD DE LAS INTERVENCIONES DE LAS CUALES FUE OBJETO EL SEÑOR ANDRÉS CASTILLO, DICHS PROCEDIMIENTOS FUERON FRUCTUOSOS O FUERON UN TIPO DE PERTURBACIÓN O HUBO OTRO PROCESO QUE FUE SATISFACTORIO INTERROGADO: HUBO UN PROCESO DE REHABILITACIÓN QUE EN MI OPINIÓN PERICIAL FUE SATISFACTORIO YA QUE QUEDÓ LA SECUELA ESTÉTICA Y LA SECUELA FUNCIONAL QUEDÓ POR UNOS MESES MIENTRAS EL SEÑOR SE REHABILITABA DE SU SISTEMA DE MASTICACIÓN, PERO SEGÚN EL CONCEPTO DEL ODONTÓLOGO FORENSE QUE FIRMÓ CONMIGO, DOCTOR GERMÁN AYALA, LA MASTICACIÓN EN EL SEÑOR QUEDÓ CONSERVADA DESPUÉS DE ESTE PROCESO. PREGUNTADO: PERO DIFERENCIANDO LA OTRA SECUELA QUE SE ESTABLECIÓ POR LA PERTURBACIÓN DEL ÓRGANO DE MASTICACIÓN DE CARÁCTER TRANSITORIO, SI SOLO NOS ATENDEMOS O NOS ENFOCAMOS EN LAS LESIONES DIFERENTES A LA MASTICACIÓN SU PROCEDIMIENTO DE REHABILITACIÓN FUE SATISFACTORIO O DEJÓ ALGUNA SECUELA. INTERROGADO: NO DEJÓ SECUELA FUNCIONAL QUE YO PUDIESE EVIDENCIAR DURANTE EL EXAMEN A NIVEL DE CORAZÓN, A NIVEL DE PULMONES, NI A NIVEL DE INTESTINOS, SOLAMENTE LA CICATRIZ A NIVEL TORCOABDOMINAL CICATRICES DEFORMANTES. PREGUNTADO: Y ENTORNO A LA REHABILITACIÓN DE DICHS PROCEDIMIENTOS CUAL ES EL TIEMPO EN EL CUAL SE ESTIMA QUE SE PRESENTÓ ESE PROCESO DE REHABILITACIÓN INTERROGADO: SE LE DIO UNA INCAPACIDAD DE 85 DÍAS QUE SERÍAN CASI 3 MESES Y DESPUÉS DE ESO DEBIÓ REHABILITARSE AQUÍ DICE 5 DE DICIEMBRE DE 2014, LOS HECHOS FUERON PARA SEPTIEMBRE, PARA EL 5 DE DICIEMBRE DE 2014, EL SEÑOR TENÍA TODAVÍA EDEMA LEVE O MODERADO EN REGIÓN SUBMANDIBULAR DERECHA ESTABA

RECUPERÁNDOSE DE SU FRACTURA A NIVEL MANDIBULAR, YO CALCULO QUE ENTRE 3 A 6 MESES DE INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL Y OTROS 3 MESES DE REHABILITACIÓN PARA QUEDAR BIEN, ENTORNO A LA MASTICACIÓN, NORMALMENTE YO NO TENGO AQUÍ ELEMENTO DE JUICIO EN CONTRA, NORMALMENTE LO CARDIO PULMONAR Y LO GASTROINTESTINAL SE RECUPERA EN ESOS 85 DÍAS QUE LE DIMOS DE INCAPACIDAD. PREGUNTADO: PASANDO YA A LA SEGUNDA SECUELA SE HABLA DE UNA PERTURBACIÓN EN EL ÓRGANO DE MASTICACIÓN DE ORDEN TRANSITORIO, PORQUE SE INDICA QUE FUE DE CARÁCTER TRANSITORIO. INTERROGATORIO: TRANSITORIO PORQUE DESPUÉS DE LA SECUELA MÉDICO LEGAL SE DA UNA VEZ TERMINA LA INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL, A ÉL SE LE HABÍA MARCADO UNA INCAPACIDAD MÉDICO LEGAL DE 85 DÍAS CERCA DE 3 MESES PERO SE DEMORÓ UN POCO MÁS, EN SU PROCESO REHABILITATORIO CALCULO QUE ESTÁ ENTRE LOS 3 A 6 MESES PARA RECUPERAR BIEN SU MASTICACIÓN Y ENTONCES ESO ESTARÍA DENTRO DE UNA SECUELA QUE ESTUVO DURANTE UN TIEMPO, PERO YA EN EL MOMENTO QUE LO VALORA EL PERITO ODONTÓLOGO FORENSE QUE FUE PARA DICIEMBRE DE 2018, YA LA SECUELA COMO TAL NO EXISTE, SE GENERÓ LA SECUELA PERO DIGAMOS QUE SE GENERÓ POR UNOS MESES Y YA SE HABÍA EXTINGUIDO LA OSTENSIBILIDAD EN EL DAÑO EN LA MASTICACIÓN, ESO ES TRANSITORIO. PREGUNTADO: ESE TIEMPO ESTIMATIVO SON LOS 6 MESES QUE USTED NOS INDICA. PREGUNTADO: CALCULO QUE ESOS 6 MESES ME DIRÍAN LA INCAPACIDAD Y LAS SECUELAS. PREGUNTADO: LO CONTROLES O SUGERENCIAS QUE SE REALIZAN PARA CONTROLES DE CIRUGÍA MAXILOFACIAL A QUE HACEN REFERENCIA. INTERROGADO: A ESE PROCESO REHABILITATORIO EL PACIENTE UNA VEZ QUE LE HACEN SU CERCLAJE, TIENE QUE PERMANECER UN TIEMPO UNOS 45 DÍAS CON ESE CERCLAJE Y LUEGO EMPIEZAN HACERLE UN PROCESO DE REHABILITACIÓN QUE PUEDE DURAR MESES DE ACUERDO A LA RESPUESTA QUE TENGA EN CUANTO AL AJUSTE NUEVAMENTE DE SUS MÚSCULOS MASTICATORIOS Y QUE SE VAYA DISMINUYENDO EL DOLOR AL MORDER ALIMENTOS DE CONSISTENCIA FIRME. PREGUNTADO: Y EN ESTE CASO CON FUNDAMENTO EN LA HISTORIA CLÍNICA EN LA VALORACIÓN FÍSICA QUE SE REALIZÓ SE CONCLUYÓ ENTONCES QUE EL PROCESO DE REHABILITACIÓN POR DICHA AFECTACIÓN EN LA MANDÍBULA FUE SATISFACTORIO Y NO GENERA ALGÚN TIPO DE PERTURBACIÓN. INTERROGADO: FUE SATISFACTORIO Y GENERÓ UNA PERTURBACIÓN FUNCIONAL TRANSITORIA QUE CALCULO QUE ESTUVO DENTRO DE LOS 6 MESES, CONTADOS A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE SUFRIÓ EL TRAUMA EL SEÑOR CASTILLO LÓPEZ. PREGUNTADO: ESOS 3 MESES ADICIONALES QUE SE CUENTAN CON POSTERIORIDAD A LOS PRIMEROS 85 DÍAS, QUE SE ESTABLECIERON ESOS 3 MESES POSTERIORIDAD GENERAN INCAPACIDAD DE TRABAJAR O SENCILLAMENTE GENERAN UN PROCESO DE REHABILITACIÓN A EFECTOS DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LOS ÓRGANOS. INTERROGADO: GENERAN UN PROCESO DE REHABILITACIÓN QUE DENTRO DEL PUNTO DE VISTA MÉDICO LEGAL ESTARÍA SUBSUMIDO EN LA FIGURA DE SECUELA MÉDICO LEGAL. PREGUNTADO: A EFECTOS DE DETERMINARSE COMO INCAPACIDAD DE LA IMPOSIBILIDAD DE GENERAR O DE REALIZAR ACTIVIDADES LABORALES ESOS OTROS 3 MESES SE CONTABILIZAN COMO INCAPACIDAD O NO GENERAN INCAPACIDAD, SOLAMENTE ESTÁN INCLUIDOS COMO REHABILITACIÓN. INTERROGADO: COMO REHABILITACIÓN, NOSOTROS LAS INCAPACIDADES MÉDICO LEGAL QUE DAMOS NO ES PARA TRABAJAR EN SI EL INDIVIDUO, SINO EN LA RECUPERACIÓN DEL TEJIDO LESIONADO Y LA FIGURA DE SECUELAS HACE RELACIÓN A ESE PROCESO DE REHABILITACIÓN DE ESE ÓRGANO O DE ESE MIEMBRO PARA VOLVER A QUEDAR EN LA CONDICIÓN O PARECIDA A LA QUE TENÍA PREVIA A LOS HECHOS.

De las pruebas anteriormente relacionadas, se extrae que el señor Andrés Castillo López sufrió lesiones en su integridad física.

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:

En primer lugar, se advierte que obra certificación expedida por el INPEC, con la que, el Despacho encuentra acreditado que, el señor Andrés Castillo López para el día 30 de septiembre de 2014, se encontraba privado de la libertad en el EPMSC Sogamoso⁹.

Así mismo, obra copia de la minuta de guardia en la que se registró:

30	09	2014	06:15	RIÑA	A esta hora se presentó una riña en el patio #3 resultado heridos los internos Andrés Castillo y Ferney López, hizo presencia el personal de guardia disponible al mando del Inspector Álvarez Rocancio retomando el control del pabellón a espera de órdenes, por los demás sin novedad

De igual manera, se observa que obra oficio dirigido a la Directora EPMSC-RM Sogamoso¹⁰ en el que se indicó:

En cumplimiento a funciones, me permito comunicar a la Dirección y el Comando de Vigilancia del EPMSC-RM de Sogamoso, que el día de hoy siendo las 06:30 horas y las 08:45, luego de realizarse la contada y apertura de los candados y tornillos de las celdas de los diferentes patios del EPMSC-RM de Sogamoso, se escucha un brote de indisciplina dentro del pabellón tres a lo que acude el personal de guardia disponible de las compañías Santander y Bolívar, policía judicial guía canino, dejando como resultado de la riña los internos CASTILLO LOPEZ ANDRES Y LOPEZ JORGE FERNEY, con heridas en su humanidad, los cuales fueron llevados con destino al hospital regional de Sogamoso, y los internos SILVA FLORES JEISSON y BRAYAN NICOLAS ROMERO, los cuales fueron llevados al área de sanidad y atendidos por el personal de enfermería y luego llevados a su respectivo patio, acto seguido se dispone a requisar de tercer nivel (...)

Así las cosas, del material probatorio arrimado al expediente, el Despacho encuentra que se está acreditado que el señor Andrés Castillo López, encontrándose privado de la libertad fue agredido por otro interno, circunstancia que le causó diferentes patologías.

Ahora bien, además de lo anterior, para resolver la imputación del daño, el Despacho considera pertinente invocar lo dispuesto por la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) y el Decreto 300 del 7 de febrero de 1997, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos y mediante el cual se aprobó el Acuerdo No. 0017 del 12 de diciembre de 1996 y se modificaron los estatutos y la estructura interna del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

Así, se prevé que el artículo 5° de dicho Decreto, que enuncia los objetivos del INPEC, en su numeral 2° determina como uno de esos objetivos: “Hacer cumplir las medidas de aseguramiento, las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad, que establezcan las autoridades judiciales”. (Subrayado fuera de texto).

⁹ Folio 149 - 150

¹⁰ Folio 41- 42

A su vez, el artículo 6º- numeral 4º del mismo Decreto, relaciona dentro de las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y carcelario la de: *"determinar sistemas de seguridad, vigilancia y control al interior y al exterior de los establecimientos de reclusión"*.

Ahora bien, el artículo 44 de la Ley 65 de 1993 indica:

"ARTÍCULO 44. DEBERES DE LOS GUARDIANES. Los miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional tienen los siguientes deberes especiales, además de los que señalen su estatuto y los reglamentos general e interno:

(...)

c) Custodiar y vigilar constantemente a los internos en los centros penitenciarios y carcelarios, en las remisiones, diligencias judiciales, hospitales y centros de salud, conservando en todo caso la vigilancia visual;

d) requisar cuidadosamente a los detenidos o condenados conforme al reglamento;

g) Mantener la disciplina con firmeza, pero sin más restricciones de las necesarias, para conservar el orden en el establecimiento penitenciario o carcelario.

(...)"

Conforme a lo anterior, es dable precisar que se han expedido una serie de normas con el fin de regular las actuaciones que conlleven la ejecución de las penas privativas de la libertad, dentro de un establecimiento penitenciario, con el fin de implementar una serie de reglas aplicables tanto para el personal encargado de la prestación de servicio de seguridad como para los reclusos.

Así mismo, se extrae que los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria tienen la obligación de proteger y vigilar a los reclusos en los centros carcelarios, así como, adelantar los respectivos controles tanto al interior del penal como a las personas que ingresan.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por causa de la afectación de la integridad física de los reclusos, dentro de un establecimiento carcelario, el II. Consejo de Estado¹¹ ha precisado:

"La Sala ha fundamentado la responsabilidad del Estado por causa de la afectación de la integridad física de los reclusos, dentro de un centro carcelario o penitenciario, en la tesis de "condiciones especiales de sujeción", en el entendido que "el hecho de que una persona se encuentre internada en un centro carcelario implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado. Dicha subordinación produce, como consecuencia, que el recluso se encuentre en una "condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta (...)"¹².

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, 9 de abril de 2018, C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas, Radicación número: 73001-23-31-000-2005-02431-01(40429)

¹² Sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 19725. Así mismo se puede observar la postura en las siguientes sentencias: 27 de abril de 2006, expediente: 20125; 30 de agosto de 2006, expediente: 27581; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 29 de enero de 2009, expediente: 16975; 26 de mayo de 2010, expediente 18800.

De acuerdo con los parámetros señalados por la Corte Constitucional y que han sido acogidos por esta Sala, el Estado debe garantizar la protección del derecho a la vida del recluso bajo la siguiente premisa:

"[...] La privación de la libertad de una persona la coloca en una situación de indefensión, que genera obligaciones de protección por parte de quien adopta la medida o acción restrictiva de la libertad. No importa que se trate de particulares o del Estado, y que la restricción sea lícita o ilícita.

[...]

En relación con el derecho a la vida del recluso, el Estado tiene la obligación de impedir que otros reclusos o terceros particulares (obligación de protección), así como el personal Estatal -sea personal penitenciario o de otra naturaleza- (obligación de respeto) amenacen contra la vida del interno¹³. Dicha obligación apareja la de verificar y, si es del caso, enfrentar efectivamente las amenazas contra la vida de los reclusos¹⁴. Esto apareja la obligación de adoptar medidas generales de seguridad interna dentro del centro de reclusión, así como la de trasladar a los internos cuando resulta imprescindible para proteger su vida. Empero, cuandoquiera que se supera el umbral de riesgo ordinario para el derecho a la vida de los reclusos y se presentan situaciones de amenaza contra determinados grupos de reclusos, el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias que aseguren que dichas amenazas no se hagan efectivas. Se trata, por lo tanto, de obligaciones de resultado¹⁵".

Conforme a lo anterior, surgen las llamadas relaciones especiales de sujeción, en las que de acuerdo con el precedente constitucional¹⁶:

"(...) implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)".

Conforme al anterior criterio jurisprudencial es claro que, las personas privadas de la libertad se encuentran en condiciones especiales, por cuanto que su situación implica la existencia de subordinación del recluso frente al Estado, circunstancia que origina que el recluso se encuentre en una condición de *vulnerabilidad o debilidad manifiesta* por lo que surge una relación jurídica a efectos de propender por el respeto de los derechos del recluso

¹³ Sentencia T-265 de 1999.

¹⁴ *Ibid.* En igual sentido, T-208 de 1999.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-590 de 1998. En similares términos lo ha manifestado el Consejo de Estado en sentencias del 27 de noviembre de 2002, expediente: 13760. 12 de febrero de 2004, expediente: 14.955 y del 24 de junio de 2004, expediente 14.950, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente: 16.996.

¹⁶ La continua tesis se observa en las sentencias de la Corte Constitucional T- 133 de 2006, T- 793 de 2008, T- 023 de 2010, T-435/09, entre otras. Así mismo, esta Corporación ha hecho eco de lo expresado por los precedentes constitucionales en sentencia del 16 de mayo de 2010, expediente: 18800; 20 de febrero de 2008, expediente: 16996; 29 de enero del 2009, expediente: 16975 y 24 de marzo de 2011, expediente: 22269.

protegiendo la vida y la integridad personal, prerrogativas que deben ser garantizadas sin importar la situación jurídica del individuo.

En consecuencia, es claro que, en virtud a la relación de sujeción, es posible atribuir responsabilidad al Estado por los daños padecidos por los reclusos, en tanto que, constituye una obligación para el establecimiento carcelario ejercer un control sobre los internos, y por ende garantizar su seguridad e integridad personal y, así mismo, mantener el orden a efectos de que no se produzcan desmanes al interior de la institución.

Como se advirtió, con anterioridad, el señor Andrés Castillo López sufrió lesiones con ocasión a la agresión sufrida por otros internos cuando se encontraba bajo la custodia y vigilancia del INPEC, lo que conlleva a inferir que dicha entidad incumplió el deber de evitar que se originen enfrentamientos entre los reclusos y en todo caso, prevenir el porte de armas blancas de fabricación carcelaria al interior de sus instalaciones.

Al respecto es importante precisar que dicha institución tiene la obligación de garantizar la vigilancia, protección y seguridad de los internos, en virtud de la relación de especial sujeción que existe entre las personas privadas de la libertad y el Estado. Por lo tanto, a partir de dicha relación surge el deber de impedir que otros reclusos, particulares o el personal de vigilancia, amenacen la vida e integridad personal de los internos.

Atendiendo las circunstancias acaecidas en el presente asunto, es claro que el personal de guardia no adelantó el control y vigilancia adecuado a efectos de que el señor Andrés Castillo López fuera agredido por otros internos, y en todo caso, con armas de fabricación carcelaria.

Así las cosas, del material probatorio que obra en el expediente es procedente imputar responsabilidad a la entidad demandada, por cuanto se encuentra acreditada la irregularidad que permite configurar la falla del servicio, por cuanto tal y como se explicó en líneas anteriores, se avizora la infracción de las obligaciones legales de protección y seguridad del recluso previsto en el ordenamiento jurídico.

Lo anterior en tanto que, es claro para este Despacho que el INPEC no adoptó medidas adecuadas para proteger la vida e integridad del interno, razón por la que es atribuible responsabilidad a la entidad demandada, dado que, por una parte, no ejerció vigilancia y custodia sobre sus internos y permitió la confrontación entre estos, en la que se dio uso a armas blancas de fabricación carcelaria, aspecto que denota una falta de vigilancia y requisas para incautar este tipo de objetos con los que se puede atentar contra la integridad de las personas.

En este punto, debe ponerse de presente que, la entidad no ejerció actividad probatoria alguna tendiente a establecer la participación del señor Andrés Castillo López en los hechos en los que se vio afectados, a efectos de estudiar una eventual concurrencia de culpas, pues si bien no se desconoce la existencia de una confrontación entre este y el señor Trino Roldán Sánchez, no se acreditaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentó y la participación de la víctima directa, de manera que, lo único probado dentro del proceso, es la falta de control y vigilancia sobre los internos, que propició la lesión en uno de ellos, por parte de un sujeto a cargo de la entidad demandada.

Establecida la responsabilidad de la demandada por las lesiones sufridas por Andrés Castillo López procederá el Despacho a efectuar la correspondiente,

6. Liquidación de los Perjuicios:

6.1 Perjuicios Morales

Si bien en lo que tiene que ver con los perjuicios morales, la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia frente a la indemnización por el perjuicio moral a reconocer a sus familiares en caso de lesiones, fijando como referente para la liquidación del perjuicio, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, y el grado de relación de los reclamantes con respecto a esta¹⁷.

También lo es que, el órgano de cierre de esta jurisdicción advirtió frente a la discrecionalidad el Juez para determinar esta clase de perjuicios¹⁸, lo siguiente:

1.1. El juez administrativo tiene la potestad de determinar el monto a reconocer cuando se trata de perjuicios morales. Esta discrecionalidad está regida por: (i) la regla de que la indemnización del perjuicio se hace a título de compensación, dado que "la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia", mas no a título de restitución; (ii) el principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) el deber de estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del daño y su intensidad; y (iv) el deber de estar fundada, cuando sea el caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad¹⁹.

1.2. Para cuantificar el valor a reconocer por ese concepto, se acude al criterio que estableció tal reparación en 100 smmlv para los eventos de mayor intensidad y que abandonó la aplicación extensiva de las reglas sobre la materia fijadas en el Código Penal, por considerarlas improcedentes, con el propósito de dar cumplimiento a los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 178 del Código Contencioso Administrativo, que consagran, respectivamente, la reparación integral y equitativa del daño y la debida tasación de las condenas en moneda legal colombiana²⁰.

En esa medida se encuentra acreditado que, en los hechos ocurridos el 30 de septiembre de 2014, el señor **Andrés Castillo López**, sufrió lesiones en su integridad, no obstante, se encuentra que en el expediente no obra prueba con la que se pudiera constatar la pérdida de capacidad laboral padecida por el demandante.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, MP. Enrique Gil Botero, Expediente 31170, y Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, MP. Olga Mélida Valle de la Hoz, Expediente 31172.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de octubre de 2014, Expediente: 29033, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 29 de julio de 2013, exp. 24494, C.P. Danilo Rojas Betancourth, entre otras.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de septiembre de 2001, exp. 13232-15646, C.P. Alier Hernández Enríquez.

Así las cosas, en aras de realizar una reparación integral²¹ y en equidad ante esa deficiencia probatoria por parte de la parte actora, y teniendo en cuenta el daño antijurídico que sufrió el señor **Andrés Castillo López**; el Despacho con aplicación del arbitrio judicial y de acuerdo a la intensidad del daño en el presente asunto, reconocerá la suma de seis (6) salarios mínimos a favor del demandante, 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:²² "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".

De igual manera, se reconocerá a favor de la señora **Ana Francisca López Roberto** en calidad de madre del lesionado, parentesco que se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento obrante a folio 3, la suma de seis (6) salarios mínimos a favor del demandante, salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de firmeza de esta sentencia

Así mismo, se reconocerá a favor de **Juan David Martínez López, Jhon Fredy Medina López y Sanin Medina López** en calidad de hermanos del señor Andrés Castillo López, relación que se encuentra probada con los registros civiles de nacimiento obrante a folios 13,18,20, la suma de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia, para cada uno.

De igual manera, se encuentra que en el presente asunto el menor **Julián Andrés Castillo Bernal**, actúa en el presente asunto en calidad de hijo del señor Andrés Castillo López, a efectos de acreditar dicho parentesco se allegó registro civil de nacimiento tal y como consta a folio 6, por lo tanto, se reconocerá la suma de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia.

Respecto a la señora **Leidy Marcela Bernal**, quien actúa en el presente asunto como compañera permanente del señor Andrés Castillo López, el Despacho advierte que, del estudio que se hace de las pruebas se observa que dicho vínculo se encuentra acreditado por cuanto de la cartilla biográfica se avizora que se encuentra registrada a la señora Leidy Marcela Bernal como *cónyuge*, así mismo, se encuentra que del reporte de ingreso y salida de visitas²³, la citada realizó diferentes visitas al interno. En consecuencia, se reconocerá la suma de seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia.

Lo anterior, debido a que se trató de una lesión en tórax (pulmón y corazón) y mandíbula, que comprometió su salud, al punto de ser sometido a diversas intervenciones quirúrgicas, sin embargo, no se probó por la parte actora, que la afectación funcional de sus órganos fuera

²¹ 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".

²² 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.

²³ Folio 148 vto

de carácter permanente, motivo por el que, dado que en caso de lesiones el perjuicio moral se infiere, debe ponerse de presente que la herida sufrida por el señor Andrés Castillo López generó dolor, congoja y angustia en la víctima directa y sus parientes más cercanos.

Finalmente, en relación al señor Gerardo Olarte quién actúa en calidad de padre de crianza, se advierte que, no obran elementos probatorios con los que se pueda inferir la existencia de algún vínculo entre el referido y el señor Andrés Castillo López.

Se observa que no existe prueba alguna que permita acreditar una relación afectiva o cercana que permita colegir vínculos de crianza entre los referidos.

Por cuanto del estudio que se hace del expediente, se observa que no se aportó prueba idónea –testimonial o documental- que demostrara la calidad de quien compareció como padre de crianza del señor Andrés Castillo López.

6.2. Perjuicios Materiales

El demandante Andrés Castillo López solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales como víctima directa.

Al respecto debe precisar el Despacho que, no es viable el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados, en tanto que, no se encuentra probado que al interior del penal el señor Andrés Castillo López desempeñara actividades laborales y que por causa de la lesión padecida no las hubiere podido ejercer en óptimas condiciones y se haya disminuido el ingreso laboral que hubiese podido percibir.

Adicionalmente, es importante indicar que conforme las declaraciones rendidas por galeno Oscar Armando Sánchez, es claro que las afecciones sufridas por el demandante tanto en sus órganos – pulmón y corazón- así como la lesión sufrida en su mandíbula, dichas secuelas fueron de carácter transitorio, por lo que las mismas fueron superadas y no dejaron ninguna perturbación funcional que impida al señor Andrés Castillo López desempeñar actividades laborales o que por causa de la lesión padecida pudiese ejercer labores en óptimas condiciones y se haya disminuido el ingreso laboral que hubiese podido percibir cuando recuperara su libertad.

Así mismo, únicamente se aportó prueba de una incapacidad provisional de 85 días, término durante el que el señor Andrés Castillo López todavía se encontraba purgando la pena a él impuesta.

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, 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.

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 la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada **Nación - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC** por los perjuicios morales de los que fue objeto la parte actora con ocasión de las lesiones que sufrió, **Andrés Castillo López** al interior del establecimiento carcelario la Picota, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **Nación – Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC**, a pagar las siguientes sumas:

- Por daño moral para **Andrés Castillo López**, en calidad de víctima directa, la suma equivalente a seis (6) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Ana Francisca López Roberto**, en calidad de madre, la suma equivalente a seis (6) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Leidy Marcela Bernal**, en calidad de compañera permanente, la suma equivalente a seis (6) smmlmv equivalentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para, **Julián Andrés Castillo Berna** en calidad de hijo la suma equivalente a seis (6) smmlmv equivalente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.
- Por daño moral para **Juan David Martínez López, Jhon Fredy Medina López y Sanin Medina López**, en calidad de hermanos la suma equivalente a tres (3) smmlmv equivalente a

la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno.

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 CÚPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2015-00791-00
Demandantes	:	Gustavo Adolfo Piza Reyes y otros
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 38**

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, los señores **Gustavo Adolfo Piza Reyes, Blanca Lilia Piza Reyes actuando en nombre propio y representación del menor Jhoana Katherine Piza Reyes; Gersson Fernando Molano Piza, Liliana Constanza Piza, Diana Julieth Borda Piza y Leydi Carolina Farias Piza** 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 sufridas por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes 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. 22-33 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

La parte actora indicó que el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes estuvo vinculado al Ejército Nacional desde el 5 de mayo de 2010 como soldado profesional.

Relató que, durante su estancia en la institución militar, el 20 de septiembre de 2013 aproximadamente a las 20:00 horas, resultó herido en la axila derecha por accidente fratricida, producto de tres impactos de arma de fuego, que fueron propinados por el soldado profesional Alberto José Ortega Ochoa.

Frente a la responsabilidad de los perjuicios ocasionados se manifestó que, al haber sido lesionado el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes mientras se desempeñaba como militar, por parte de un compañero con su arma de dotación oficial, se configuraba un riesgo excepcional, pues dicho la lesión constituyó una carga adicional a la que tenía que soportar como soldado voluntario.

1.3.- Contestación de la demanda

Mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2017, 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 20 de septiembre de 2013 constituían un riesgo propio del servicio, en el que además se configuraba el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima (f. 42-46 c. principal).

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 12 de noviembre de 2015 (f. 35 c. principal), seguidamente, mediante auto proferido el 30 de junio de 2016, se admitió la demanda (f. 38-39 c. principal).

El día 22 de mayo de 2018 se llevó a cabo audiencia inicial (f.73-75 c. principal).

El 11 de octubre, 1 de noviembre, 29 de noviembre de 2018, 23 de mayo y 12 de junio 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. 111-130 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

A través de escrito radicado el 20 de junio de 2019, la parte actora adujo que se acreditaron los elementos de responsabilidad de la entidad demandada, pues la lesión causada al señor Gustavo Adolfo Piza Reyes provino 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.137-140 c. principal).

La parte demandada adujo que, conforme a las pruebas obrantes dentro del expediente y el interrogatorio de parte, el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes fue el que no observó y acató las recomendaciones de formación de una Base de Patrulla Móvil, y generó que su compañero lo lesionara, motivo por el que se configuraba la culpa exclusiva de la víctima.

Señaló que, la declaración de Gustavo Adolfo Piza Reyes presentaba contradicciones, en la medida que la información de reveló fue informada con anterioridad y no podía haberse presentado de esta forma los hechos en lo que resultó lesionado, de manera que, lo que se presentó fue una transgresión al protocolo militar de patrullaje (fls.141-144 c. principal).

El agente del Ministerio Público 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

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 las lesiones sufridas por el soldado Gustavo Adolfo Piza Reyes, mientras se encontraba prestando sus servicios como soldado profesional y resultó lesionado por un compañero.

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. Caso en concreto

En el caso bajo estudio, la parte actora hizo consistir el daño en las lesiones sufridas por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes producto de los impactos recibidos con arma de fuego.

Se observa que el 3 de noviembre de 2015 se notificó de manera personal el acta de Junta Médico Laboral No. 83025 del 15/10/2010, donde se observan las siguientes valoraciones realizadas al señor Gustavo Adolfo Piza Reyes:

*FECHA: 05/11/2014 SERVICIO: CIRUGÍA GENERAL
FECHA DE INICIO: EL 21/09/2013 SUFRE HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN HEMITORAX DERECHO. SIGNOS Y SÍNTOMAS: HEMOMEUMOTAX DERECHO, FRACTURA COSTAL ETIOLOGÍA: TRAUMÁTICA. ESTADO ACTUAL: BUENO. DIAGNÓSTICO: ESTADO POST-TORACOTOMÍA Y NEUMORRAFÍA EN BUEN ESTADO: CICATRIZACIÓN EN FRACTURAS COSTALES. PRONÓSTICO: NO INDICA. NULL FDO. MÉDICO ESPECIALISTA.*

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.

FECHA: 25/11/2014 SERVICIO: ORTOPEDIA

FECHA DE INICIO: PACIENTE QUIEN EL 20/09/2013 SUFRIÓ HERIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO, TORÁCICO, ABDOMINAL DERECHO Y AXILAR DERECHA, CON MÚLTIPLES FRACTURAS COSTALES. ACTUALMENTE REFIERE DOLOR EN REGIÓN COSTAL DERECHA Y DEBILIDAD EN MIEMBRO SUPERIOR DERECHO. SIGNOS Y SÍNTOMAS: RADIOGRAFÍA DE REGIÓN COSTAL DERECHA; FRACTURA 6, 7 Y 8 COSTILLA CONSOLIDADAS. ETIOLOGÍA: TRAUMÁTICA. ESTADO ACTUAL: CICATRIZ QUIRÚRGICA DE 20 CM EN HEMITORAX DERECHO Y CICATRICES EN REGIÓN AXILAR Y PECTORAL DERECHA RETRAÍDAS DOLOROSAS, DOLOR A LA PALPACIÓN DE LA REGIÓN COSTAL DERECHA, HIPIESTESIA EN CARA ANTERIOR E INFERIOR DE HEMITORAX DERECHO, SIN DÉFICIT NEUROVASCULAR DISTAL. DIAGNÓSTICO: 1) FRACTURAS MÚLTIPLES COSTALES HEMITORAZ DERECHO POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO CON LESIÓN DE LOS NERVIOS INTERCOSTALES EN AROS, 2) CICATRICES DOLOROSAS EN REGIÓN AXILAR Y PECTORAL DERECHA. PRONÓSTICO: POR ESTABLECER. NULL FDO. MÉDICO ESPECIALISTA.

FECHA: 25/09/2015 SERVICIO: NEUMOLOGÍA

FECHA DE INICIO: HERIDA POR ARMA DE FUEGO EN EL 2013, SIGNOS Y SÍNTOMAS: RADIOGRAFÍA DE TORAX (08/2015) TRANSPARENCIA Y EXPANSIBILIDAD SATISFACTORIA SIN LESIONES CONSOLIDATIVAS NI MASAS ESPIROMETRÍA (05/2015) NORMAL. ETIOLOGÍA: TRAUMÁTICA. ESTADO ACTUAL: BUENO. DIAGNÓSTICO: HERIDA POR ARMA DE FUEGO. PRONÓSTICO: BUENO. NULL FDO. MÉDICO ESPECIALISTA.

(...)

A. DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

1). EN ACTOS DEL SERVICIO SUFRE HERIDAS MÚLTIPLES POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO CON ESTADO POST-TORACOTOMÍA EN BUEN ESTADO CON FRACTURAS MÚLTIPLES COSTALES HEMITORAX DERECHO CON LESIÓN DE NERVIOS INTERCOSTALES EN ARCOS NIVELES VALORADOS Y TRATADO POR ORTOPEDIA, CIRUGÍA GENERAL, NEUMOLOGÍA CON ESPIROMETRÍA QUE DEJA COMO SECUELA: A) CICATRICES TORÁCICAS CON LEVE DEFECTO ESTÉTICO SIN LIMITACIÓN FUNCIONAL.- B) DOLOR TORÁCICO.// FIN DE LA TRANSCRIPCIÓN.

(...)

C. EVALUACIÓN DE LA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL.

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DIECISIETE PUNTO SETENTA Y CUATRO POR CIENTO (17.64%)

D. IMPUTABILIDAD DEL SERVICIO

LESIÓN 1 OCURRIÓ EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, LITERAL (B) (AT) DE ACUERDO A INFORMATIVO NO.021/2014

Frente a la anterior Acta de Junta Médico Laboral procedía recurso para solicitar convocatoria a Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, para el cual tenía un término de 4 meses posterior a su notificación, sin embargo, no se evidencia que se haya presentado.

Así mismo, obra resultado de la escanografía de tórax con contraste practicada al señor Gustavo Adolfo Piza Reyes por el Hospital Militar, en la que se indicó:

Se determinan focos de fracturas costales derechos acompañados de opacidad de la periferia del segmento anterior del lóbulo superior derecho que muestra presencia de una imagen de contenido aéreo con contornos parcialmente definidos subpleural que mide aproximadamente 5x3 cm en relación con posible zona de contusión pulmonar.

Con fundamento en lo anterior, se encuentra acreditado el daño padecido por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, consistente en la lesión en la axila y tórax derecho, producto de impactos con arma de fuego.

Acreditado el daño, se establecerá si el mismo es o no imputable a la entidad demandada.

Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria de actividades militares

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, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourth, actor Neftaly Vallejo Ortega, la Sección Tercera el Consejo de Estado 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).

Con el fin de determinar si el daño, que consiste en la lesión sufrida por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes en el tórax y axila derecha, es imputable a la entidad, se hace necesario establecer las circunstancias en que se presentó:

Obra informe administrativo por lesión No. 021 del 9 de noviembre de 2014, en el que se indicó:

De acuerdo al informe rendido por el señor SS. GARCÍA HERNÁNDEZ HENRY Comandante del pelotón California 1, los hechos ocurridos el día 20 de septiembre de 2013 aproximadamente a las 20:00 horas en coordenadas aproximadas LW 00 27 35 LN 76 54 10 donde el soldado profesional PIZA REYES GUSTAVO ADOLFO C.C. 1.069.732.251 es herido por accidente fratricida, en la axila derecha por tres impactos de arma de fuego propinados por el centinela Soldado Profesional ORTEGA OCHOA ALBERTO JOSÉ, es atendido por el enfermero de combate Soldado Profesional CUELLAR YOVANY CC.1117506557 lo estabiliza y aproximadamente a las 20:30 horas es evacuado en ambulancia hasta el casería Concordia Putumayo, de allí es evacuado en apoyo aéreo a Puerto Asís Putumayo ciudad en la que es valorado y remitido para el hospital de la ciudad de Pasto.

En el informativo administrativo por lesión No. 021 del 9 de noviembre de 2014 se especificó que conforme al Decreto 1796, artículo 24, Literal B), la lesión fue causada en el servicio pero por causa y razón del mismo.

Así mismo, obra la declaración que rindiera el Gustavo Adolfo Piza Reyes, en la que manifestó:

P: Cuánto tiempo duró como soldado profesional

R: Como 3 años y medio

P: Hasta qué fecha

R: Hasta el 16 de julio de 2016 creo

P: Por qué motivo se retiró de la institución

R: Porque me dieron la baja, por disminución de la capacidad laboral

...

P: A qué obedeció la disminución de la capacidad laboral

R: Yo estaba de guardia, me encontraba prestando mi servicio, el soldado Ortega me recibía a las 8 de la noche, yo lo llamé faltando 5 minutos, él me dijo listo curso le recibo, yo me devolví para el puesto, entre eso pasó los cinco minutos que lo llamé, después yo escuché claramente cuando él se estaba talajando, ya tenía moral de que él ya me iba a recibir, y pasó todo ese tiempo, y como de uno a tres minutos se quedó todo en silencio, pues a mí se me hizo raro, pues de pronto debe estar, no sé, de pronto le cogió el sueño o alguna cosa, cuando ya en eso 2, 3 minutos, yo ya escuché todo en silencio y de un momento a otro escuché fue ya que cargaron un fusil de la parte de atrás donde yo estaba, cuando yo volteo y escucho, volteo el cuerpo hacia atrás y veo es el fogonazo, ahí es cuando yo ya sentí que algo me empujó y dije me hirieron, me hirieron, no más, ahí fue cuando el soldado Ortega me escuchó y reconoció, él llegó corriendo hacia donde yo estaba, diciéndome Curso Curso, yo le decía me ahogo, me ahogo, no más.

...

P: Usted nos indica que estaba prestando guardia

R: Yo estaba prestando guardia, le entregaba al soldado Ortega

...

P: Qué se encontraba haciendo el soldado Ortega.

R: El soldado Ortega en el momento en el que yo fui a llamarlo estaba descansando, él era el último cambuche donde yo prestaba guardia.

P: Qué finalidad tenía llamar al soldado ortega.

R: Para que me recibiera de guardia

P: A qué horas le recibía guardia.

R: A las 8

P: Usted en alguna ocasión salió sin autorización y sin informarle al centinela

R: No porque el guardia era yo, yo era el que estaba prestando el servicio, yo le entrega al soldado Ortega

...

P: Por qué motivo no presentó denuncia contra el soldado Ortega

R: Pues no, antes nosotros éramos amigos, nos gustaba mucho el ejercicio y ya, yo no entiendo porqué pasó eso, si yo con el no tenía problemas ni nada.

P: Qué explicación le dio él después de que sucedieron los hechos

R: Él me dice que él pensó que yo ya me había ido a dormir, yo siempre le entregaba a él y él me recibía, yo no sé que pasó en ese momento.

P: Él que le dijo

R: Curso pensé que usted ya se había ido a dormir cuando yo estaba en el piso herido, cuando yo estaba en el piso herido, me dijo curso yo pensé que ya se había ido a dormir, porque yo estaba esperándolo a él para que me recibiera mi puesto, lo normal como todos los días, yo nunca le dejaba el puesto votado, él siempre me recibía.

...

P: Cómo se hace el cambio de guardia

R: Siempre se llamaba uno 3 minuticos 5 minuticos, lo que uno se demoraba en colocarse las botas y el chaleco.

P: Dejaban algún registro

R: Hay veces se pasaban consignas de lo que de pronto uno escucha o algo así, pues para eso necesita uno entregar el puesto, pues para decirle escuché tal ruido, o tal cosa, siempre se entregaba bien el puesto.

...

P: El Soldado Ortega que contó

R: El dice que yo ya me había dormido, él no me había recibido la guardia, yo a él todos los días le entregaba la guardia, todos los días como le cuento, y ese día no sé porqué no me recibió mi puesto.

...

R: En ningún momento yo me encontraba evadido porque me encontraba en mi puesto, que era el servicio de guardia, ese día era el 20 de septiembre de 2013, de 6 a 8 de la noche iba yo ese día, con él yo no tenía problemas para nada, éramos amigos ...

Con fundamento en lo anterior, se puede extraer que efectivamente, la lesión del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes se causó con un arma de dotación oficial y por parte de un miembro de la entidad demandada, esto es, en el servicio por causa y razón del mismo.

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 armamentos, en el caso bajo estudio dicho riesgo se concretó para el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes cuando, en cumplimiento de sus funciones, un compañero atentó de forma involuntaria contra su integridad física.

Es así como se puede considerar que, los disparos propinados al señor Gustavo Adolfo Piza Reyes por parte del señor Alberto José Ortega Ochoa, se trata en sí de una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger la carrera militar, 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, pues se realizaban las funciones de centinela.

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 voluntario².

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, consecuencialmente, 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 perjuicio³.

“Entonces, la responsabilidad del Estado puede serle imputada o atribuida mediante la

² 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.

³ “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.

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”⁴.

De los eximentes de responsabilidad.

Frente a los eximentes de responsabilidad el Consejo de Estado ha sentado:

“Las causales eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen eventos que dan lugar a que sea inadmisibile imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración:(i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad; y (iii) su exterioridad respecto del demandado, (...).”⁵

Por un parte, en relación con el argumento esbozado para respaldar uno de los eximentes que se alegó, se basa en que el soldado Alberto José Ortega Ochoa estaba debidamente instruido y entrenado para darle un manejo cuidadoso y precavido al arma de dotación oficial que estaba a su cargo. En ese orden de ideas, correspondía al soldado profesional el uso adecuado de su armamento.

En vista de lo anterior, el Despacho considera que la excepción propuesta tiene mayor proximidad a la conocida como “Hecho personal del agente”, a la que el Consejo de Estado le da el siguiente alcance:

(...) No obstante lo anterior debe resaltarse que esta Sala ha considerado que las actuaciones de los agentes del Estado sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando aquellas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público, de modo que la simple calidad de funcionario público que funja el autor del hecho o el uso de algún instrumento del servicio —como el arma de dotación oficial— no vincula al Estado, como quiera que el servidor público pudo haber obrado dentro de su ámbito privado, desligado por completo del desempeño de actividad alguna conectada con la función normativamente asignada a la entidad demandada (...).⁶

Dicho lo previo, el Despacho, ya al adentrarse a la satisfacción de requisitos para la configuración del eximente o del hecho personal del agente, precisa lo siguiente:

Se evidencia que el soldado Alberto José Ortega Ochoa no era alguien que no tuviera relación con la entidad demandada, ya que dependía del Ejército Nacional en distintos aspectos, pues no solo es la institución que tiene la guarda de sus funcionarios, sino que además supervisa cómo sus funcionarios actúan en el servicio.

En el cúmulo de circunstancias que determinaron las lesiones de la parte actora, el papel que desempeñó el soldado profesional Alberto José Ortega Ochoa, también contribuyó en la causación del daño, ya que resulta relevante el hecho de tener acceso a armamento del Ejército Nacional y ser parte de esta, o la falta de previsión, que hubieran evitado la producción del daño.

En relación con el hecho personal del agente, en el caso en concreto se probó que la actuación

⁴ 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.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA - SUBSECCION C; C.P: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA; Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil once (2011); Rad: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976)

⁶ Ibidem

de Alberto José Ortega Ochoa tiene un vínculo con el servicio que prestaba, ya que los móviles de su conducta se dieron como resultado de la función de centinela, y que su actuar no estuvo completamente desligado a las actividades diarias que se realizaba en el Ejército Nacional. Por lo tanto, el actuar del mencionado soldado compromete el patrimonio de la entidad demandada, pues no se acreditó que, los móviles de la lesión obedecieran a circunstancias de índole personal y desligados del servicio, que permitan establecer que fue el querer directo de causarse el daño por parte del señor Alberto José Ortega Ochoa, pues por el contrario, de lo relatado por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, se indica que esto eran buenos amigos y entre estos no existía ninguna enemistad.

Así mismo, debe ponerse de presente que la entidad demandada no desplegó actividad probatoria alguna tendiente a establecer que el señor Alberto José Ortega Ochoa fuera sancionado de manera penal o disciplinaria.

Todo lo contrario, lo presentado fue una irregularidad en la forma en que se entregó y recibió el puesto de centinela para el día de los hechos, circunstancia que como se pasará a analizar, genera es una concurrencia de culpas.

De la culpa exclusiva de la víctima o concurrencia de culpas

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado:

“En el artículo 2357 del Código Civil en el cual se prevé la reducción de la indemnización por concurrencia de culpas en los siguientes términos: “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Para que pueda considerarse la intervención de la víctima en el hecho es necesario que su actividad sea causa del daño, es decir, que entre su hecho y el daño exista relación de causalidad que rompa el nexo existente entre la actuación del demandado y el daño o que por lo menos concorra con ella. Por lo tanto, no basta su participación en el hecho sino que es necesario que su actividad sea también causa eficiente del daño. En el caso concreto se presume la responsabilidad de la entidad demandada por los perjuicios sufridos por la demandante en razón de la muerte de su hermano, ocurrida mientras se desplazaba en un vehículo de propiedad de aquélla.”⁷ (Negrilla fuera del texto)

De conformidad con lo narrado por el propio señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, se evidencia que, encontrándose presentando el servicio de centinela en el turno de 6 a 8 de la noche, la entrega debía realizarla al soldado profesional Alberto José Ortega Ochoa, actuación que ya se había realizado en múltiples oportunidad con anterioridad sin ningún inconveniente.

Sin embargo, para el 20 de septiembre de 2013 se presentó una irregularidad por parte de los dos soldados profesionales, pues se admitió que nunca se hizo entrega y recibo formal del puesto de centinela, pues únicamente se hizo un llamado previo, sin que dicho aspecto pueda considerarse suficiente en materia militar para la realización de este tipo de actividades.

En efecto, conforme lo fue admitido por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, puede inferirse que se desatendió el reglamento básico de seguridad y soldados expusieron su integridad física al no realizar en debida forma la entrega del puesto y relevo de centinela, más cuando según la declaración del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, en este acto, se debían dejar las consigas y novedades sobre el puesto, acto en el que se informa las condiciones en que se entrega el puesto, lo que no fue realizado por ninguno de los soldados, pues el primero no hizo entrega formal, y el segundo no recibió tampoco de manera formal.

En ese sentido, ante el conocimiento de la forma en la que debía realizarse las funciones de centinelas, las limitaciones y la forma en que se hacían los relevos, el Despacho encuentra

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero Ponente: RICARDO HOYOS DUQUE Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y nueve (1999). Radicación número: 10905 Actor: YOLANDA SANCHEZ DE OSSA

que la víctima también se expuso al riesgo que se presentó, al no haber gestionado la entrega del puesto en debida forma, generando así que su compañero, en ejercicio de sus funciones, se viera sorprendido con su presencia y lastimosamente atentara contra su integridad.

De manera que, el Despacho encuentra que en el presente caso se presentó una concurrencia de culpas entre el actuar de los soldados profesionales Gustavo Adolfo Piza Reyes y Alberto José Ortega Ochoa, pues por una parte, no se gestionó en debida forma por parte de estos el cambio de turno para realizar la labor del centinela, sin embargo, ello no es óbice para exonerar de responsabilidad a la entidad, pues, por parte del señor Alberto José Ortega Ochoa, se ha debido realizar un llamado para identificar la persona con la que se topó antes de accionar su arma de dotación oficial y, en todo caso, ha debido recibirse en debida forma el puesto antes de desempeñar sus labores o, por lo menos, dejarse las correspondientes observaciones, aspecto que lo llevó a lesionar al señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, bajo la presunción que se trataba de fuerzas enemigas.

Así las cosas, dada la concurrencia de culpas que se presentó en el caso bajo estudio, el monto a indemnizar deberá ser reducido en un 50 %.

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 las lesiones que sufrió el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes con ocasión de las actividades desarrolladas mientras se desempeñaba como soldado profesional, procediendo el pago de los perjuicios establecidos por la parte actora, sin embargo, dada la concurrencia de culpas que se presentó, el monto a indemnizar deberá ser reducido en un 50 %.

Establecida la responsabilidad de la demandada por las lesiones sufridas por Gustavo Adolfo Piza Reyes, procederá el despacho a efectuar la correspondiente,

5. Liquidación de los perjuicios

5.1. Perjuicio moral

Estando demostrada la ocurrencia de la lesión y las circunstancias en que se produjo, el Despacho encuentra como probado el daño moral sufrido por el demandante en su calidad de víctima directa y sus familiares, en tanto acreditaron sus lazos con los registros civiles de nacimiento obrantes a 3 al 11 del cuaderno principal, en calidad de madre y hermanas.

Por tanto, ha de aplicarse lo dispuesto por el Consejo de Estado⁸, 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:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31.772

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
	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

Sin embargo, para efectos de tasar los perjuicios solicitados, no se dará valor al porcentaje de disminución de capacidad laboral consignado en el Acta de Junta Médico Laboral No. 83025 del 15 de octubre de 2015, correspondiente al 17.64%, pues se considera prudente señalar que, dicha valoración no recoge todos los ámbitos comportamentales en un entorno ordinario laboral, en la medida que el Decreto 94 de 1989, a diferencia del Decreto 1507 de 2014, se limita únicamente al ámbito de la lesión y no a los demás componentes tanto sociales como comportamentales que se deben tener en cuenta en la valoración. Esto es así, en la medida que el Decreto 94 de 1989 se instituyó para efectos de reconocer acreencias prestacionales a favor de miembros de la fuerza pública.

En ese orden de ideas, al no acreditarse la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, por las lesiones en su tórax y axila bajo el Decreto 1507 de 2014, considera este Despacho que de conformidad a lo previsto en el artículo 193 del CPACA, la condena debe ordenarse en abstracto, con el fin de que en trámite incidental, que deberá promover el interesado, se aporte la correspondiente valoración que realice la Junta Regional de Calificación de Invalidez para su respectiva valoración, con fundamento en los documentos que reposan en el expediente y con base a ella, se determine el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y a partir de la misma se proceda a tasar el monto de los perjuicios morales sufridos por el citado soldado regular, bajo los parámetros y niveles establecidos en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014 al interior del proceso 1999-00326 (31172), en proporcionalidad al grado de discapacidad y los topes del rango que se acredite, como resultado de una regla de tres.

Es preciso indicar que, en sentencia de tutela el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: William Hernández Gómez de 27 de Junio de 2019 número: 11001-03-15-000-2018-02795-01 Actor: Julián Andrés Flórez Jiménez Demandado: Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, precisó lo siguiente frente al tema en particular

"(...) [A] pesar de que la autoridad judicial encontró acreditado que la lesión abdominal del [actor] se causó durante la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo, la cual le generó una disminución de capacidad laboral del 23%, se abstuvo de ordenar la reparación integral del daño antijurídico, con lo cual impidió la efectividad de la justicia material. La decisión adoptada por el Tribunal obedeció a que en su criterio el Acta de la Junta Médica Laboral no daba cuenta de la pérdida de capacidad laboral en el ámbito civil, es decir, por fuera de la actividad militar (...) [E]s indiscutible que no puede equipararse la valoración de la capacidad psicofísica que realiza la Junta Médica Laboral Militar o de Policía a uno de los miembros de la Fuerza Pública, a la que realiza la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez, puesto que los primeros requieren de especiales aptitudes físicas para prestar el servicio, ello, en consideración a la naturaleza propia de sus labores. Interpretar la norma de manera distinta, implica dar por sentado que

basta con tener las mismas condiciones físicas de cualquier persona para ser incorporado y permanecer en el servicio de la Fuerza Pública. Dichas estas consideraciones, no queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del [actor] en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario

De tal manera que, la Junta Médico Laboral no puede tomarse como la única prueba a efectos de acreditar los perjuicios ocasionados por lesiones, siendo dable referir lo dispuesto por el Consejo de Estado al decidir una acción de tutela encaminada a obtener la revocatoria de una decisión judicial que no accedió al reconocimiento de perjuicios materiales, con base en el dictamen de la Junta Médico Laboral:

“(…) Ciertamente no existe pronunciamiento de unificación que indique que la prueba idónea para la tasación de los perjuicios es el acta de la Junta Médica Laboral que emite la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Si bien es cierto, en innumerables sentencias se ha liquidado el monto de los perjuicios teniendo como prueba dicho documento para certificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del conscripto, ello no significa que estemos ante un precedente jurisprudencial obligatorio.

De esta manera, el juez que decide este tipo de litigios tiene la facultad e independencia judicial para valorar los medios de prueba de acuerdo con los parámetros que le indique la sana crítica y, con base en ello, decidir la cuantía del perjuicio.

(...)

Dichas estas consideraciones, no queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del señor Pedro Geovanny Moreno Fernández en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario, pues se reitera, las condiciones físicas exigidas para prestar el servicio en las Fuerzas Militares son diferentes debido a las condiciones especiales de la labor a desempeñar.

Así las cosas, le asiste razón al Tribunal al señalar que el Acta de la Junta Médica Laboral no demuestra la pérdida de capacidad laboral del accionante en un ámbito distinto al de la actividad militar. No obstante, ello no lo exime de la responsabilidad que le atañe de buscar la justicia material, con mayor razón si el daño antijurídico imputable al Estado se encuentra debidamente acreditado. Por tal razón, le asistía la obligación de buscar procesalmente el camino más adecuado a efectos de garantizar la prevalencia del derecho sustancial.

Para lograr dicho cometido, el Tribunal tenía dos opciones procesales: 1. Decretar de oficio la prueba idónea para esclarecer la verdad respecto de la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante, facultad consagrada en el artículo 213 del CPACA o 2. Aplicar el contenido del artículo 193 del CPACA y proferir condena en abstracto, con el fin de que la parte interesada, a través del respectivo incidente, demostrara el monto de los perjuicios sufridos, lo cual era procedente si se tiene en cuenta que estaban probados los elementos de la responsabilidad estatal.”⁹

Es así que, en los términos de la decisión transcrita y en el caso bajo estudio, para el Despacho no resulta suficiente para el reconocimiento de los perjuicios solicitados, la valoración realizada por la Junta Médico Laboral en tanto considera que, debe aplicársele los parámetros del Decreto 1507 de 2014.

Así las cosas, considera este Despacho que de conformidad a lo previsto en el artículo 193 del CPACA, la condena debe ordenarse en abstracto, con el fin de que en trámite incidental, que deberá promover el interesado, se aporte la correspondiente valoración que realice la Junta Regional de Calificación de Invalidez para su respectiva valoración, con fundamento en los documentos que reposan en el expediente y con base a ella, se determine el porcentaje

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A Consejero ponente: William Hernández Gómez. Bogotá, D.C., 3 de mayo de 2018. Radicación No: 11001-03-15-000-2017-02840-01(AC)

de la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y a partir de la misma se proceda a tasar el monto de los perjuicios morales sufridos por el citado soldado campesino, a sus padres y hermanos, bajo los parámetros y niveles establecidos en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014 al interior del proceso 1999-00326 (31172), en proporcionalidad al grado de discapacidad y los topes del rango que se acredite, como resultado de una regla de tres, en la que se determine a cuantos salarios equivale el porcentaje reconocido por la Junta Regional, teniendo en cuenta el tope máximo de salarios del rango en que estaría inmerso conforme a la tabla del Consejo de Estado.

Esto último, 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.

(...) 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”

5.2. Daño a la salud

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que, la lesión que sufrió el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes no le 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 distintas a un defecto estético. Así mismo, tampoco se evidencia una pérdida funcional o anatómica.

Tampoco se acreditó que el actor, por el mencionado defecto estético, se viera afectado psicológicamente, presentando situaciones como baja auto estima, frustración o depresión, o que le impida disfrutar de placeres cotidianos de los que antes gozaba y ahora, como consecuencia de la lesión, ya no puede.

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 este perjuicio, por cuanto no se logró acreditar el daño a la salud alegado por el demandante, y se **negará**.

5.3. Perjuicios materiales

El demandante Gustavo Adolfo Piza Reyes solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales como víctima directa en la modalidad de lucro cesante en los periodos debido o consolidado y futuro.

Debe precisar el Despacho que, si bien se demostró la actividad económica que desarrollaba el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes para la fecha de los hechos, esto es, soldado profesional, lo cierto es que no obra prueba que acredite que desde la ocurrencia de los hechos hasta su retiro de la institución, sus ingresos se vieron disminuidos y en qué proporción, ni tampoco obra prueba que indique en qué medida se vio afectado en su integridad personal con ocasión

de las secuelas que puede establecer la valoración médico laboral, en cuanto no se ha corroborado en los términos del Decreto 1507 de 2014.

Lo anterior, en tanto no se acreditó la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes por las lesiones en axila y tórax derecho en los términos del Decreto 1507 de 2014, razón por la que, este Despacho considera que de conformidad a lo previsto en el artículo 193 del CPACA, la condena debe ordenarse en abstracto, con el objeto de que en trámite incidental, que deberá promover el interesado, se aporte el acta que realice la Junta Regional de Calificación de Invalidez para su respectiva valoración, con fundamento en los documentos que reposan en el expediente y con base a ella, se determine el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y a partir de la misma se tase el monto de los perjuicios materiales sufridos por el citado infante de marina.

Para el cálculo de la indemnización, se tendrá en cuenta el valor del salario como soldado profesional actualizado a la fecha de esta sentencia más un 25% por concepto de prestaciones sociales, toda vez que, no se encuentra demostrado que el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, percibiera una suma superior a esta, y se liquidará sobre el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, así:

Salario actualizado + 25% y de la suma que resulte se tomará el porcentaje que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral sufrida por el señor Gustavo Adolfo Piza Reyes que arroje el Acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como base para la liquidación del lucro cesante.

La liquidación se efectuará a partir de la fecha de retiro del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes, en tanto no se probó dentro del proceso que, el actor desde la ocurrencia de los hechos hasta la desvinculación de la actividad militar, hubiese visto disminuido sus ingresos.

La liquidación comprenderá dos períodos: el debido o consolidado, que abarca el lapso transcurrido desde la fecha de retiro de la institución hasta la fecha de la providencia que liquide el incidente; y el futuro, que corresponde al interregno comprendido entre el día siguiente de la fecha de la referida providencia y la vida probable de la víctima, con base en las siguientes fórmulas establecidas por el Consejo de Estado:

Indemnización debida:

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

Indemnización futura:

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

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 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 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 la 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 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,

7. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada Nación -Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional por los perjuicios causados con ocasión de las lesiones sufridas en su axila y tórax derecho, por el señor **Gustavo Adolfo Piza Reyes**, el 20 de septiembre de 2013, mientras se desempeñando como soldado profesional, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar en abstracto a la **Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional**, a pagar a los demandantes **Gustavo Adolfo Piza Reyes, Blanca Lilia Piza Reyes, Jhoana Katherine Piza Reyes; Gersson Fernando Molano Piza, Liliana Constanza Piza, Diana Julieth Borda Piza y Leydi Carolina Farias Piza**, los **perjuicios morales** reconocidos en la presente sentencia, los cuales deberán liquidarse por la parte demandante en el término señalado en el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011, mediante trámite incidental en el que se tasan los perjuicios reconocidos a favor de los demandantes, de acuerdo con las reglas establecidas en la parte motiva de esta providencia, y aportando la prueba idónea que establezca la pérdida de capacidad laboral, esto es, el Acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y en proporcionalidad al grado de discapacidad y los toques del rango que se acredite como resultado de una regla de tres, en la que se determine a cuantos salarios equivale el porcentaje reconocido por la Junta Regional, teniendo en cuenta el tope máximo de salarios del rango en que estaría inmerso conforme a la tabla del Consejo de Estado.

Como quiera que se declaró la concurrencia de culpas, el monto de la condena deberá disminuirse en un 50%.

TERCERO: Condenar en abstracto a la **Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional**, a pagar al demandante **Gustavo Adolfo Piza Reyes**, los **perjuicios materiales** reconocidos en la presente sentencia, los cuales deberán liquidarse por la parte demandante en el término señalado en el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011, mediante trámite incidental en el que se tasan los perjuicios reconocidos a favor del demandante, de acuerdo con las reglas establecidas en la parte motiva de esta providencia, y aportando la prueba idónea que establezca la pérdida de capacidad laboral, esto es, el Acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014.

Como quiera que se declaró la concurrencia de culpas, el monto de la condena deberá disminuirse en un 50%.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: 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.

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

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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2015-00817-00
Demandante :	Luz Marina Ardila Rivera y otros
Demandados :	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 58**

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, la señora Luz Marina Ardila Rivera y actuando en representación de los menores Rubiela Ardila Ardila, María Isbelia Ardila Ardila y Jhon Jairo Ardila Ardila; Eduardo Ardila Rivera y Eliberto Ardila Ardila, 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 la lesión padecida el 13 de febrero de 2014 por el señor Ariel Ardila Ardila, 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 (f. 3 a 5 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que, el señor Ariel Ardila Ardila fue vinculado al Ejército Nacional como soldado conscripto, desde el 16 de marzo de 2013, habiéndolo hecho en buenas condiciones.

Relató que, el día 11 de mayo de 2015, se expidió el informe administrativo por lesiones No. 016, que indicó:

"En atención al oficio No. 201556211571673: MDN- CGFM-COEJC- CEJEM-JEDEH- ASJ.999-1 de fecha 15 de abril del 2015, se procede a registrar la información recaudada con respecto a la petición elevada extemporáneamente por SLB @ ARDILA ARDILA ARIEL en la cual manifiesta haberse desempeñado como auxiliar en la Comisión de armamento y tiro, durante el desarrollo de los cursos de

Lancero y que estando en alguno de los ejercicios de tiro no uso protección auditiva por lo cual los ruidos producidos por el sonido en el polígono le provocaron un fuerte dolor de oídos y cabeza, hasta el punto de no aguantarlos más y solicitar ser llevado al dispensario el día 13 de febrero del 2014, donde fue atendido por médico general y remitido al especialista en audiología; de acuerdo oficio No. 1050 del 11 de julio de 2014, el director del Hospital Militar de Tolemaida manifiesta que verificada la historia clínica del soldado en mención se le realizó examen de audiometría según libro de registro y minutas 35 y 35 donde se emitió concepto, según CIE-10 el cual arrojó un diagnóstico audiológico H-833 EFECTOS DEL RUIDO SOBRE EL OIDO INTERNO IMPUTABILIDAD; LITERAL V, EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO".

Indicó que, el 12 de marzo de 2014 fue licenciado por la Dirección de Personal del Ejército, por tiempo cumplido de servicio militar.

Finalmente precisó que, la parte actora se ha visto en la obligación de abandonar algunas de sus actividades cotidianas para acompañar al señor Ariel Ardila Ardila, lo que les generó un detrimento en su patrimonio. (f 6 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 21 de febrero de 2017, la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que, carecían de sustento jurídico y probatorio.

Resaltó que no se ha determinado un porcentaje de disminución de la capacidad laboral del demandante, haciéndose imposible cuantificar el daño alegado. Así mismo, indicó que tampoco existía prueba alguna de que el señor Ariel Ardila Ardila devengara sumas de dinero por alguna actividad que realizara para su subsistencia o que haya quedado incapacitado para laborar.

Manifestó que, lo único que se encontraba probado en el proceso es que, se brindó asistencia médica y el debido acompañamiento al señor Ariel Ardila Ardila, a fin de que superara sus afecciones, independientemente de si estas se relacionaban o no con el servicio.

Así mismo, excepcionó la "DOCTRINA EN EQUIDAD DE LAS INDEMNIZACIONES POR PERJUICIOS MORALES AL GRUPO FAMILIAR", aduciendo que no era justo reconocer perjuicio para quien no lo demostrara, simplemente por presentar registros civiles.

Además indicó que, generalmente los integrantes de la familia de la víctima no mantenían relación con ésta, por lo tanto, no podían resultar legitimados para recibir una indemnización por perjuicios inmateriales, sin haber sufrido ningún quebrando espiritual o moral. (f 19-27 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 20 de noviembre de 2015 (f. 12 c. principal), seguidamente, se admitió la demanda por auto el 9 de junio de 2016 (f.14-15 c. principal.)

Mediante auto de 9 de junio de 2017 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (48 c. principal).

El 26 de junio de 2018 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 58 a 59)

Así mismo, el 22 de noviembre de 2018 se adelantó audiencia de práctica de pruebas, la que fue suspendida ante la falta de totalidad de pruebas (fl. 154 a 156), finalmente, el 25 de septiembre de 2019 se continuó con la audiencia de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 192- 193 c. principal).

2.5.Alegatos de conclusión.

Parte Demandante

En escrito radicado el 7 de octubre de 2019, el apoderado de la parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la demanda respecto a la fuente de responsabilidad atribuible a la entidad, razón por la que, señaló que la entidad debía resarcir integralmente a sus poderdantes.

Manifestó que conforme a las pruebas que obraban dentro del proceso, se infería la condición del conscripto y los daños en la salud causados, a los que se le asignó el 44.40%, según indicaba el dictamen pericial del 26 de noviembre de 2015.

Señaló que, la historia médica de retiro demostraba una hipoacusia bilateral neurosensorial con descenso de 70 db, en frecuencia 6000-8000 de abril 8 de 2014, igualmente las tomadas en febrero 13 de 2014, marzo 18 de 2014, enero 28 de 2014, que confirmaban la hipoacusia. Además que, el 20 de agosto de 2013 presentó una cortada en dedo meñique de la mano izquierda.

Mencionó que, el señor Ardila Ardila recibió atención donde se constata que posteriormente del servicio militar obligatorio, se presentó como soldado profesional y no fue aceptado por poseer hipoacusia de predominio derecho y lesiones residuales en el quinto dedo de la mano derecha.

Finalmente adujo que, era indiscutible que el conscripto durante la trayectoria militar sufrió daños a su salud, por lo que la entidad demandada debía responderle patrimonialmente.

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

A través de escrito radicado el 4 de octubre de 2019, la Nación – **Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** afirmó la improcedencia de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Manifestó que quedó demostrado dentro del proceso que, el señor Ariel Ardila Ardila se encontraba prestando el servicio militar en la Escuela de Lanceros de Tolomaida.

Advirtió que, en el escrito de la demanda, en el acápite de hecho en el numeral 2, solo se citó el informativo por lesión No. 016, en la que se narraba que supuestamente el 15 de abril de 2015, el señor Ariel Ardila Ardila sufrió una lesión de oído, y fue el único hecho alegado para una posible responsabilidad de la entidad.

Adujo que conforme a la junta médica laboral No. 105991 del 14 de febrero de 2019, solo se determinó al señor Ariel Ardila Ardila una pérdida de capacidad laboral del 18.55%, por exposición crónica al ruido, valorada por audiometría tonal seriada que dejó como secuela: hipoacusia neurosensorial oído izquierdo 35.6 DB y hipoacusia neurosensorial oído derecho 28.1.

Solicitó que se analizara que la cardiopatía alegada dentro del dictamen pericial, no se podía tener en cuenta, ya que como lo establecía la junta médica laboral, no existía nexo de causalidad con la prestación del servicio militar, ya que este se omitió como hecho dentro de la presente demanda.

Señaló que, en el informe administrativo quien generó el daño, fue un actuar imprudente y equivocado del soldado Ariel Ardila Ardila, al no usar la protección auditiva que le había sido otorgado durante toda la capacitación, implementos que aseguraban el correcto y legítimo desarrollo de la actividad militar, pero que era de la esfera personal el uso de estos.

Finalmente, se opuso totalmente a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que del material probatorio que obraba en el expediente, quedó demostrada la configuración del eximente de responsabilidad, por el actuar negligente, descuidado e imprudente del señor Ariel Ardila Ardila.

Ministerio Público. No rindió concepto

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 reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la lesión en el oído derecho – hipoacusia bilateral de predominio derecho por el soldado Ariel Ardila Ardila, en hechos presuntamente ocurridos el 13 de febrero de 2014, 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.

3.2. 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

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.

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.

-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 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 deber de reintegrar a la persona que presta el servicio militar en las mismas condiciones 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.

4. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por la lesión sufrida por el señor Ariel Ardila Ardila circunstancia que presuntamente acaeció mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y por las patologías que surgieron con posterioridad.

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:

4.1. 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

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

*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 soldado regular Ariel Ardila Ardila el 13 de febrero de 2014 mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Así lo demuestra con el informe administrativo por lesiones extemporánea No. 016 del 11 de mayo de 2015, rendido en los siguientes términos:

*"En atención al oficio 20155621571673 MDN- CGFM- COEJC- CEJEM-JEDEH ASJ 999-1 de fecha 15 de abril de 2015, se procede a registrar la información recaudada con respecto a la petición elevada extemporáneamente por el SLB (R) **ARDILA ARDILA ARIEL** en el cual manifiesta haberse desempeñado como auxiliar en la comisión de armamento y tiro durante el desarrollo de los cursos de Lancero y que estando en alguno de los ejercicios de tiro no usó protección auditiva por lo cual los ruidos producidos por el sonido en el polígono le provocaron un fuerte dolor de oídos y cabeza, hasta el punto de no aguantarlos más y solicitar ser llevado al dispensario el día 13 de febrero del 2014, donde fue atendido por médico general y remitido al especialista en audiolología; de acuerdo a oficio No. 1050 del 11 de julio del 2014 al Director del Hospital Militar del Tolomaida manifiesta que verificada a historia clínica del soldado en mención se le realizó examen de audiometría según libro de registro y minutas 34 y 35 donde se emitió concepto, según CIE-10 el cual arrojó un diagnóstico audiológico H-833 EFECTOS DEL RUIDO SOBRE EL OIDO INTERNO."*
*Negrillas del Despacho.*⁴

Se allegó atención médica No. 295996718 del señor Ariel Ardila Ardila, emitida por Torre de Especialistas Autopista Norte⁵ de la que se puede extraer:

MOTIVO DE CONSULTA 30/09/2014 ENFERMEDAD ACTUAL	"LE DETECTARON HIPOCAUSIA EN AUDIOMETRIA PARA INGRESO FFAA TRAE AUDIOMETRIAS QUE EVIDENCIAN CAIDA DE LA AUDICIÓN BILATERAL EN 6 Y 8 KHZ PTAD 6.33 db HIPOCAUSIA NEUROSENSORIAL CON CAIDA MODERADA EN 4 KHZ Y SEVERA EN 6 Y 8 PTAi 13.8 db.
RECOMENDACIONES	PACIENTE CON HIPOCAUSIA NEUROSENSORIAL PARA TONOS AGUDOS CON PROMEDIOS DE AUDICIÓN PARA TONOS DEL DENTRO DE LIMITES NORMALES Y QUIEN POR LO TANTO NO REQUIERE DE REHABILITACIÓN CON AUDIFONOS SE RECOMIENDA PROTECCIÓN ESTRICTA EN AMBIENTE RUIDOSO CONTROL ORL AUDIOMETRIA EN UN AÑO.

Sumado a lo anterior, en el caso objeto de estudio se observa que obra informe técnico realizado el 26 de noviembre de 2015, por el médico Enrique Antique Ayala Pérez (f. 59-61 c2. pruebas).

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

⁴ F. 8 C2 pruebas

⁵ Folio 17 C2 pruebas

Ahora bien, se advierte que el día 22 de noviembre de 2018, se adelantó contradicción del citado dictamen, en el que se señaló:

"CONCLUSIONES DEL DICTAMEN FUE DETERMINAR SI EL MILITAR DURANTE SU VINCULACIÓN SUFRIÓ QUEBRANTOS DE SALUD QUEBRANTOS DE SALUD, ENFERMEDAD O ACCIDENTE, DE CUALQUIER ORIGEN Y SI A CAUSA DEL MISMO GÉNERO SECUELAS TEMPORALES O PERMANENTES QUE CONLLEVEN A CALIFICAR DISCAPACIDAD, DE SU ACTIVIDAD LABORAL, FAMILIAR, SOCIAL O INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. EN EL CASO DEL MILITAR ARDILA ARDILA ES AFIRMATIVO, LAS SECUELAS Y ENFERMEDADES CAUSADAS ALGUNAS DIAGNOSTICADAS Y PARCIALMENTE TRATADAS SON HIPOACUSIA BILATERAL NEUROSENSORIAL QUE SE INICIÓ COMO LO DICE EL INFORME ADMINISTRATIVO EN UNA PRUEBA DE POLÍGONO, DONDE ESTANDO ÉL NO SE LE DIO LOS EQUIPOS DE PROTECCIÓN AUDITIVA PARA UN RUIDO MAYOR DE 85 DESNIVELES, EN ESE MISMO INSTANTE FUE REMITIDO A SANIDAD MILITAR DONDE SE LE CONFIRMÓ EL TRAUMA ACÚSTICO. POSTERIORMENTE ESTA PATOLOGÍA SE CLARIFICÓ MUCHO MÁS EL DIAGNOSTICO TANTO DENTRO DE LAS FUERZAS ARMADAS CON MÚLTIPLES EXÁMENES DE AUDIOMETRÍA QUE REPOSAN EN EL EXPEDIENTE Y CONFIRMAN EL DAÑO NEUROSENSORIAL POR DAÑO ACÚSTICO DE ESTA PATOLOGÍA, FINALMENTE HUBO VALORACIÓN DE MÉDICO ESPECIALISTA CON ALGUNAS PRUEBAS DE AUDIOMETRÍA DE FORMA SUELTA PUEDE SER SUBJETIVA SE LE HICIERON PRUEBAS OBJETIVAS QUE NO TIENEN DUDA DE LA ALTERACIÓN COMO ES LA LOGO AUDIOMETRIA CONFIRMANDO EL DAÑO DE LA AUDICIÓN BILATERAL Y ADICIONALMENTE ACUFINOS QUE ES EL RUIDITO QUE QUEDA. SE SIENTE QUE QUEDA GENERALMENTE DESPUÉS DE UN TRAUMA. OBRA LA ALTERACIÓN CONFIRMANDO EL DAÑO DE LA AUDICIÓN BILATERAL. TERCERA CALIFICACIÓN UNA ARRITMIA CARDIACA SUPRA VENTRICULAR TATICARDIA PARA ACÚSTICA Y BLOQUEO INCOMPLETO EN RAMA DERECHA, ESTAS SON LAS CUESTIONES CARDIACAS QUE EL PRESENTA (...) SEÑOR JUEZ PREGUNTADO: : CON BASE EN QUE NORMATIVIDAD REALIZÓ SU DICTAMEN PERICIAL: CONTESTO. LA REVISIÓN APLICA EL CÓDIGO DE PROCESO ESPECIAL DE LAS PRUEBAS PERICIALES. 000. REGULA LA CALIFICACIÓN PSICOFÍSICA Y ADICIONAL 1471 DEL 2011 RELACIONADA CON REHABILITACIÓN INTERROGADA. PREGUNTADO: CONOCE USTED EN DEBIDA FORMA TANTO LA NORMATIVIDAD DEL DECRETO 94 DEL 89 COMO LA DEL 1507 DEL 2014: CONTESTO SI.... PREGUNTADO: (...) INDÍQUENOS PORQUE MOTIVO NO SE REALIZÓ NO SE REALIZÓ LA APLICACIÓN DE LA FÓRMULA QUE DA EL DECRETO 94 DEL 89 A EFECTOS DE ESTABLECER CUANDO SE TRATA DE MÁS DE UNA SECUELA. CONTESTO: (...) SI SE REvisa LOS ÍTEMS DE ENFERMEDAD NO ES UNA SUMA MATEMÁTICA Y LA CONOZCO BASTANTE. (...) EL DICTAMEN DE MÁS DE 44 % DE DISCAPACIDAD LABORAL. PREGUNTADO: SEÑÁLENOS QUE OBJETOS TANTO INTERNOS COMO EXTERNOS VALORA EL DECRETO, PARA EFECTOS DE DETERMINAR UNA DISCAPACIDAD LABORAL. CONTESTO: HAY QUE TENER EL DIAGNÓSTICO Y LA PATOLOGÍA QUE GÉNERO EN EL PACIENTE. (...) NO TODA ENFERMEDAD DEJA SECUELA. PREGUNTADO: PUEDE INDICARNOS CUÁL ES LA DIFERENCIA DE UNA VALORACIÓN BAJO EL DECRETO 94 DEL 89 A UNA VALORACIÓN BAJO EL DECRETO 1507 DE 2011: CONTESTO: EL GOBIERNO HA DEFINIDO DOS SISTEMAS EN ATENCIÓN EN SALUD QUE SON COMPLETAMENTE DIFERENTES EN LAS FUERZAS ARMADAS SI MIRAMOS UN POQUITO ESTO SE VA MÁS AL ÓRGANO NO A LA PARTE FUNCIONA , USTED NO VERÁ CASI EN ESTE DECRETO CALIFICADAS ENFERMEDADES MENTALES. VA EN CONTRA DE LO QUE DICE LA NORMA CONSTITUCIONAL, EL SER INTEGRADO TANTO EN SU PARTE FÍSICA COMO MENTAL, EN ESTA MODALIDAD QUE ES DEL AÑO 1989. (...) CAMBIA MUCHÍSIMO EL 1507. HAY QUE VER QUE TANTO ESTÁ REPERCUTIENDO NO SOLAMENTE EN LA PARTE DE LA DEFICIENCIA SINO EN LA PARTE LABORAL, LA DEFICIENCIA CALIFICA EL 50% Y LO OTRO EL 50% (...) HAY UN FACTOR LABORAL QUE LE ESTÁ AFECTANDO, EL DECRETO 1989 NO LO HACE, ES MUCHO MÁS AMPLIO AYUDA MÁS A LA PERSONA TIENE DOS CALIFICACIONES SI TUVIERAMOS SOLAMENTE LA DEFICIENCIA Y LA COMPARAMOS CON LA DE LAS FUERZAS ARMADAS SERÍA IGUAL, TIENE UN ERROR QUE SE LLAMA ERROR LABORAL, Y EL OTRO 50% HAY LA DIFERENCIA GRANDÍSIMA. (...) PREGUNTADO: SI SE HICIERA UNA VALORACIÓN BAJO EL DECRETO 1507 CUÁL SERÍA EL APROXIMADO EN VARIACIÓN AL TOTAL DE LA DISCAPACIDAD DEL SEÑOR ARIEL ARDILA, CONTESTO: PUEDE ESTAR VARIANDO MENOR UN 30% (...), PORQUE HAY NO SE CALIFICA LA PARTE DE LABORAL QUE ES TAN IMPORTANTE PORQUE HOY NO PUEDE TRABAJAR. (...) PREGUNTADO: LA ALTERACIÓN AL CORAZÓN USTED PUEDE PRECISARNOS SI SE TRATA DE UNA ENFERMEDAD

CONGÉNITA: LOS TRATADISTAS DE LAS TATICARDIAS DICEN QUE SON ENFERMEDADES MULTIFOCALES HAY MUCHOS FACTORES QUE LA PUEDEN INFLUENCIAR, ESTA ENFERMEDAD ES MÁS FRECUENTE EN PERSONAS DE 65 AÑOS, SE PUEDEN CORREGIR, ESTA ENFERMEDAD, SE PUEDE PRESENTAR, PERO CUANDO LE HICIERON LA PRUEBA DE INGRESO LE HICIERON TRES PRUEBAS ANTICIPADAS LE DEBIERON HABER ESCUCHADO, LA ARRITMIA DEBIÓ ESCUCHARLA EL MEDICO (...). PREGUNTADO: NOS HABLA QUE ES MULTIFOCAL CUALES PUDIERA SER LAS POSIBLES CAUSAS. CONTESTO: VIENE LA HEREDITARIA, VIENE LA HIPERTENSIÓN, LA ALIMENTACIÓN, LA OBESIDAD, LA VIDA SEDENTARIA, EL EJERCICIO DESARROLLADO EN FORMA INCONTROLADA. (...). EL DESPACHO ORDENA LA AMPLIACIÓN DEL DICTAMEN BAJO EL DECRETO 1507, EJERCICIO DIDÁCTICO SE CONCEDE 20 DÍAS."

Además se advierte que, dentro del trámite procesal, se surtió interrogatorio a la señora Luz Marina Ardila en audiencia de pruebas llevada a cabo el 22 de noviembre de 2019, solicitado por la parte demandada, de la que se sustrae:

"(.) PREGUNTADO: MANIFIESTE AL DESPACHO CUÁLES FUERON LAS CIRCUNSTANCIAS QUE USTED CONOCE DE LAS LESIONES EN DONDE EL SEÑOR ARDIL ARIEL PRESENTÓ LAS SUPUESTAS LESIONES QUE AQUÍ SE DEMANDAN; CONTESTO: ÉL INGRESO A LAS FILAS MILITARES EL 14 DE MARZO DE 2013, ÉL LO RECIBIERON, ÉL ESTABA BIEN DE SALUD, LE HICIERON TODOS LOS EXÁMENES Y ÉL ESTABA BIEN DE SALUD, Y ÉL YA SALIÓ DE PRESTAR SU SERVICIO MILITAR MUY ENFERMO, YA SE DIO CUENTA CUANDO EMPEZÓ A PASAR PAPELES PARA SOLDADO PROFESIONAL, ENTONCES AHÍ FUE CUANDO LO RECHAZARON Y QUE EL SUFRÍA DE LOS OÍDOS Y TENÍA UN PROBLEMA EN EL CORAZÓN, LO CUAL DE AHÍ PARA ACÁ ÉL HA VENIDO SUFRIENDO POR ESE MOTIVO Y YO TAMBIÉN, YO ME SIENTO MORALMENTE QUE NO, SE ME BAJA LA MORAL PORQUE EL PROBLEMA DEL CORAZÓN ES BASTANTE GRAVE, Y ÉL NO HA PODIDO TENER TRABAJO ESTABLE POR ESOS MOTIVOS, ENTONCES ÉL INGRESÓ BIEN Y CON BUENA SALUD Y NORMAL, CUANDO SALIÓ MAL Y ENFERMO. PREGUNTADO: FRENTE A LA HIPOACUSIA QUE ES LA ENFERMEDAD QUE AQUÍ SE DEMANDA, EL EJÉRCITO NACIONAL LE PRESTÓ ALGÚN SEGUIMIENTO MÉDICO O UN TRATAMIENTO POSTERIOR AL DIAGNÓSTICO DE LA ENFERMEDAD PARA SU RECUPERACIÓN. CONTESTO: SÍ, ÉL HA ESTADO SIGUIENDO ESE PROCESO, LE HICIERON UNA CIRUGÍA ALGO DEL CORAZÓN, ÉL NO SE HA RECUPERADO BIEN A COMO ES, NO SE PUEDE RECUPERAR BIEN, ÉL NO PUEDE TRABAJAR BIEN. PREGUNTADO: PARA LA FECHA DE LOS HECHOS AÑO 2014 CON QUIEN VIVÍA EL SEÑOR ARDILA, CONTESTO: ANTES DE PRESTAR SERVICIO ÉL VIVÍA CONMIGO DESPUÉS DE QUE SALIÓ DE PRESTAR SU SERVICIO MILITAR, ÉL HA LUCHADO MUCHO PARA INGRESAR A CUALQUIER EMPRESA, TRABAJO NO HA PODIDO, AHORA SE FUE PARA LA CASA VIVIÓ COMO UN AÑO CONMIGO SE LE DIFICULTÓ MUCHÍSIMO EN EL CAMPO, MÁS PORQUE ÉL SE FATIGABA, NO PODÍA CORRER, NO PIDA HACER UNA FUERZA, TANTO EJERCICIO, ÉL SE FATIGA MUCHÍSIMO, ÉL SE VINO PARA BOGOTÁ, EN ESTOS MOMENTOS ESTÁ EN BOGOTÁ NO LE DAN UN TRABAJO BIEN POR ESOS MOTIVOS, EL PASA PAPELES Y SIEMPRE LO RECHAZAN. PREGUNTADO: PARA LA FECHA CÓMO ESTABA CONFORMADA SU FAMILIA; CONTESTADO: EN ESE ENTONCES ESTABA CONFORMADO, SOMOS SIETE INTEGRANTES, AHORA ÉL SE VINO PARA ACÁ YA QUEDAMOS POCOS EN MI FAMILIA, ÉL TIENE UN HIJO, ELLA NO SE ENCUENTRA EN CONDICIONES, PARA SOSTENER, ESE HIJO TUVIMOS QUE HACER UN PROCESO, EN COMISARIA DE FAMILIA, SE LO ENTREGARON A MI HIJO, YO SOY LA QUE TENGO QUE VER POR ESE NIÑO, Y A MÍ SE ME DIFICULTA, YO TENGO QUE AYUDARLO CON DINERO PARA QUE SE SOSTENGA, EL ENCUENTRA TRABAJO POR UNOS DÍAS UNAS HORAS, TENGO QUE AYUDARLO Y APARTE A MI NIETO TAMBIÉN. PREGUNTADO: SEÑORA LUZ MARINA USTED DE SUS INGRESOS PERSONALES, HA TENIDO QUE SACAR DINERO PARA UNA RECUPERACIÓN O SOSTENIMIENTO EN OCASIÓN A LA HIPOACUSIA QUE ÉL MANIFIESTA QUE PADECE PARA VIVIR CON LA PÉRDIDA DE CAPACIDAD QUE SE LE PRESENTÓ POR LA HIPOACUSIA. CONTESTO: SÍ SEÑORA, ME HA TOCADO MANDARLE DINERO, PARA AYUDA DE PAGO DE ARRIENDO, ALIMENTACIÓN, MIENTRAS ÉL CONSIGUE TRABAJO Y ASÍ AHÍ LA VAMOS LLEVANDO. PREGUNTADO SEÑOR JUEZ: USTED SABE DÓNDE SU HIJO PRESTÓ EL SERVICIO MILITAR; CONTESTO: EN TOLEMADIDA. PREGUNTADO: CUÁNTAS VECES FUE USTED A VISITARLOS; CONTESTO: CUANDO FUE EL JURAMENTO DE BANDERA, ME QUEDABA DIFÍCIL, VIVO EN SANTANDER MUNICIPIO DE COROMORO. PREGUNTADO: CÓMO SE LLAMAN SUS HIJOS: EL

MAYOR ES ELBERTO ARDILA ARDILA, EL SEGUNDO ES ARIEL ARDILA ARDILA, TERCERA MARISBELIA ARDILA ARDILA CUARTO RUEBIELA ARDILA ARDILA Y QUINTO JHON JAIRO ARDIULA ARDILA, PREGUNTADO: SUS HIJOS TUVIERON LA OPORTUNIDAD DE VISITAR A ARIEL. CONTESTO: MI HIJO MAYOR, CUANDO FUE EL JURAMENTO DE BANDERA, NO VOLVIMOS MÁS. PREGUNTADO: CÓMO SE LLAMA EL PADRE DE ARIEL: EDUARDO ARDILA RIVERA. PREGUNTADO: ÉL A QUÉ SE DEDICA. CONTESTO: ES AGRICULTOR, PREGUNTADO: ÉL TUVO LA OPORTUNIDAD DE IRLO A VISITAR CONTESTO: CON ÉL VINIMOS CUANDO ÉL JURO BANDERA LOS 3 CON EL NIÑO PEQUEÑO. PREGUNTADO: USTED SE ENTERÓ MIENTRAS EL PRESTABA SERVICIO MILITAR QUE ÉL HABÍA SIDO ATENDIDO POR LOS MÉDICOS: CONTESTO: NO ME ENTERÉ. PREGUNTADO: CUANDO SE ENTERÓ DE ESO. CONTESTO: CUANDO EL EMPEZÓ A PASAR PAPELES POR SOLDADO PROFESIONAL. PREGUNTADO: CUÁNDO EMPEZÓ A PASAR PAPELES. CONTESTO: RECIÉN SALIÓ EL 14 DE MARZO DE 2014, PREGUNTADO: CUANDO USTED LO VIO LA PRIMERA VEZ QUE SALIÓ DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR EN QUÉ CONDICIONES LO VIO: CONTESTO: ÉL ESTABA TODO FLACO, ÉL DECÍA QUE SU ANHELO ERA SEGUIR AL SERVICIO MILITAR A LAS FILAS MILITARES, EL LUCHÓ Y NO LO LOGRÓ. PREGUNTADO: NOS INDICA USTED QUE NUNCA TUVO CONOCIMIENTO QUE LE TUVIERA O HUBIERA TENIDO UN EPISODIO EN QUE PRESENTÓ DOLOR EN SUS OÍDOS. CONTESTO: UNA VEZ UNA LLAMADA ME DIJO QUE LE DOLÍA MUCHÍSIMO LA CABEZA Y LOS OÍDOS PERO ÉL NO LE PRESTÓ ATENCIÓN HASTA QUE TERMINÓ SU SERVICIO MILITAR Y PRESENTÓ EXÁMENES PARA SEGUIR, Y FUE CUANDO LE DIJERON QUE NO PODÍA. PREGUNTADO: EN LA LLAMADA QUÉ MÁS LE COMENTO ÉL. CONTESTO: QUE LOS HACÍAN CORRER BASTANTE, MUCHO CALOR AGUANTAR MUCHA SED, ÉL SE SENTÍA COMO ABURRIDO LOS HABÍAN VOLTEASO, TODOS LOS DÍAS LES TOCABA CORRER Y HACER A VECES SE SENTÍA ABURRIDO, TODOS LOS DÍAS LES TOCABA CORRER Y HACER BASTANTE EJERCICIO. PREGUNTADO: QUÉ TAN FRECUENTE HABLABAN USTEDES POR TELÉFONO. CONTESTO: CUANDO ÉL TENÍA TIEMPO, CADA TRES DÍAS O OCHO DÍAS, DONDE YO VIVO ES DIFÍCIL LA SEÑAL, NO ENTRABA SEÑAL, TENÍA UNO QUE SALIR A UN SITIO ADECUADO, SI ÉL PODÍA HABLAR ÉL HABLABA, SINO UNO PERDÍA EL TIEMPO DE SALIR HASTA DONDE HABÍA SEÑAL. PREGUNTADO: SABE POR QUÉ LO RECHAZARON PARA SEGUIR LA CARRERA MILITAR COMO PROFESIONAL, QUE NO ERA APTO. USTED ESTUVO CON ÉL. CONTESTO: QUE ÉL HABÍA TENIDO UN PROBLEMA EN LOS OÍDOS Y DEL CORAZÓN, YO NO ESTUVE CON ÉL, UN AMIGO LE ESTABA COLABORANDO, PERO NO LO LOGRÓ, PORQUE ÉL ME COMENTABA QUE ÉL HABÍA SALIDO ENFERMO DE LOS OÍDOS Y DEL CORAZÓN. PREGUNTADO: SU HIJO A QUÉ EMPRESA HA PASADO PAPELES PARA TRABAJAR, CONTESTO: PARA MANEJAR TRANSMILENIO, CON UN AMIGO QUERÍA PASAR A LA POLICÍA INTENTO PASO UNOS EXÁMENES UN MEDIO AMIGO LE DIJO NO USTED NO LO RECIBEN QUE POR EL PROBLEMA NO LO IBAN A RECIBIR. PREGUNTADO: DE QUÉ VIVE: CONTESTO: AHORA ESTÁ MANEJANDO UN TAXI, UN RELEVO CON UN AMIGO UN DÍA O DOS DÍAS SE QUEDA LIBRE Y DESOCUPADO A LOS OCHO DÍAS, UN PRIMO TAMBIÉN LE PRESTA, LE DEJA UN TAXI PARA MANEJAR.

A través de memoriales radicado el 04 de octubre de 2019, la Dirección de Sanidad allegó Junta Médica Laboral No. 105991 del señor Ariel Ardila Ardila, del 14 de febrero de 2019, la que se resume así:

SITUACIÓN ACTUAL

A. ANAMNESIS

PACIENTE DE 24 AÑOS QUIEN ASISTE A SU JUNTA MEDICA EN CUMPLIMIENTO A REPARACIÓN DIRECTA PROFERIDO POR EL JUZGADO TREINTA Y UNO ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA CON No. RADICADO 110001333603120150079300 JUEZ PONENTE DRA CORINA DUQUE ALAYA, PACIENTE QUIEN REFIERE DOLOR Y DISNEA PERSISTENTE. REFIERE NO TENER HISTORIA CLINICA PREVIAS, PERO APORTA ESTUDIOS QUE LE REALIZARON PARA LA PRESENTACIÓN A LA ESCUELA DE SOLDADOS PROFESIONALES.

B. EXAMEN FISICO

INGRESA POR SUS PROPIOS MEDIOS TA: 120/70 FC 64 FR: 20C7C,

CONJUNTIVAS NORMOCROMICAS MUCOSA ORAL HUMEDA, C/P SIN AGREGADOS TERMICOS SIN SOPLOS ABD DEPRESIBLE NO DOLOROSO A LA PALPACIÓN NO MEGALLIA GU NORMOCONFIGURADOS EXT. LIMITACIÓN PARA LA FLEXIÓN DE FALANGE DISTAL DEL 5 DEDO MANO IZQUIERDA CICATRIZ DE 8 CM EN REGIÓN PALMRCOLUMNA SIN ALTERACIÓN SNC SIN DEFICIT.

CONCLUSIONES

- A. *DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES*
EPISODIOS DE PALPITACIONES Y DISNEA CON INICIO DE ESTUDIOS DESDE 28/07/2015 Y PRIMERA VALORACIÓN POR ELECTROFISIOLOGIA EL 14/09/2015 DONDE DIAGNOSTICAN POR TEST DE HOLTER TAQUICARDIA POR MOVIMIENTO CIRCULAR ORTODROMICO QUE REQUIRIÓ DE ABLACIÓN DE VIA ACCESORIA POSTERIOR LATERAL IZQUIERDA CON ECOCARDIOGRAMA TT CON FEVI 65% NORMAL THS CHAGAS NEGATIVO, PRUEBA DE ESFUERZO NEGATIVA CON ANTECEDENTES DE UN ELECTROCARDIOGRAMA DE 29/01/2014 DENTRO DE LÍMITES NORMALES VALORADO POR ELECTROFISIOLOGÍA CONTROLADO. - 2) ANTECEDENTE DE HERIDA EN 5 TO DEDO MANO DERECHA CON LESIÓN DEL TENDÓN FLEXOR DELS TO DEDO MANO DERECHA Y CICATRIX EN 5 TO DEDO MANO DERECHA SIN INFORMATIVO ADMINISTRATIVO POR LESIÓN NI HISTORIA CLÍNICA VALORADO POR ORTOPEDÍA CONTROLADO. - 3) EXPOSICIÓN AL RUIDO VALORADO POR AUDIOMETRÍA TONAL SERIADA QUE DEJA COMO SECUELA A) HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL OIDO IZQUIRDO (...) B) HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL OIDO DERECHO (...)
- B. *Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio*
INCAPACIDAD PERMANETE PARCIAL NO APTO.- PARA ACTIVIDAD MILITAR SEGÚN ARTICULO 68 LITERAL AY B DECRETO 0094/1989.
- C. *Evaluación de la disminución de la capacidad laboral*
LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DIECIOCHO PUNTO CINCUENTA Y CINCO POR CIENTO (18.55).
- D. *Imputabilidad del servicio*
AFECCIÓN 1. SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC) LESIÓN - 2 OCURRIO EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO LITERAL (A) (EC) AFECCIÓN -3 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL. LITERAL (BX EP).
- E. *Fijación de los correspondientes índices*
DE ACUERDO AL ARTÍCULO 47 DECRETO 0094 DEL 11 DE ENERO DE 1989, LE CORRESPONDE POR 1) NO HAY LUGAR A FIJAR INDICES TODA VEZ QUE NO HAY NEXO CAUSAL CON LA VIDA MILITAR CON ESTUDIO PREVIO QUE DEMUESTRA QUE DURANTE SU SERVICIO TENIA ACTIVIDAD CARDIACA NORMAL Y LESIÓN EN MANO NO TENEMOS SOPORTE DE LA HISTORIA CLINICA DE ATENCIÓN A DICHO EVENTO.
(...)

Conforme a la historia clínica allegada al plenario No. 1098409195 del señor Ariel Ardila Ardila, emitida por el Hospital Central la Dirección de Sanidad del Ejército⁶ de la que se analiza que toda la historia clínica versa sobre problemas coronarios con diagnostico taticardia supra ventricular, el Despacho considera que, tal como lo fue considerado por la parte demandada, en razón a que dicho aspecto nunca fue expuesto en los hechos de la demanda, dado que solo se hizo alusión a la afectación derivada de la lesión en los oídos, en aplicación del principio de congruencia, solo se estudiará la lesión causada por el hecho causado en el polígono de tiro que presuntamente causó la hipoacusia al demandante, pues en concordancia con uno de los principios de justicia rogada.

En el campo de la controversia jurídica, la decisión del juez encuentra su límite en las pretensiones y en los hechos aducidos en la demanda; por tanto no le es dable ni al juez

⁶ Folios 89 a 112

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.⁷

Así mismo, en relación con la presunta afección derivada de la lesión en un dedo de la mano derecha, tal aspecto tampoco fue sometido a controversia en los hechos de la demanda, por ende no puede ser objeto de estudio, por cuanto sale de la órbita de la competencia de los aspectos alegados en la demanda. Sin embargo, y en gracia de discusión, tal como se analizará con posterioridad, en todo caso, respecto de estas afecciones no obra prueba alguna que permita imputar responsabilidad.

Al encontrarse acreditado que, el señor Ariel Ardila Ardila resultó lesionado de hipoacusia el 13 de febrero de 2014, mientras realizaba la práctica de polígono constituye tal situación un daño antijurídico, en la medida que afectó injustificadamente el bien jurídico de la integridad personal.

Demostrada la existencia del daño, el Despacho establecerá si el mismo es atribuible a la Administración.

4.2. Imputabilidad

En cuanto al dictamen pericial aportado al proceso, el Despacho no dará validez al mismo, lo anterior, por cuanto el médico Enrique Ayala Pérez, en su experiencia profesional y especializaciones realizadas se encuentra la administración en seguridad social, el manejo gerencial y de recursos humanos, sin embargo no se allegó ningún documento que probara la experticia y experiencia en el campo de médico especializado respecto de las afecciones de audiometría y cardiología que serían las posibles patologías a tratar en el plenario, a efectos de determinar que las mismas devienen del actuar de la entidad demandada, máxime cuando el mismo no tuvo participación alguna en desarrollo de las actividades adelantadas por la víctima directa mientras prestó el servicio militar obligatorio.

Aunado lo anterior, debe ponerse de presente que, fue allegada el Acta de Junta Médica Laboral Militar de retiro practicada al señor Ariel Ardila Ardila, con fundamento en la tutela que este interpusiera para su práctica, documento público que no fue objeto de tacha, y en el que se realizó un estudio por parte de las correspondientes especialidades, a efectos de establecer el origen de las afecciones padecidas por el señor Ariel Ardila Ardila, aspecto del que se advirtió a las partes que el dictamen presentado por la parte actora estaría supeditado a la práctica de la valoración por parte de la Junta Médica Laboral, a efectos de establecer las afecciones que presuntamente sufrió el señor Ariel Ardila Ardila mientras prestó el servicio militar obligatorio.

No obstante lo anterior, el Despacho advierte que una vez revisadas las pruebas allegadas al proceso, en el informe administrativo firmado por el señor Ariel Ardila

⁷ Condigo de Procedimiento Administrativo y de lo Contenciosos Administrativo art. 173, 187

Ardila, se lee: *"el SLB (R) ARDILA ARDILA ARIEL en el cual manifiesta haberse desempeñado como auxiliar en la comisión de armamento y tiro durante el desarrollo de los cursos de Lancero y que estando en alguno de los ejercicios de tiro no uso protección auditiva por lo cual los ruidos producidos por el sonido en el polígono le provocaron un fuerte dolor de oídos y cabeza"*, documento del que se pueda advertir las circunstancias de tiempo modo y lugar en las que se presentó el incidente y en la cual reconoce el señor Ariel Ardila que no usó protección auditiva estando realizando ejercicios de tiro.

En el caso objeto de estudio se observa Acta de Junta Médico Laboral No. No. 105991 de fecha 14 de febrero de 2019, en la que se indicó:

"D. Imputabilidad del Servicio

AFECCIÓN 1. SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC) LESIÓN – 2 OCURRIO EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO LITERAL (A) (EC) AFECCIÓN -3 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL. LITERAL (BX EP). "

Se tiene entonces que las lesiones sufridas por el señor Ariel Ardila Ardila, en relación a sus niveles de audición habrían sido causadas mientras se encontraba expuesto al riesgo propio del servicio militar en tanto cumplía con este deber constitucional, que contrario a lo afirmado por la entidad demandada no resulta ajeno a la actividad o servicio que causó el daño, por cuanto es producto de las actividades, las cuales son propias del servicio militar obligatorio.

En esa medida, la enfermedad que causó las lesiones al soldado Ariel Ardila Ardila resultan imputables a la entidad demandada, pues ocurrieron mientras prestaba su servicio militar obligatorio, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la entidad demandada por obligación constitucional, lo llevó al lugar donde adquirió la enfermedad sin que el mismo estuviera en la obligación de soportarla y sin que la parte demandada hubiera acreditado que, para la fecha de los entrenamientos, hubiera brindado los elementos auditivos de protección, y que fuese el señor Ariel Ardila Ardila, el que no haya dado uso a los elementos de protección.

Además, se tiene acreditado que, el soldado Ariel Ardila Ardila presentó la afección mientras prestaba su servicio militar obligatorio, pues para el 13 de febrero de 2014, fue valorado por la especialidad de audiología, en la que se confirmó la afección en sus oídos, pues su servicio militar obligatorio se prestó entre el 16 de marzo de 2013 al 8 de marzo de 2014 (fl.36 c2).

De manera que, el quebrantamiento en la salud que sufrió el señor Ariel Ardila Ardila en su audición, es imputable a la entidad demandada, pues el Estado contribuyó a la generación del daño, al permitir que se presentara una ruptura del equilibrio de las cargas públicas que debía soportar como ciudadano obligado a prestar el servicio militar obligatorio, al no brindar elementos de seguridad, y en todo caso, exponerlo a condiciones en las que su sistema auditivo se vio afectado por el uso de armas de fuego.

Ahora bien, tal como se indicó anteriormente, debe ponerse de presente que aun en gracia de discusión de estudiarse las demás afecciones presentadas por el señor Ariel Ardila Ardila, las que en todo caso no se adujeron en la demanda, relacionadas con las afectaciones cardíacas y la lesión en un dedo de la mano derecha, no obra prueba alguna dentro del expediente que indique que las misma tuvieron su origen con fundamento en la prestación del servicio militar obligatorio.

En efecto, en lo referente a la afectación cardíaca, conforme a las valoraciones realizadas por la Junta Médico Laboral, se concluyó que, dado los anteriores exámenes tomados al señor Ariel Ardila Ardila, estas se encontraban dentro de límites normales valorado por electrofisiología. En este punto, a diferencia de lo señalado por el dictamen particular, cuyas valoraciones carecen de idoneidad, dada la falta de acreditación de experiencia en la rama específica, no existe ninguna evidencia ni soporte documental, que permita relacionar las afectaciones cardíacas a la prestación del servicio militar obligatorio, máxime cuando este tipo de afectaciones por lo general tienen su origen de manera congénita.

Por su parte, en relación con la herida en el dedo de la mano derecha, no existe prueba alguna que evidencie que esta tuvo su origen con actuaciones desarrolladas al interior de la institución castrense, motivo por el que, al carecer de elementos probatorios, no resulta posible imputar responsabilidad a la entidad demandada por estas afectaciones, máxime cuando no fue solicitado su reconocimiento en la demanda, pues no puede considerarse por el solo hecho de haber indicado de manera general todas las afectaciones en las pretensiones, que el juez no deba interpretar los hechos, más aun, cuando se trataban de afectaciones que se aduce se causaron con anterioridad a la presentación de la demanda.

Asimismo, precisa el Despacho que al tenor de lo consagrado en el artículo 167 del CGP según el cual “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, constituía una carga procesal para la parte actora demostrar lo imputado en la demanda a partir de lo que, se pretendía la declaración de responsabilidad patrimonial de la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por las demás afecciones diferente a la perturbación en la audición del señor Ariel Ardila Ardila.

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 las lesiones en la audición que sufrió el joven Ariel Ardila Ardila con ocasión de las actividades desarrolladas mientras prestaba su servicio militar obligatorio, procediendo el pago de los perjuicios establecidos por la parte actora.

Establecida la responsabilidad de la demandada por las lesiones sufridas por Ariel Ardila Ardila, procederá el despacho a efectuar la correspondiente.

5. Liquidación de los perjuicios

5.1. Perjuicio moral

Estando demostrada la ocurrencia de la lesión y las circunstancias en que se produjo, el Despacho encuentra como probado el daño moral sufrido por la familia del señor Ariel Ardila Ardila, en tanto acreditaron sus lazos con los registros civiles de nacimiento, en calidad de padres y hermanos.

Por tanto, ha de aplicarse lo dispuesto por el Consejo de Estado⁸, quien ha señalado en la jurisprudencia de unificación para la liquidación de perjuicios morales, frente a la

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31.772

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

Sin embargo, para efectos de tasar los perjuicios solicitados, no se dará valor al porcentaje de disminución de capacidad laboral lo consignado en el Acta de Junta Médico Laboral No. 105991 del 14 de febrero de 2019, correspondiente al 18.55%, pues se considera prudente señalar que, dicha valoración no recoge todos los ámbitos comportamentales en un entorno ordinario laboral, en la medida que el Decreto 94 de 1989 a diferencia del Decreto 1507 de 2014, se limita únicamente al ámbito de la lesión y no a los demás componentes tanto como sociales y comportamentales que se deben tener en cuenta en la valoración. Esto es así, en la medida que el Decreto 94 de 1989 se instituyó para efectos de reconocer acreencias prestacionales a favor de miembros de la fuerza pública.

En ese orden de ideas, al no acreditarse la pérdida de la capacidad laboral del señor Ariel Ardila Ardila, por las lesiones en su cara tórax y abdomen bajo el Decreto 1507 de 2014, considera este Despacho que de conformidad a lo previsto en el artículo 193 del CPACA, la condena debe ordenarse en abstracto, con el fin de que en trámite incidental, que deberá promover el interesado, se aporte la correspondiente valoración que realice la Junta Regional de Calificación de Invalidez para su respectiva valoración, con fundamento en los documentos que reposan en el expediente y con base a ella, se determine el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del señor Ariel Ardila Ardila únicamente por su afección auditiva, bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y a partir de la misma se proceda a tasar el monto de los perjuicios morales sufridos por el citado soldado regular, bajo los parámetros y niveles establecidos en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014 al interior del proceso 1999-00326 (31172), en proporcionalidad al grado de discapacidad y los topes del rango que se acredite, como resultado de una regla de tres.

Es preciso indicar que, en sentencia de tutela el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: William Hernández Gómez de 27 de Junio de 2019 número: 11001-03-15-000-2018-02795-01 Actor: Julián Andrés Flórez Jiménez Demandado: Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, precisó lo siguiente frente al tema en particular

“(...) [A] pesar de que la autoridad judicial encontró acreditado que la lesión abdominal del [factor] se causó durante la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo, la cual le generó una disminución de capacidad laboral del 23%, se abstuvo de ordenar la reparación integral del daño antijurídico, con lo cual impidió la efectividad de la justicia material. La decisión adoptada por el Tribunal obedeció a que en su criterio el Acta de la Junta Médica Laboral no daba cuenta de la pérdida de capacidad laboral en el ámbito civil, es decir, por fuera de la actividad militar (...) [Es indiscutible que no puede equipararse la valoración de la capacidad psicofísica que realiza la Junta Médica Laboral Militar o de Policía a uno de los miembros de la Fuerza Pública, a la que realiza la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez, puesto que los primeros requieren de especiales aptitudes físicas para prestar el servicio, ello, en consideración a la naturaleza propia de sus labores. Interpretar la norma de manera distinta, implica dar por sentado que hasta con tener las mismas condiciones físicas de cualquier persona para ser incorporado y permanecer en el servicio de la Fuerza Pública. Dichas estas consideraciones, no queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del [factor] en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario]”

Es así que, en los términos de la decisión transcrita y en el caso bajo estudio, para el Despacho no resulta suficiente para el reconocimiento de los perjuicios solicitados, la valoración realizada por la Junta Médico Laboral en tanto considera que, debe aplicársele los parámetros del Decreto 1507 de 2014.

Así las cosas, considera este Despacho que de conformidad a lo previsto en el artículo 193 del CPACA, la condena debe ordenarse en abstracto, con el fin de que en trámite incidental, que deberá promover el interesado, se aporte la correspondiente valoración que realice la Junta Regional de Calificación de Invalidez para su respectiva valoración, con fundamento en los documentos que reposan en el expediente y con base a ella, se determine el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral del señor Gustavo Adolfo Piza Reyes bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y a partir de la misma se proceda a tasar el monto de los perjuicios morales sufridos por el citado soldado campesino, a sus padres y hermanos, bajo los parámetros y niveles establecidos en la sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014 al interior del proceso 1999-00326 (31172), en proporcionalidad al grado de discapacidad y los topes del rango que se acredite, como resultado de una regla de tres, en la que se determine a cuantos salarios equivale el porcentaje reconocido por la Junta Regional, teniendo en cuenta el tope máximo de salarios del rango en que estaría inmerso conforme a la tabla del Consejo de Estado.

Esto último, 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.

(...) 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 I 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”

5.2. Daño a la salud

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que, la lesión que sufrió el Ariel Ardila Ardila, solamente generó afectación a este, de suerte que no resulta procedente el reconocimiento a sus familiares, pues no se acreditó en qué forma la afectación de la víctima directa generó detrimento a su salud como daño a ser indemnizado

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 este perjuicio, por cuanto no se logró acreditar el daño a la salud alegado los aquí demandantes, y se **negará**.

Finalmente, en atención a que, para la fecha de expedición de esta sentencia dos de los menores demandantes ya son mayores de edad, esto es, Rubiela Ardila Ardila y María Isbelia, la condena se dispondrá directamente a su favor, y no de Luz Marina Ardila Rivera, quien continúa con la representación del menor Jhon Jairo Ardila Ardila.

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 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 la 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 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.

7. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada Nación -Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional por los perjuicios causados a los familiares del señor Ariel Ardila Ardila, con ocasión de las lesiones auditivas sufridas mientras prestaba el servicio militar obligatorio, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenar en abstracto a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a pagar a los demandantes Luz Marina Ardila Rivera y actuando en representación de Jairo Ardila Ardila; Rubiela Ardila Ardila, María Isbelia Ardila Ardila, Jhon Eduardo Ardila Rivera y Eliberto Ardila Ardila, los **perjuicios morales** reconocidos en la presente sentencia, los cuales deberán liquidarse por la parte demandante en el término señalado en el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011, mediante trámite incidental en el que se tasen los perjuicios reconocidos a favor de los demandantes, de acuerdo con las reglas establecidas en la parte motiva de esta providencia, y aportando la prueba idónea que establezca la pérdida de capacidad laboral, esto es, el Acta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá bajo los parámetros del Decreto 1507 de 2014 y en proporcionalidad al grado de discapacidad y los topes del rango que se acredite como resultado de una regla de tres, en la que se determine a cuantos salarios equivale el porcentaje reconocido por la Junta Regional, teniendo en cuenta el tope máximo de salarios del rango en que estaría inmerso conforme a la tabla del Consejo de Estado.

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

ctr



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362015-00892 00
Demandante :	María Feniber Verjan y Otros
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 39**

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, María Feniber Verjan, Jorge Mario Moreno Pinzón, Camilo Moreno Verjan, July Katherin Amaya Verjan y Mélida Cubillos 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 y posterior muerte del señor Jean Sebastián Moreno Verjan, 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.62-100 c. principal).

1.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, el día 29 de noviembre de 2014, encontrándose en desarrollo de actividades militares, luego de presentarse una confusión en la tropa, el soldado regular Diego Fernando Pinzón Medina efectuó un disparo, el que posteriormente impactó en la parte superior del glúteo izquierdo del señor Jean Sebastián Moreno Verjan.

En virtud de lo anterior, el señor Jean Sebastián Moreno Verjan fue trasladado a la unidad médica del Hospital de Sogamoso (Boyacá), y posteriormente remitido al Hospital Militar Central, en donde luego de ser sometido a diversas intervenciones quirúrgicas, falleció el 15 de diciembre de 2014.

1.3. Contestación de la demanda.

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 23 de febrero de 2017, la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Precisó que, en el expediente no obraba prueba con la que se determinara que permitiera imputar responsabilidad a la entidad, puesto

que el daño fue causado por un tercero, el señor Diego Fernando Pinzón Medina, sin permiso de ningún superior e inobservando las normas de seguridad, emitió un disparo y lesionó al señor Jean Sebastián Moreno Verjan (fls.107-118 c1).

1.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 15 de diciembre de 2015, y seguidamente, mediante auto del 14 de julio de 2016 se admitió la demanda (fl. 103 c1).

El 8 de agosto de 2018 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 145-147 c1).

Posteriormente, el 2 de octubre de 2018, 23 de mayo, 18 de julio y 15 de agosto de 2019, se adelantó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fl. 364-373 c1).

1.5 Alegatos de conclusión.

Mediante escrito del 23 de agosto de 2019 la parte actora precisó que, con fundamento en lo probado en el expediente, el fallecimiento del señor Jean Sebastián Moreno Verjan se produjo mientras este prestaba el servicio militar obligatorio, motivo por el que, la entidad debía responder por los perjuicios causados por dicho suceso (fl.374-385 c1).

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 del fallecimiento del señor Jean Sebastián Moreno Verjan mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

2.3. 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 actora, cuyo origen deviene del fallecimiento del señor Jean Sebastián Moreno Verjan, 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.

2.4. 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 onisiva, 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.

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 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 deha 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

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.

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 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.

3. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, por las lesiones y posterior fallecimiento del señor Jean Sebastián Moreno Verjan circunstancia que presuntamente acaeció producto del disparo con arma de fuego que accidentalmente efectuara otro soldado regular, mientras se encontraban prestando el servicio militar obligatorio.

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.

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

- Obra copia de la historia clínica del señor Jean Sebastián Moreno Verjan por parte

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

del Hospital Militar Central, en la que se indicó:

30/11/2014

PACIENTE MASCULINO DE 18 AÑOS QUIEN ES REMITIDO DE SOGAMOSO, POR PRESENTAR CUADRO CLÍNICO DE 14 HORAS DE EVOLUCIÓN DE HERIDA POR PROYECTIL EN REGIÓN DE ARMA DE FUEGO MIENTRAS SE ENCONTRABA DE SERVICIO (SIC), QUE INGRESÓ EN REGIÓN SUPERIOR DE GLÚTEO IZQUIERDO CON ORIFICIO DE SALIDA EN REGIÓN INGUINAL DERECHA CARA INTERNA CON COMPROMISO DE LA ARTERIA FEMORAL DERECHA Y DEL COLON. SE LE REALIZO LAPAROTOMIA, EXPLORACION DE VASOS FEMORALES Y LIGADURA DE LA ARTERIA FEMORAL DERECHA, ADEMÁS DE COLOSTOMÍA, TRANSFUSIÓN DE 2 UGRE Y 3 UNIDADES DE PLASMA, INGRESA INTUBADO SATURANDO 99%, CON MANEJO INOTRÓPICO CON NOREPINEFRINA Y ADRENALINA. SEDACIÓN CON FENTANIL Y MORFINA. REFIEREN COMPROMISO DE CIRCULACIÓN EN MID.

(...)

01/12/2014

PACIENTE EN MUY MAL ESTADO GENERAL, CON DOBLE SOPORTE VASOPRESOR, EN BIPAP CON FALLA RENAL, COAGULOPATICO EN LOS PARACLÍNICOS PERO SIN EVIDENCIA DE SANGRADO. ALTO RIESGO DE MORBIMORTALIDAD A CORTO PLAZO. SE COMENTA CON PRÓTESIS Y AMPUTADOS Y SE DECIDE PASAR A CX A DESARTICULACIÓN DE CADERA IZQUIERDA. CON ALTÍSIMO RIESGO DE FALLECER, PERO SU ÚLTIMA OPORTUNIDAD.

(...)

07/12/2014

ANÁLISIS Y PLAN: PACIENTE MASCULINO DE 18 AÑOS DE EDAD CON HERIDA POR PROYECTIL DE ARMA DE FUEGO CON IMPORTANTE COMPROMISO MUSCULOESQUELÉTICO, VASCULAR Y ABDOMINAL QUE OBLIGO A MÚLTIPLES INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS Y EN ESPECIAL A COLOSTOMÍA Y AMPUTACIÓN DE MID PROGRESANDO A FALLA ORGÁNICA MÚLTIPLE ANTE CHOQUE SOPORTADO PERO EN ESPECIAL CON FALLA RENAL AGUDA QUE ESTÁ EN MANEJO POR NEFROLOGÍA CON HEMODIAFILTRACIÓN VENENOSA CONTINUA. VENTILACIÓN MECÁNICA INVASIVA. YA SIN EL PREVIO SOPORTE VASOPRESOR. CID Y SANGRADO DIGESTIVO CON ANEMIA SEVERA CORREGIDA. LA PERFUSIÓN SIEMPRE ESTUVO COMPROMETIDA POR EL ESTADO DE CHOQUE QUE VA MEJORANDO Y POR ENDE HAY GRAN DISFUNCIÓN MULTIORGÁNICA CON ESPECIAL COMPROMISO RENAL, HEPÁTICO, INTESTINAL Y CEREBRAL. SIRS ACTIVO Y ALTO RIESGO DE MORBIMORTALIDAD LO QUE SE HA INFORMADO A FAMILIARES. ANTE NUEVO LAVADO QUIRÚRGICO EN ABDOMEN HAY REFERENCIA DE HALLAZGOS RELEVANTES CON SEVERA ISQUEMIA NECROSIS MESENTÉRICA. CONTINUA MANEJO ANTIBIÓTICO DE AMPLIO ESPECTRO A LA ESPERA DE ANTIBIOGRAMAS. TERAPIA DE SEPSIS Y CHOQUE GUIADA POR METAS. NO HAY RESPUESTA NEUROLÓGICA POR LO QUE SE ORDENA TAC CEREBRAL SIMPLE Y VALORACIÓN POR NEUROLOGÍA. ASÍ MISMO SE SOLICITA TRAQUEOSTOMIA AL NO PREVEERSE EXTUBACIÓN PRONTA (ENCEFALOPATÍA POSTREANIMACION (2 PAROS) Y POSTCHOQUE). SE CONSIDERA DE PÉSIMO PRONOSTICO.

(...)

13/12/2014

PACIENTE CON INDICACIÓN DE UNIDAD DE CUIDADO INTENSIVO PARA SOPORTE VENTILATORIO MECÁNICO INVASIVO, EN CONTEXTO DE PACIENTE CON DIAGNÓSTICOS MENCIONADOS ARRIBA, QUIEN EVOLUCIONA EN MUY MALAS CONDICIONES GENERALES, CON CIFRAS TENSIONALES CON TENDENCIA AL A HIPOTENSIÓN, TAQUICÁRDICO, FEBRIL, CON SATURACIÓN DE OXÍGENO DENTRO DE LA NORMALIDAD, GASTO URINARIO ANÚRICO,

PACIENTE EN MUY MALAS CONDICIONES GENERALES, EN EL MOMENTO CON SIGNOS DE RESPUESTA INFLAMATORIA SISTÉMICA, PERSISTE CON LEUCOCITOSIS, FIEBRE, HIPOTENSIÓN POR LO CUAL CONSIDERO ESCALAMIENTO ANTIBIÓTICO A MEROPENEM 2 GR CADA 8 HORAS, CONTINUA MANEJO ANTIFÚNGICO POR GRANDES FACTORES DE RIESGO, SE INICIA DE NUEVO SOPORTE VASOPRESOR CON NORADRENALINA TITULABLE, CONCEPTO DE NEUROLOGÍA, EDEMA CEREBRAL IMPORTANTE, NO ES POSIBLE AUN DAR UN PRONÓSTICO NEUROLÓGICO POR LO CUAL SE CONTINUA MANEJO MEDICO INSTAURADO, VIGILANCIA HEMODINÁMICA Y VENTILATORIA Estricta. PRESENTÓ NEUMOTÓRAX ASOCIADO A COLOCACIÓN CATÉTER CENTRAL, SE DECIDIÓ COLOCACIÓN DE TUBO DE TORAX

(...)

15/12/2014

PACIENTE PRESENTA PARO CARDIORRESPIRATORIO NO RESPONDIÓ A MANEJO MEDICO EN UCI Y FALLECE A LAS 13*05HRS SE INFORMA A FAMILIARES

- Registro civil de defunción del señor Jean Sebastián Moreno Verjan, con fecha de fallecimiento 15 de diciembre de 2014.

Así las cosas, el Despacho advierte que, el señor Jean Sebastián Moreno Verjan presentó una herida con arma de fuego, y producto de la misma, luego de ser intervenido quirúrgicamente y sometido a una amputación de uno de sus extremidades inferiores, posteriormente falleció. Establecido el daño, se determinará si el mismo se originó con ocasión a la prestación del servicio militar obligatorio y por ende atribuible a la entidad demandada.

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.

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha señalado que³:

“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 (...).” Negrillas del Despacho.

En esa medida, frente a la imputabilidad de las lesiones señaladas, 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”*⁴.

³ Sentencia del 10 de agosto de 2005, dentro del expediente 15.445

⁴ 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

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, circunstancia que para el caso concreto se analizará en el correspondiente acápite.

Así las cosas, de las pruebas allegadas al proceso, está demostrado que en cumplimiento del deber constitucional previsto en el artículo 216 de la Constitución Política, el Jean Sebastián Moreno Verjan Romero ingresó al servicio militar obligatorio en condición soldado regular (fl.13 c1).

Se acreditó además que, el día 29 de noviembre de 2014 en desarrollo de sus funciones como conscripto, realizando un dispositivo de seguridad, dado un estado de pánico que se presentó en la tropa, el señor Jean Sebastián Moreno Verjan resultó lesionado a causa del disparo que le propinara el también soldado regular Diego Fernando Pinzón Medina.

En el Informe Administrativo por muerte 001 del 19 de enero de 2015 elaborado por el suboficial de recursos humanos y el teniente coronel del grupo de caballería mecanizado No.1, se determinó que dicha muerte ocurrió "En misión del servicio", y en este se indicó:

De acuerdo a lo informado por el señor CS RODRÍGUEZ MEDALLES PEDRO RAÚL (...) Los hechos ocurridos el 29 de noviembre 2014, en la vereda Salto Candelas del municipio de Pajarito (Boyacá), se efectuó movimiento a las 1830 horas a las coordenadas (...) llegando al sitio se realizó un registro al sector, culminando el registro se procede hacer un dispositivo de seguridad hasta las 2040. Terminada esta actividad se formó el personal con el fin de constatar personal y armamento, cartuchos de seguridad, se da lectura a la orden del día emitiendo las órdenes de carácter permanente, terminada esta actividad se ubican los centinelas y el personal pasa al descanso. Siendo aproximadamente las 21:30 horas el soldado regular Luis Fernando velandía Acevedo identificado con cédula de ciudadanía No.1.057.601. 363 que se encontraba descansando comenzó a gritar, esto causó pánico al personal de soldados, el soldado regular Jonathan Daniel Ochoa Moreno identificado con cédula de ciudadanía No. 1.095.827.615 al escuchar el grito del mencionado soldado sin ninguna autorización carga el fusil y hace un disparo al aire según lo que manifiesta el soldado Jonathan Daniel Ochoa Moreno. Posteriormente el soldado regular Diego Fernando Pinzón Medina identificado con cédula de ciudadanía 1052403711 al escuchar el disparo carga su fusil sin previa autorización del comandante de escuadra y dispara sin identificar un objetivo. De acuerdo ahora versión del soldado regular Diego Fernando Pinzón Medina manifiesta que disparó porque escucho disparos pero que no identificó claramente los que dispararon, en ese momento el soldado regular Jean Sebastián Moreno Verjan, identificado con cédula de ciudadanía número 1.052.407.328 gritaba desesperado diciendo "mi cabo me dieron, me dieron ayúdenme", me dirigí donde el soldado estaba herido encontrándolo con un impacto de arma de fuego sobre la parte superior del glúteo izquierdo, mencionado soldado se encontraba con el C3 JUAN GALINDEZ GONZALEZ, comandante de escuadra, se informó al señor sargento JAVIER ALFONSO RAMÍREZ SÁENZ comandante del pelotón Alazán 3 unidad adyacente informándole lo sucedido recibiendo el apoyo con el enfermero de combate prestándole los primeros auxilios al soldado regular Jean Sebastián Moreno verjan, De igual forma llegó una ambulancia de la unidad médica de pajarito Boyacá donde fue evacuado hasta el Hospital Regional de sogamoso. posteriormente debido a la gravedad fue evacuado al hospital militar central donde el día 15 13:05- Dic-2014 falleció de una disfunción multiorgánica severa - choque séptico.

En esa medida, frente a la imputabilidad de las lesiones señaladas, 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*⁵.

En efecto, la parte demandante acreditó la existencia del daño, consistente en la lesión que sufrió el señor Jean Sebastián Moreno Verjan en su glúteo izquierdo y su posterior muerte debido a dicho suceso, con ocasión al disparó de uno de sus compañeros, resultando en principio imputable a la entidad, en tanto su origen deviene del servicio y razón del mismo, al ser una consecuencia obligada de la actividad y el medio en que se desarrollaba el conscripto, como lo es, el manejo de armamento durante la prestación del servicio militar obligatorio; configurándose un daño especial, por cuanto fue la entidad que lo expuso a las condiciones donde adquirió las lesiones ya referidas.

Para el Despacho, es posible concluir que las afecciones sufridas por la parte actora se produjeron por una causa atribuible a la entidad, en cuanto tuvo su origen en la prestación del servicio militar obligatorio del señor Jean Sebastián Moreno Verjan, toda vez que la Entidad, por la obligación constitucional expuso al soldado al manejo de armamento, que permiten atribuir fácticamente tales afecciones al servicio militar obligatorio, debiendo por ende responder la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por las lesiones y posterior muerte del señor Jean Sebastián Moreno Verjan, máxime cuando se acredita que el accionante sufrió una afección durante el servicio militar obligatorio por la culpa de otro soldado.

Contrario a lo argumentado por la apoderada de la demandada, el Despacho encuentra que el Ejército Nacional resulta jurídicamente responsable, como quiera que las lesiones se provocaron durante la prestación del servicio militar obligatorio, estando bajo el amparo de la demandada, sin que sea posible desligar las lesiones del conscripto de la actividad de la Administración, toda vez que la víctima ingresó en buenas condiciones de salud y tuvo que padecer las molestias, el dolor y pérdida de su vida, por cumplir con el deber de prestar el servicio militar, sin que sea de recibo exonerar a la entidad, ya que el soldado 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.

En todo caso, para corroborar si el Estado es responsable del daño sufrido por la parte actora, se debe precisar que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado⁶, sus actuaciones sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público y cuando se alegue la participación de un funcionario público, la simple calidad del mismo 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.⁷

Por lo anterior, para establecer los límites entre el nexo con el servicio y responsabilidad del Estado, se deben también analizar y valorar las particularidades de cada caso concreto, como quiera que el vínculo instrumental, funcional u ocasional, por sí mismo, no compromete la responsabilidad patrimonial del Estado, por ello, el Consejo de Estado, en sentencia del 17 de julio de 1990, expediente 5998, formuló el siguiente test de conexidad, con fundamento en la doctrina extranjera, sin que ello quiera decir que siempre que el hecho ocurra dentro de cualquiera de aquellas circunstancias, necesariamente se vea comprometida la responsabilidad de la administración, pero si resultara que el Juez, en primer término, tenga mejores elementos de juicio para inferir que existió o no responsabilidad patrimonial del Estado:

⁵ 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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del dos de noviembre de 2016. C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo. Exp. 50642

⁷ Consejo de Estado, sentencia de 2 de mayo de 2007, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp. 16743

¿Advino el perjuicio en horas del servicio, en el lugar o con instrumento del mismo? La respuesta a esta incógnita se resuelve con base en el informativo administrativo por muerte rendido el 15 de enero de 2015, que da cuenta que el soldado regular Jean Sebastián Moreno Verjan resultó lesionado en el servicio, por causa de heridas ocasionadas por el accionar del arma de dotación del soldado Diego Fernando Pinzón Medina. Lo anterior indica que, el soldado estaba en horas del servicio, en el lugar del mismo, y que el daño causado fue con el fusil de dotación que portaba el soldado Diego Fernando Pinzón Medina.

¿El agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio o bajo su impulsión? La respuesta a este interrogante resulta positiva, puesto que, del acervo probatorio se extrae que el suceso fue causado por la imprudencia del también conscripto Diego Fernando Pinzón Medina mientras realizaban un dispositivo de seguridad, esto es, que se encontraba en servicio y en desarrollo de las funciones propias del servicio militar obligatorio, pues fue en razón al estado de pánico que se generó por cuenta de unos gritos, que el mismo accionó su arma de dotación, que si bien no tuvo la intención de lesionar a un compañero, este fue el resultado accidental de dicho accionar, situación que a todas luces configura responsabilidad de la entidad, en tanto le corresponde la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen.

Al respecto, obra copia de la investigación disciplinaria que se adelantó con ocasión de los hechos del 29 de noviembre 2014, en el que mediante auto del 9 de diciembre 2014 se ordenó la apertura de investigación disciplinaria.

En desarrollo de dicha investigación, se tomaron diversas declaraciones juramentadas, de las que se resaltan las siguientes:

- Declaración juramentada rendida por el cabo segundo Pedro Raúl Rodríguez Medalles quien indicó que realizando un dispositivo de seguridad y dando las órdenes del día, recalcó al personal los ángulos de tiro en el núcleo de resistencia y el decálogo de seguridad, y en desarrollo de dicho dispositivo, el soldado Velandia Acevedo al parecer sufrió una pesadilla y de un momento a otro empezó a gritar de forma desesperada y alarmante.

Que a causa de dichos hechos, soldado Jonathan Ochoa Moreno se asustó y pensó que era algún ataque del enemigo, y sin ninguna autorización cargó el fusil e hizo un disparo hacia el aire, producto de ello, el soldado Diego Pinzón Medina, que no se encontraba en el dispositivo, se levantó asustado y también disparó, y momento después, el soldador Jean Sebastián Moreno Verjan manifestó que se encontraba herido, para lo que después de calmar el fuego se acercó al mismo y lo encontró con un impacto en la parte superior de la nalga.

- Declaración del soldado regular Jonathan Daniel Ochoa Moreno quien indicó que una vez se realizó el dispositivo de seguridad, después de escuchar unos gritos, entró en crisis y se asustó, y para alertar a la tropa cargó su arma y disparó al aire, y posteriormente vio al soldado Moreno que estaba tirado con un impacto de bala en la nalga.
- Declaración del soldado regular Diego Fernando Pinzón Medina quien indicó que cumplía con sus funciones y una vez tomadas las medidas de seguridad impartidas, escuchó unos gritos y cargó el arma porque estaba muy asustado, y considerando que se había metido el enemigo, tomó la reacción de efectuar un disparo pues no veía nada, porque todo estaba oscuro, aspecto que generó que cayera hacia atrás, y a al levantarse vio que salió de la maraña el soldado Moreno, quien posteriormente realizó llamadas de auxilio por encontrarse herido. Finalmente adujo que era muy allegado

con el soldado Moreno, por cuanto junto con el soldado Ochoa estudiaron en el mismo Instituto y eran amigos porque vivían en el mismo barrio

Mediante auto del 22 de julio 2015, se dispuso el archivo de la investigación por considerarse que con fundamento en las pruebas recaudadas, se generó un estado de pánico generalizado, lo que no se dio a la inexperiencia del personal, quienes habían recibido toda la formación militar y no reaccionaron de acuerdo a las lecciones aprendidas, porque aun cuando en el sector existía información que había presencia del enemigo, no fue correcto el accionar de los soldados. Por lo que se trató de un accidente en el que ninguno de los soldados tenía motivo alguno para querer causar daño a la vida e integridad del soldado Moreno, pues el disparo no se efectuó contra un objetivo determinado en condiciones de visibilidad mínimas, en un sector con posible accionar del personal militar.

Las respuestas a los anteriores cuestionamientos nos permiten deducir que están presentes los elementos de responsabilidad, es decir, una conducta activa de la Administración y el nexo causal entre esta y el daño, motivo por el cual es posible imputar dicho daño a la entidad pública demandada, toda vez que, se acreditó que la lesión en el glúteo y posterior fallecimiento ocurrió con ocasión de la prestación del servicio en cumplimiento de las funciones del servicio militar obligatorio.

En efecto, debe ponerse de presente que, en este caso si bien el disparo que causó la lesión y posterior muerte del señor Jean Sebastián Moreno Verján fue propiciado por el señor Diego Fernando Pinzón Medina, este no es un tercero ajeno a la entidad, pues se trató de otro soldado regular vinculado a la entidad demandada, quien en ejercicio de sus funciones accionó su arma de dotación, de manera que no se desvirtúa el vínculo de la entidad con el daño antijurídico.

Finalmente, en el evento de estudiarse el eximente de responsabilidad consistente en *culpa personal del agente*, el Despacho no encuentra configurado el mismo.

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 Estado⁸”.

Conforme al material probatorio allegado al proceso, no se allegó prueba que hubiese sido el querer del señor Diego Fernando Pinzón Medina, bajo un impulso desligado totalmente del servicio, el que lo llevó a que accidentalmente lesionara al señor Jean Sebastián Moreno Verján, pues se reitera, fue en servicio y con ocasión del mismo que sucedieron los hechos, más aún, cuando no obra prueba que indicara la existencia de enemistad entre estos, todo lo contrario, existían lazos de amistad, y en todo caso, por encontrarse la entidad en condición de garante de sus conscripto, debía garantizar la protección en la integridad y vida de estos.

Por consiguiente, si bien el daño causado al señor Jean Sebastián Moreno Verján fue producto de la acción tomada por su compañero Diego Fernando Pinzón Medina, esto implica que al

⁸ 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.

momento de ocurrir el hecho vulnerador, el Estado en cabeza de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, estaba en posición de garante, es decir, tenía el deber jurídico concreto de obrar para evitar un evento lesivo como el que ocurrió. Por lo anterior, el Estado figura como el principal responsable y es su obligación pagar los perjuicios que se presenten.

De manera que, el quebrantamiento en la salud que sufrió el señor Jean Sebastián Moreno Verjan, es imputable a la entidad demandada, pues, el Estado contribuyó a la generación del daño, al permitir que se presentara una ruptura del equilibrio de las cargas públicas que debía soportar como ciudadano obligado a prestar el servicio militar obligatorio.

3.1. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera positiva, por cuanto se acreditaron los elementos de responsabilidad de la entidad demandada respecto a las lesiones y posterior fallecimiento del señor Jean Sebastián Moreno Verjan, por cuanto la conducta desplegada por la entidad demandada repercutió en la producción del daño alegado.

4. Liquidación de los perjuicios

4.1 Perjuicios Morales

En el presente asunto, se solicitó el reconocimiento de perjuicios morales a favor de los señores María Feniber Verjan y Jorge Mario Moreno Pinzón (madre y padre de la víctima), Camilo Moreno Verjan y July Katherin Amaya Verjan (hermanaos), y Mélida Cubillos (abuela).

En relación a la prueba de la existencia del daño moral, se ha considerado que en los parientes del afectado, cuando se logra acreditar el parentesco, se presumen hasta el segundo grado de consanguinidad⁹ y primero civil, es decir, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañero(a) permanente. Lo anterior, teniendo en cuenta que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua.

Por lo anterior, es procedente el reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los demandantes por cuanto se ubican en el primer y segundo grado de consanguinidad y probaron el parentesco con el señor Jean Sebastián Moreno Verjan con los regístritos civiles de nacimiento obrante a folios 3 al 7 del cuaderno principal y dictamen pericial que corrobora el vínculo de consanguinidad de estos.

Ahora bien en relación al monto, se ha establecido una serie de parámetros por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia del 28 de agosto de 2014¹⁰, los cuales atienden el nivel de cercanía afectivo existente entre la víctima directa y quienes acuden al proceso como damnificados del hecho dañoso:

⁹ Sentencia del Consejo de Estado del 30 de junio de 2011, consejero ponente Danilo Rojas Betancourth. Cuando ha tratado el tema de la prueba de la existencia de los perjuicios morales en los parientes del afectado, esta Corporación ha considerado que el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente (Negrilla fuera de texto).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano.

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

Conforme a lo señalado, se reconocerán los valores solicitados en las pretensiones de la demanda, así:

PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LOS DEMANDANTES	
Jorge Mario Moreno Pinzón (<i>padre</i>)	100 SMLMV
María Feniber Verjan (<i>madre</i>)	100 SMLMV
July Katherin Amaya Verjan (<i>hermana</i>)	50 SMLMV
Camilo Moreno Verjan (<i>hermano</i>)	50 SMLMV
Mélida Cubillos (<i>abuela</i>)	50 SMLMV

Las anteriores sumas dadas en SMLMV, se entenderán como salarios mínimos mensuales legales vigentes para la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

4.2. Perjuicios materiales.

Lucro cesante.

Se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro.

Al respecto, se debe precisar que la Sección Tercera en sentencia de unificación sobre este aspecto señaló lo siguiente¹¹:

“Finalmente, debe tomarse en consideración que el fundamento de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil es doble: por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe. Esto significa que legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos¹².

Lo anterior significa que desde el punto normativo tampoco existen razones para presumir que los hijos entre los 18 y los 25 años contribuyen con el sostenimiento económico de sus padres, cuando la exigibilidad de esta obligación no surge por la simple relación de parentesco, sino que demanda la configuración de dos situaciones de hecho: por un lado que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena. Sentencia del seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005). Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-919 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar¹³. (Subrayado fuera del texto).

En este caso, no se probó que el señor Jean Sebastián Moreno Verjan hubiese formado una propia familia.

Sin embargo, no se acreditó que este colaboraba con el sostenimiento de sus padres ni tampoco que estos dependieran económicamente del mismo, es decir, que los padres del señor Jean Sebastián Moreno Verjan dependía económicamente de este por la imposibilidad de trabajar, a fin de ser indemnizado hasta la vida probable de estos, tal y como lo ha exigido el Consejo de Estado

De otra parte, el Despacho advierte que el núcleo familiar se encuentra conformado por 2 hijos más, de los que se presume están en edad de trabajar, pudiendo contribuir de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del alto tribunal de lo contencioso administrativo¹⁴

Por lo tanto, no es viable para la demandante el reclamo del lucro cesante consolidado y futuro, observando que no se probó su imposibilidad de trabajar, así como tampoco la dependencia exclusiva de estos respecto de su hijo Jean Sebastián Moreno Verjan, lo que dará lugar a que se niegue esta pretensión.

4.3. Daño a la salud

La parte actora solicitó el reconocimiento de este perjuicio, aduciendo que desde la órbita del daño psicológico, los padres de Jean Sebastián Moreno Verjan han presentado una gran depresión y trastorno mental por la pérdida de su ser querido.

Sobre el particular, en sentencia de unificación bajo el radicado 28.804, el Consejo de Estado precisó:

Por lo demás, se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de

¹³ Conforme al criterio empleado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias providencias: sentencias de 8 de junio de 2017, exp. 50352; de 11 de junio de 2015, exp. 33355; de 13 de noviembre de 2014, exp. 30753; y de 5 de abril de 2013, exp. 27281, todas con ponencia del suscrito magistrado ponente.

¹⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, 6 de abril de 2018, Exp. 46005 C.P: Danilo Rojas Betancourth

afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético¹⁵ (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual¹⁶, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.

En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso *sub lite*, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.

Con fundamento en lo anterior, si bien en los casos que se acredita una afectación psíquica hay lugar al reconocimiento de este tipo de perjuicios en las víctimas indirectas, en el presente caso, no se acreditó el daño psicológico causado a los padres de Jean Sebastián Moreno Verjan, que amerite ser un perjuicio indemnizado de manera diferente al perjuicio moral ya

¹⁵ Sobre la incidencia del componente estético como elemento del daño a la salud cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2011, radicación, 50001-23-31-000-1997-06394-01(18587). C.P. Gladys Agudelo Ordóñez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 6 de diciembre de 2013, radicación. 25000232600019990091701(24386). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 12 de diciembre de 2013, radicación 25000232600019961266101(27493). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo; y Sentencia de 29 de agosto de 2013, radicación 25002232600020040211301 (36725), C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

reconocido, motivo por el que, se negará el reconocimiento de este perjuicio.

4.4. Afectación a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados

En materia de indemnización por los daños ocasionados a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados, recientemente esta Corporación dispuso¹⁷:

“De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

REPARACIÓN NO PECUNIARIA		
AFECCIÓN O VULNERACIÓN RELEVANTE DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS		
Criterio	Tipo de Medida	Modulación
<i>En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados</i>	<i>Medidas de reparación integral no pecuniarias.</i>	<i>De acuerdo con los hechos probados, la oportunidad y pertinencia de los mismos, se ordenarán medidas reparatorias no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano.</i>

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

INDEMNIZACIÓN EXCEPCIONAL EXCLUSIVA PARA LA VÍCTIMA DIRECTA		
Criterio	Cuantía	Modulación de la cuantía
<i>En caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, cuya reparación integral, a consideración del juez, no sea suficiente, pertinente, oportuna o posible con medidas de reparación no pecunarias satisfactorias.</i>	<i>Hasta 100 SMLMV</i>	<i>En casos excepcionales se indemnizará hasta el monto señalado en este ítem, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado.</i>

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2015, exp. 26251.

En el caso concreto, la parte actora, indicó que se presentaba una afectación familiar que impactó en cada uno de los familiares de la víctima directa, lo que ocasionó la frustración de tener un ser querido y dolor en los demandantes, conforme lo ha sido señalado recientemente por el Consejo de Estado (sentencia del 29 de enero de 2016, radicado interno 38635), no se puede advertir la causación de un perjuicio a los demandantes que por este concepto merezca ser indemnizado, pues, por una parte, los menoscabos producidos -angustia, tristeza y dolor- son los que precisamente se pretenden resarcir con la indemnización por perjuicios morales ya reconocida, de suerte que dichos efectos nocivos están lógicamente derivados de la muerte de un ser querido, sin que tenga la entidad suficiente como para, en los términos de la precitada jurisprudencia contencioso administrativa de unificación, ser resarcidas preponderantemente por una medida de reparación no pecuniaria, ni mucho menos por una en dinero.

Así las cosas, se negará el reconocimiento de los perjuicios pretendidos por la parte actora.

4.5. Perjuicio moral transmisible

Revisada la demanda, se advierte que la parte actora solicitó el reconocimiento de perjuicios causados a la víctima directa que le fueron causados con ocasión del padecimiento que sufrió de forma previa a la consumación del hecho dañoso.

Al respecto se advierte que, el Consejo de Estado¹⁸ ha precisado:

“En esa oportunidad la Sala precisó que el perjuicio moral transmisible es aquel que, habiendo experimentado en vida la persona fallecida, le confirió el derecho a obtener una indemnización, crédito que “formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales condiciones”. Adicionalmente señaló que, para la reclamación de este crédito, los demandantes en reparación directa debían acreditar dos aspectos: “la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa, de una parte y, el título hereditario invocado, que [los] legitima en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para [su] reconocimiento”.

Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada sin sobresaltos tanto por el pleno de la Sección Tercera, antes de ser dividida en Subsecciones, como por estas últimas que, en síntesis, han considerado que el derecho a la indemnización de perjuicios puede ser reclamado “bien por su titular o por sus sucesores mortis causa, en cuanto continuadores de su personalidad, que ocupan la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por el fallecimiento”; tesis consonante con la sostenida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia”.

Adicionalmente, de tiempo atrás, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia sobre el tema y manifestó¹⁹:

“TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO A LA REPARACION DEL DAÑO MORAL- Unificación jurisprudencial - Esta Corporación, en ocasiones anteriores, se ha pronunciado en asunto similar que no idéntico, en relación con la imposibilidad de aceptar la transmisibilidad de la acción reparatoria en el caso de muerte instantánea o inmediata de la víctima, habiendo sostenido que, frente a dichas hipótesis, la muerte no puede ser causa de enriquecimiento y tampoco puede producir perjuicios al fallecido susceptibles de transmisión herencial, en el entendimiento de que ante el advenimiento o producción de la denominada muerte instantánea, la persona, víctima directa de la agresión, no alcanza a transmitir

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección B, sentencia del 29 de enero de 2016, Radicación número: 05001-23-31-000-2006-01559-01(38635), C.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁹ Sentencia de 10 de septiembre de 1998-Expediente No. 12.009 / Sentencia de 10 de marzo de 2005-Expediente No. 16.346.

ningún derecho, que pueda ser ejercitado por los sucesores; también se ha invocado, siguiendo las orientaciones de la Corte Suprema de Justicia, el carácter de "satisfacción equivalente", que tiene la indemnización del daño moral para la víctima, lo cual impediría en principio su transmisibilidad, más sin embargo, en cumplimiento del deber de unificar la jurisprudencia sobre el punto, es de advertir, que el caso presente, no da cuenta de una muerte instantánea, si no por lo contrario, de un perjuicio moral que habría experimentado la señora Alicia Gómez Aguirre madre de Luz Stella Gómez, quien murió por las balas perdidas durante el tiroteo dentro del operativo de policía adelantado por la entidad demandada. Dicho en otros términos, el hoy demandante invoca su calidad de heredero de la señora Alicia Gómez Aguirre, quien sobrevivió a la muerte de su hija por más de seis meses y quien en vida adquirió el derecho de indemnización por el perjuicio moral experimentado ante el deceso violento de su hija Luz Stella. Ese es el perjuicio moral que reclama el actor en su calidad de heredero de la madre de la víctima, quien en vida no alcanzó a accionar por su reconocimiento, aunque sí otorgó poder para tal efecto. Así las cosas, resulta oportuno distinguir, a la manera como lo ha hecho la doctrina y en ocasiones esta Corporación, entre los diferentes acontecimientos que pueden englobarse dentro del tema general de la transmisibilidad de la acción a los herederos, específicamente entratándose del perjuicio moral, señalando desde ahora que no se trata de la diferencia de acciones y perjuicios cuando se invoca iure proprio el perjuicio personal experimentado por la muerte de un ser querido, tema relativamente pacífico en doctrina y jurisprudencia, si no de la hipótesis en que iure hereditario se demanda con título de heredero, el perjuicio experimentado por el causante y transmitido sucesoralmente, de naturaleza moral. De conformidad con la orientación doctrinal a que se ha hecho referencia, se tiene que arribar a la conclusión que permite, acorde con los principios que informan la transmisibilidad de los derechos patrimoniales, al heredero ejercer las acciones que corresponderían a su causante. No tratándose en el caso presente de una muerte instantánea, si no muy por el contrario, de una hipótesis en la cual la víctima directa experimentó durante varios meses el perjuicio moral, a su muerte, dicho crédito indemnizatorio formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales condiciones. (Negrilla fuera del texto)

(...)En este punto debe tenerse presente que cuando se persigue el reconocimiento del crédito indemnizatorio originado en el daño moral experimentado por el de cuius al demandante le corresponde el acreditamiento, por los cauces probatorios idóneos, de dos hechos fundamentales: la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa, de una parte y, el título hereditario invocado, que legitima al demandante en el ejercicio de la pretensión indemnizatoria para el reconocimiento del perjuicio moral, aspecto éste último no acreditado en el presente proceso como que los documentos obrantes a folios 1 a 3 del cuaderno principal, no permiten inferir dicha calidad."

Así las cosas, al acreditarse por los demandantes en los términos del artículo 1045 del Código Civil, que tienen vocación hereditaria, en tanto que en el presente asunto los demandantes ostentan la calidad de padres, estos se encontrarían legitimados para reclamar, en nombre de la sucesión de Jean Sebastián Moreno Verjan – dentro del respectivo proceso de naturaleza civil-, la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales que aquel hubiere sufrido como consecuencia del hecho dañoso

Conforme al anterior criterio jurisprudencial, el Despacho encuentra que para el caso que nos ocupa se encuentra acreditado que, con ocasión a los hechos demandados desde el momento de la lesión, el estado de salud de Jean Sebastián Moreno Verjan fue bastante delicado, al punto que en la historia clínica se indicó el 1 de diciembre de 2014, que se trataba de un paciente en muy mal estado general con altísimo riesgo de y posterior a las intervenciones quirúrgicas se indicó que presentaba disfunción multiorgánica con especial compromiso renal, hepático, intestinal y cerebral, y alto riesgo de morbilidad, sin respuesta neurológica y se consideraba pésimo pronóstico, con necesidad de soporte ventilatorio, quien finalmente falleció el 15 de febrero por presentar un paro cardiorrespiratorio.

De manera que atendiendo el grave estado de salud que presentó el señor Jean Sebastián Moreno Verjan, a juicio de Despacho existen pruebas que permitan considerar los padecimientos que en vida sufrió, la víctima directa antes de su deceso.

Con fundamento en lo anterior, y conforme lo ha considerado la jurisprudencia en relación a que en caso de lesiones personales se presume la afectación moral, es claro los padecimientos que en vida alcanzó a soportar el señor Jean Sebastián Moreno Verjan. Razón por la que, dada la procedencia de la transmisibilidad del derecho a la reparación de perjuicios con fundamento en las particularidades del caso, el Despacho reconocerá una indemnización a favor de Jean Sebastián Moreno Verjan, –de su sucesión–, por concepto de perjuicios morales, el monto equivalente a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia (50 S.M.L.M.V). Esto último, dado que no se acreditó en el proceso que se hubiera iniciado la sucesión del señor Jean Sebastián Moreno Verjan y, por lo tanto, se desconoce si los demandantes son sus únicos herederos, de manera que la indemnización de los perjuicios que le hubiere correspondido al causante favorezca a su sucesión, sin individualizar los reconocimientos.

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 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 y que siempre tuvo la intención de conciliar; por lo que el Despacho fija como agencias en derecho el valor de cien mil pesos (\$ 100.000), la cual deberá pagar la parte demandada, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia, a la parte actora.

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: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la demanda Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por los perjuicios de que fue víctima la parte actora

con ocasión de la muerte del señor Jean Sebastián Moreno Verjan.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a los demandantes, por concepto de *perjuicios morales*, los valores que se señalan a continuación:

PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LOS DEMANDANTES	
Jorge Mario Moreno Pinzón (<i>padre</i>)	100 SMLMV
María Feniber Verjan (<i>madre</i>)	100 SMLMV
July Katherin Amaya Verjan (<i>hermana</i>)	50 SMLMV
Camilo Moreno Verjan (<i>hermano</i>)	50 SMLMV
Mélida Cubillos (<i>abuela</i>)	50 SMLMV

Así mismo, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la sucesión de Jean Sebastián Moreno Verjan (q.e.p.d.) – víctima directa -.

Las anteriores sumas dadas en SMLMV, se entenderán como salarios mínimos legales vigentes para la fecha de ejecutoria de la presente decisión.

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

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada y fijar como agencias en derecho, la suma de cien mil pesos (\$ 100.000), la cual deberá pagar la parte demandada, una vez quede ejecutoriada la presente sentencia, a la parte actora.

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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362016-0016900
Demandante :	Juan David Guette Oliver
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Ejército Nacional

REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 46

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, el señor Juan David Guette Oliver presentó 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 sufridas 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. 3 a 12 c. principal).

1.2 Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el 11 de julio de 2014, el señor Juan David Guette Oliver sufrió un accidente cuando se encontraba realizando labores de ranchero en el Batallón de Infantería No. 5 “Gral. José María Córdova”, en donde se le volteó un sartén con aceite caliente, sufriendo quemaduras que afectaron su región abdominal y miembro inferior derecho.

Adujo que, fue trasladado al establecimiento de sanidad, donde le brindaron los primeros auxilios, posteriormente trasladado a la clínica Mar Caribe, donde le diagnosticaron quemaduras del tronco de segundo grado en tobillo y pie derecho de segundo grado.

Afirmó que, las lesiones ocurrieron mientras prestaba su servicio militar obligatorio, y

desde ese suceso ha venido recibiendo tratamientos médicos y se encuentra incapacitado para desarrollarse como una persona normal, afectando su calidad de vida.

1.3 Contestación de la demanda.

Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 14 de agosto de 2017, la entidad demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Precisó que, no se podía afirmar que, por el hecho de estar prestando el servicio militar, no se puede aducir como un daño, y que no todos los daños que sufrían las personas en estado de conscripción, se debían imputar a la administración.

Adicionalmente precisó que, el demandante actuó sin observar las normas básicas y generales de autocuidado y auto protección que debía tener en su diario vivir, en una actividad como la que se encontraba realizando el soldado Juan David para el momento de los hechos, esto es de ranchero, manipulando aceite, la que estaba bajo la responsabilidad del demandante y debió actuar bajo las normas básicas de pericia.

Indicó que el daño alegado, se produjo practicando una actividad cotidiana que no requería experticia alguna para la prestación el servicio militar, y que hubiera podido suceder en cualquier contexto, por lo que, quedaba demostrado que el actuar del señor Juan David Guette Oliver, no guardaba ninguna relación con la actividad militar.

1.4 Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 12 de julio de 2016 (f. 15 c. principal), seguidamente, mediante auto de 13 de octubre de 2016 se admitió la demanda (f. 18 – 19 c. principal).

El 22 de octubre de 2018 se realizó la audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 78 a 80)

Finalmente, el 9 de julio de 2019, se adelantó en audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 115 c. principal).

1.5 Alegatos de conclusión.

1.5.1. El Demandante

Mediante escrito del 17 de julio de 2019, la parte demandante presentó escrito de alegatos de conclusión, en los cuales reiteró los argumentos esbozados en la demanda.

Solicitó que se accediera al reconocimiento de los perjuicios solicitados pues, aunque no se determinó una disminución a la capacidad laboral, sí existía un daño e historia clínica que indicaba que, existen secuelas que le dejó la lesión que sufrió, por lo que era evidente el daño que se le causó y los padecimientos físicos que ha tenido que soportar.

1.5.2. El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito del 18 de julio de 2019, la entidad demandada presentó escrito de alegatos

de conclusión.

Solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, debido a la falta de material probatorio, requisito indispensable a efectos de determinar la responsabilidad.

Refirió que, no se encontraba acreditada la lesión, el grado de afectación y mucho menos que la misma se hubiera causada con ocasión a la prestación del servicio militar obligatorio.

Finalmente indicó que, en el caso objeto de estudio, no se encontraban acreditados los elementos para endilgar responsabilidad a la entidad.

1.5.3. El agente del Ministerio Público 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 la indemnización de los perjuicios causados al demandante, con ocasión a las lesiones padecidas por el señor Juan David Guette Oliver mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

2.3. 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 actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el señor Juan David Guette Oliver, 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.

2.4. 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,

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.

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.

2.5. 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 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 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 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.

3. Caso en concreto

La parte actora señaló que, la entidad demandada debía responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, debido a las lesiones sufridas por el señor Juan David Guette Oliver,

se produjeron cuando el mismo estaba prestando el servicio militar obligatorio. 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:

3.1 Los elementos de responsabilidad

3.1.1. 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 (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.”³*
 (Negrilla fuera del texto)

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

- Historia clínica del señor Juan David Guette Oliver emitida por la Dirección General de Sanidad Militar - Ejército Nacional, No. 1081819164, cita prioritaria⁴:

De las valoraciones médicas realizadas se encuentra lo siguiente⁵:

“12/07/2019 MC: “Quemadura con aceite”

Paciente masculino de 19 años de edad, con cuadro clínico de 24 horas de evolución dado por quemadura con aceite de cocina en tronco abdominal derecho, pierna y pie, derecho, a su vez en pierna y pie derecho.

con flictenas. Refiere dolor niega fiebre.

X FR. Signos vitales, TA. /GX

Examen físico paciente actualmente álgido se evidencia en tronco abdominal, derecho, flictenas con pérdida cutánea, a su vez en pierna y pie derecho.

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

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

⁴ Folio 6 C2

⁵ Ibidem

IDX: Quemadura en abdomen y miembro inferior derecho de segundo grado.

Plan: Se decide remitir para valoración por medicina interna. "

Así mismo, reposa la historia expedida por la clínica Mar Caribe, en la que se evidencia que, el señor Juan David Guette Oliver ingresó el 12 de julio de 2014, con fecha de egreso el 18 de julio de 2014, y que indicó:

Diagnóstico: Quemadura tronco de segundo grado, quemadura del tobillo y del pie de segundo grado.

CONDICIONES DEL INGRESO:

ME QUEMÉ CON ACEITE

PACIENTE MASCULINO DE 19 AÑOS DE EVOLUCIÓN CON CUADRO CLINICO DE 24 HORAS DE EVOLUCIÓN CARÁCTERIZADO POR PESENTAR QUEMADURAS CON ACEITE EN REGIÓN ABDOMINAL Y EN MIEMBRO INFERIOR DERECHO, ADEMÁS REFIERE DOLOR, PACIENTE QUE ES REMITIDO DEL BATALLON A SERVICIOS DE URGENCIAS PARA MANEJO DE ESPECIALIDAD. (...)

3. Intervenciones- Procedimientos Quirúrgicos y/o especiales:

<i>Cirugías</i>	<i>Descripción</i>
<i>Cant</i>	<i>DESTRIDAMIENTO ESCISIONAL POR LESIÓN SUPERFICIAL</i>
<i>2</i>	<i>EN AREA ESPECIAL DE MAS DEL CINCO 5%</i>
<i>Médico EDISON ECHEVERIA</i>	<i>Especialidad Cirugía Plástica</i>

Escarectomia Avulsiva entre el 10% al 20 % de SUPERFICIE CORPORAL
Médico EDISON ECHEVERIA Especialidad Cirugía Plástica...

Descripción Quirúrgica:

ASEPSIA COLOCACIÓN DE CAMPOS QUIRURGICOS
SE REALIZA ESCARECTOMIA AVULSIVA DE LESIONES DE MIEMBROS SUPERIOR E INFERIOR DERECHOS (MUSLO Y PIE) PIE IZQUIERDO.

DESTRIDAMIENTO AMPLIO Y LAVADO QUIRURGICO EXHAUSTIVO DE LAS HERIDAS

HEMOSTASIA APLICACIÓN DE TRATAMIENTO TRICINJUG 3 CAPAS SUCESIVAS DE MERCURIO CROMO, ACIDO TANICO Y NITRATO DE PLATA, NO COMPLICACIONES. (...)⁶

Así las cosas, el Despacho advierte que, el señor Juan David Guette Oliver sufrió una afectación en su integridad, derivada de las quemaduras es su cuerpo en el área abdominal y sus piernas. Establecido el daño, se determinará si la misma se originó con ocasión a la prestación del servicio militar obligatorio y por ende atribuible a la entidad demandada.

En el caso bajo estudio, la parte actora hizo consistir el daño, en las quemaduras padecidas por el soldado regular Juan David Guette Oliver el 12 de julio de 2014 mientras prestaba el servicio militar, hecho del que no se levantó o por lo menos no se encontró el informe Administrativo, habiéndosele solicitado en repetidas ocasiones a la entidad demandada para que allegara el informe, sin embargo, si está probado que el hecho ocurrió mientras el

⁶ Folios 7 al 10 C2

soldado prestaba su servicio militar obligatorio, como consta en su historia clínica del demandante aportada al proceso.

En efecto, se indicó que se trataba de un paciente masculino de 19 años de edad, con cuadro clínico de 24 horas de evolución, dado por quemadura con aceite de cocina en área abdominal derecho, pierna y pie, derecho, a su vez en pierna y pie derecho.

Así mismo se encuentra probado que, la Dirección General de Sanidad remitió al señor Juan David Guette Oliver, para que fuera atendido para manejo de especialidad a la Clínica Mar Caribe, en la que le realizaron dos cirugías plásticas: desbridamiento escisional por lesión superficial en área especial de más del cinco 5% y escarectomía avulsiva entre el 10% al 20 % de superficie corporal, ingresando a la clínica el 12 de julio de 2014 y egresando el 18 de julio de 2018.

3.1.2. Imputabilidad

En la historia clínica se certifica que el día 12 de julio de 2014, ingresó el soldado regular David Guette Oliver por quemaduras con aceite de segundo grado en abdomen pierna y pie derecho, en primera atención por la Dirección General de Sanidad, y posteriormente remitido a la Clínica Mar Caribe para que fuera atendido por la especialidad de cirugías plásticas, en la cual estuvo hospitalizado del 12 de julio de 2014 al 18 de julio de 2014, y se le realizaron dos cirugías plásticas en las zonas afectadas por las quemaduras. (f 6 al 10 c de pruebas)

Por lo tanto, si bien no obra constancia de tiempo de servicios, la lesión que padeció el soldado regular Juan David Guette Oliver, se infiere que se causó en dicho periodo, pues de acuerdo con las historias clínicas las cirugías las realizó la Clínica Mar Caribe, fue atendido por remisión de la Dirección General de Sanidad Militar, el 12 de julio de 2014, cuando todavía se encontraba en servicio activo, máxime cuando la entidad demandada no refutó dicho aspecto.

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”*⁷.

No obstante lo anterior, si bien la lesión se causó mientras se encontraba prestando servicio militar, en tanto cumplía con este deber constitucional, contrario a lo afirmado por la parte actora, dicha circunstancia no resulta imputable a la entidad demandada, por cuanto es producto del desarrollo de una actividad cotidiana, de cuyas circunstancias de tiempo modo y lugar no se acreditaron que tuvieran como fundamento alguna irregularidad por la entidad demandada, pues se desarrolló mientras la víctima se desempeñaba como ranchero.

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

3.1.3. Sobre las excepciones propuestas por el Ejército Nacional.

Culpa exclusiva de la víctima

Conforme lo anterior, el Despacho considera necesario recordar que los eximentes 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 eximente 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 aquélla tuvo, o no, injerencia 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.

En virtud de lo expuesto con antelación, el Despacho analizará la conducta del señor Juan David Guette Oliver y determinar si la misma fue o no adecuada en la causación del daño antijurídico.

Advierte el Despacho que, en el escrito de contestación, la entidad demandada señaló que el hecho dañoso era atribuible exclusivamente a la víctima.

En ese orden de ideas, el Despacho precisa que a pesar de que no se haya encontrado el informativo administrativo de las quemaduras con aceite a nombre del señor Juan David Guette Oliver, dada la falta de despliegue de actividad probatoria alguna por la parte actora, esta tan solo se limitó a manifestar que el hecho dañoso acaeció producto del volcamiento de un sartén, sin acreditar que dicho suceso haya acaecido por alguna irregularidad o riesgo creado por la entidad demandada, pues se trata de una actividad cotidiana que cualquier sujeto puede realizar.

En efecto, de las escasas pruebas que obran en el expediente, y aún de tomarse como ciertos los hechos expuestos en la demanda, se aduce que el señor Juan David Guette Oliver sufrió

* Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E), doce (12) de marzo de dos mil quince (2015), Radicado (31404).

quemaduras cuando se le cayó un sartén con aceite caliente, de manera que, si la misma víctima aceptó que se estaba desempeñando como ranchero, acto en el que está bajo su ejercicio la manipulación de elementos de cocina, no por dicho aspecto puede considerarse que no se trata de una actividad para la que requería algún tipo de capacitación adicional, pues es del diario vivir de cualquier sujeto.

En este punto, el Despacho considera que le asiste razón a la entidad demandada en afirmar que hay un rompimiento del nexo causal que hace imposible imputar su, por una culpa *exclusiva de la víctima* en el caso concreto, por cuanto no se encuentra acreditado en el presente asunto que, en desarrollo de la actividad de manipulación de un elemento de cocina, esta se haya dado en condiciones defectuosas que contribuyeron a la causación del daño, pues la parte actora no demostró diligencia en el recaudo probatorio que contribuyera a establecer la responsabilidad de la entidad demandada.

Por el contrario, de la propia manifestación de los hechos de la demanda y de lo consignado en la historia clínica, se hace referencia únicamente a que el aquí demandante presentó quemaduras por cuanto se le volteó un sartén con aceite caliente, aspecto del que no se avizora irregularidad alguna de la entidad demandada, pues se reitera, si la víctima adujo su calidad de ranchero, es claro para este era el encargado del manejo de los elementos de cocina, y en esta medida, si se causó un daño por el manejo de estos, en principio es atribuible a la persona que los utiliza, salvo que se acredite que trataba de un elemento diferente a los que son utilizados cotidianamente, que el mismo presentaba defectos que contribuyeron a la generación del daño o que en virtud de la participación de algún miembro de la entidad demandada, se generó el hecho en el que se presentó la quemadura.

Bajo este orden de idea, al no obrar prueba que demuestre que el elemento con el que el soldado regular Juan David Guette Oliver resultó lesionado, presentaba defectos, y al tratarse de un elemento de cocina cuyo uso es del diario vivir de las personas, no encuentra configurada la responsabilidad que se pretende atribuir, y por el contrario, a juicio del Despacho lo que se avizora es un actuar imprudente por parte de la víctima, quien en desarrollo de su labores y manejo de un elemento cotidiano de cocina, no tuvo la diligencia suficiente y generó la quemadura.

3.3. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera negativa, por cuanto no se acreditaron los elementos de responsabilidad de la entidad demandada respecto a las lesiones sufridas por el señor demandante, si no que por el contrario se configuró en el presente asunto la causal eximente de responsabilidad **culpa exclusiva de la víctima**, por cuanto la conducta desplegada por la misma repercutió en la producción del daño alegado en la demanda, imputación que no es atribuible a la administración, lo que genera la negación de la totalidad de las pretensiones en el presente asunto.

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 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: 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., 31 de marzo de 2020

JUEZ :	LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Ref. Expediente :	1100133360362016-0024300
Demandante :	Alba Idalid Gómez Rodríguez y Sara Valentina Yepes Gómez
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 40**

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 Jorge Eliecer Calderón Mendoza, Catalina Yolimar Mendoza Hernández, Matilde Vanegas Morales, Agueda del Carmen Hernández Galindo, Yilmar Calderón Mendoza y Jorge Eliecer Calderón Vanegas actuando en nombre propio y en representación de los menores Yidier David Calderón Mendoza y Yilver Andrés Calderón Mendoza, en ejercicio del medio de control de reparación directa, presentaron demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a efectos de que se le declare responsable por las lesiones padecidas por el señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza en hechos ocurridos el 15 de julio de 2014, cuando prestaba el servicio militar obligatorio.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en las montos plasmados en su escrito de demanda (fl. 23-32 c1).

2.2.Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el día 30 de mayo de 2013 el señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza ingresó a prestar el servicio militar.

Indicó que, conforme al informe administrativo por lesión No. 004 del 14 de noviembre de 2014, el señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza sufrió una lesión en su rodilla izquierda en cumplimiento a las órdenes impartidas por su superior.

Señaló que, dado que la lesión se presentó en cumplimiento de la prestación del servicio militar obligatorio, la entidad debía responder por el resarcimiento de los daños causado, dado que el señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza ingresó en buenas condiciones de salud.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Mediante escrito radicado el 16 de agosto de 2017, la entidad se pronunció respecto de la

presente demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Señaló que, el actuar del señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza fue el directo generador del accidente, toda vez que en el daño causado en el acto de caminar, no medio la participación de la entidad, ni se causó por falta de capacitación, instrucción o enseñanza, sino por el propio indebido movimiento realizado por el lesionado, lo que generaba la imposibilidad de imputar responsabilidad a la entidad. De manera que, la caída del señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza, escapaba de la órbita de cuidado de la entidad, lo que recaía únicamente la víctima (fls.94-100 c1).

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 2 de septiembre de 2016 (fl. 12 c1), seguidamente, mediante auto proferido el 24 de octubre de 2016, se admitió la demanda (fl. 16 c1).

El 17 de noviembre de 2016 se presentó reforma de la demanda (fls.23-32), la que fue admitida mediante auto del 9 de marzo de 2017 (fl.67 c1).

El día 8 de octubre de 2018, se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 120-122 c1)

Finalmente, el 19 de febrero 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 (fl. 199 c1).

1.5.- Alegatos de conclusión

La actora adujo que conforme a las pruebas aportadas al proceso se acreditó que la lesión causada al señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza se produjo mientras prestaba el servicio militar obligatorio, en cumplimiento de las funciones encomendadas, motivo por el que la entidad era responsable de los daños causados a la parte actora, pues era quien tenía la guarda y protección del conscripto (fls.204-207).

La entidad demandada 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 debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las lesiones sufridas por el Jorge Eliecer Calderón Mendoza, 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.

3.2.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

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.

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.

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 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 caso bajo estudio la parte actora hizo consistir el daño en las lesiones padecidas por el soldado Jorge Eliecer Calderón Mendoza, mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Así lo demuestra con el Informe Administrativo por Lesiones No. 004 de 14 de noviembre de 2014⁴, rendido en los siguientes términos:

DESCRIPCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE ADQUIRIÓ LA LESIÓN

El día 15 de julio de 2014 siendo aproximadamente las 05:30 de la mañana, el Infante de Marina se encontraba efectuando acondicionamiento físico acuerdo el régimen interno de la unidad, cuando desarrollando el trote se tropezó y perdió el equilibrio, al tratar de controlar la caída, apoyó el peso de su cuerpo sobre su rodilla izquierda, ocasionándole un leve dolor que luego produjo inflamación, el infante posteriormente se presentó en la sanidad militar donde le fue tratado.

² *Ibidem*.

³ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴ Folio 3 c. de pruebas

En el expediente se encuentra copia de la valoración de la Junta Médico Laboral No.243 del 13 de septiembre de 2016 al señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza, en la que se indicó:

CONCEPTO ESPECIALISTAS

ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGÍA Diciembre 16/ 2015 DR(A) EDGAR AFANADOR ACUÑA

FECHA DE INICIACIÓN: El 15/07/2014 paciente sufrió caída con trauma en rodilla izquierda mientras realizaba trote en actividad física.

SIGNOS Y SÍNTOMAS PRINCIPALES: Aumento de volumen, dolor y sensación de inestabilidad de rodilla izquierda que limite la actividad física. Resonancia Magnética Nuclear de Rodilla Izquierda con aumento líquido intraarticular con signos de sinovitis, contusión ósea femoral, lesión osteocondrales laterales en surco troclear en platillo medial cóndilo femoral lateral, se realizaron exámenes de perfil inflamatorio anticitrulina y ANAS siendo (-)

DIAGNÓSTICO: Sinovitis crónica moderada grado II/III de rodilla izquierda.

ETIOLOGÍA: Traumática.

TRATAMIENTOS VERIFICADOS: Artocentesis en dos oportunidades 17/10/2015 en Hospital Militar Central se le realizó artroscopia y sinovectomía total por artroscopia de rodilla izquierda y toma de biopsia y muestras de líquido sinovial para bacterias, hongos anaeróbios que fueron reportados negativos, el resto de la articulación no presentó otras alteraciones por artroscopia.

ESTADO ACTUAL: Dos meses de posoperatorio, ha realizado terapia física, leve aumento del volumen, dolor a la hiperflexión de 130°m extensión completa, buena fuerza muscular.

Así mismo, obra copia de la historia clínica del señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza (fls.1-32 c2), de la que se extrae lo siguiente:

25/07/2015

MOTIVO DE CONSULTA

ME DOBLÉ LA RODILLA IZQUIERDA MIENTRAS REALIZABA EJERCICIOS COMO RUTINA DEL TRABAJO, REFIERE QUE HACE 11 MESES SUFRIÓ AL PARECER TRAUMA ROTACIONAL EN RODILLA DERECHA Y EVOLUCIONA CON DOLOR, AUMENTO DE RODILLA IZQUIERDA, INESTABILIDAD EN RODILLA.

(...)

DIAGNÓSTICO

DX. PRINCIPAL: S833- DESGARRO DEL CARTÍLAGO ARTICULAR DE LA RODILLA (...)

01/09/2015

A. FECHA DE INICIACIÓN Y CIRCUNSTANCIAS EN QUE SE PRESENTÓ LA AFECCIÓN POR EVALUAR

DOLOR EN RODILLA IZQUIERDA DE UN AÑO DE EVOLUCIÓN, POSTERIOR A TRAUMA CON DOLOR EDEMA Y LIMITACIÓN PARA LOS MOVIMIENTOS, CON HIPERFLEXIÓN DE LA MISMA, FUE MANEJADO MEDICAMENTE CON PERSISTENCIA DE LOS SÍNTOMAS, POR LO QUE FUE VALORADO POR MÉDICO ORTOPEDISTA QUIEN DIAGNOSTICÓ LESIÓN MENISCAL Y LESIÓN CONDRAL,

POR LO QUE LE IBAN A REALIZAR PROCEDIMIENTO ARTROSCÓPICO, ACTUALMENTE REFIERE DOLO EN RODILLA IZQUIERDA, ACOMPAÑADO DE EDEMA Y LIMITACIÓN PARA LA FLEXIÓN COMPLETA, A PESAR DE TRATAMIENTO FISIOTERAPIA NO HA MEJORADO

(...)

DIAGNÓSTICO

TRASTORNO DEL MENISCO DEBIDO A DESGARRO O LESIÓN ANTIGUA

Conforme al material probatorio obrante en el expediente, se puede extraer que para el día 15 de julio de 2014, el señor Jorge Eliecer Calderón Mendoza sufrió caída desde su propia altura, circunstancia que conllevó a la valoración por ortopedia en el Hospital Militar Central diagnosticándosele lesión en su rodilla.

De lo anterior, el Despacho hará las siguientes precisiones sobre el daño atribuido a la entidad:

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 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 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.

- De la responsabilidad de la Nación – Ministerio de defensa – Ejército Nacional

La parte actora adujo que, la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados con ocasión de la lesión producida al soldado Jorge Eliecer Calderón Mendoza el día 15 de julio de 2014, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

Atendiendo la documental allegada al plenario, es dable concluir que la lesión padecida por el soldado Jorge Eliecer Calderón Mendoza en su rodilla izquierda, en hechos ocurridos el 15 de julio de 2014, en principio no resulta imputable a la entidad, por las siguientes razones:

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado, ha señalado que⁵:

⁵ Sentencia del 10 de agosto de 2005, dentro del expediente 15.445

"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 (...)".Negrillas del despacho.

Así las cosas, 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 Jorge Eliecer Calderón Mendoza, ingresó al servicio militar obligatorio en condición de soldado bachiller.

Se acreditó además que, el día 15 de julio de 2014 cuando se encontraba efectuando acondicionamiento físico, de acuerdo el régimen interno de la unidad, desarrollando el trote se tropezó y perdió el equilibrio, al tratar de controlar la caída, apoyó el peso de su cuerpo sobre en su rodilla izquierda, ocasionándole un leve dolor que luego produjo inflamación.

Así mismo, conforme a la historia clínica aportada, como circunstancia de tiempo, modo y lugar, se adujo lo siguiente:

Siendo las 0530 del 15 de julio /14 me encontraba trotando a la hora de la gimnasia, cuando pisé mal y sentí un fuerte dolor en mi rodilla izquierda

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"*⁶.

En efecto, la parte demandante acreditó la existencia del daño, consistente en la lesión en la rodilla izquierda, sin que resulte imputable el mismo a la entidad, en tanto su origen no deviene del servicio y razón del mismo, sino del mal movimiento realizado por el propio señor Jorge Eliecer Calderón, pues no se acredita que la causa directa de su caída sea la actividad propia del servicio militar, por el contrario, para el Despacho, caminar y trotar es una actividad que hace parte del actuar diario de las personas, y el sufrir una caída en desarrollo de las mismas, 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.

Dicha premisa es compartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en decisión adoptada el 19 de abril de 2018⁷, que al decidir un recurso de apelación de una situación fáctica similar a la aquí estudiada, se pronunció en términos similares a los analizados por este Juzgado:

"Ahora bien, destaca la Sala que en el presente asunto, de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se presentaron los hechos, se constata que la lesión sufrida no surgió con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, por lo tanto, no se evidencia la relación de causalidad entre una supuesta afección a la salud del actor y

⁶ 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

⁷ Radicación No. 2014-241. Magistrado ponente: Juan Carlos Garzón Martínez. Demandante: Fabio Manzano Martínez y Demandado: Ministerio de Defensa- Ejército Nacional

conducta alguna –por acción u omisión-, atribuible a la entidad demandada que hubiese generado dicho daño.

Así las cosas, si bien se puede apreciar que el conscripto sufrió una lesión en su Diente No. 21, no hay lugar a afirmar que existe un nexo de causalidad, entre el daño y una imputación de este a la Entidad, por las siguientes razones:

(i) De los elementos probatorios allegados solo permiten demostrar que si bien, se dirigía al trote desde el rancho hacia el alojamiento, cuando el señor FABIO MANZANO MARTÍNEZ sufrió una caída, estas circunstancias no conllevan a establecer la relación de causalidad entre el hecho generador y la responsabilidad que se pretende endilgar a la entidad pública.

(ii) Se quiere significar que, el desplazamiento que realizaba el señor FABIO MANZANO MARTÍNEZ, y que fue la causa directa del daño en su diente, no es una actividad propia del servicio en el Ejército Nacional, sino del diario vivir de la mayoría de las personas, y más de aquellas que calificaron de aptas para prestar el servicio militar obligatorio. No se puede confundir la responsabilidad del Estado en reintegrar los jóvenes en el estado en que se encontraban al momento de integrarse a las fuerzas militares y cumplir su deber constitucional, con la carga que debe soportar por acciones propias de la esfera personal de cada quien; si bien el señor sufrió una caída – de acuerdo al informe administrativo por lesiones-, aquella no es una causa suficiente para imputar la responsabilidad al Estado, sino una omisión en el cuidado de las personas al realizar actividades de tipo normal, como lo es trotar...”

Ahora bien, es importante indicar que los eximentes de responsabilidad se pueden configurar en 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, este no puede atribuirse a la demandada en razón a que se rompe el nexo causal por alguna de estas situaciones.

En ese sentido, en relación con el eximente 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 aquélla tuvo, o no, injerencia 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 de daño, como que constituya la raíz determinante del mismo, es decir que se trate de la causa adecuada⁸”.

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 de total de indemnización por culpa exclusiva de la víctima.

Conforme a lo expuesto en líneas anteriores, el Despacho considera que al analizar la conducta del señor Jorge Eliecer Calderón, se advierte que la misma fue determinante en la causación del daño.

Así las cosas, el demandante no allegó prueba alguna en la que se acredite que la lesión en su rodilla izquierda es atribuible a la prestación del servicio militar obligatorio y/o por

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, providencia del 12 de marzo de 2015, Radicado No. 31404

causa y razón del mismo, que de certeza de la responsabilidad de la entidad demandada, lo anterior, en tanto si bien su caída se produjo en desarrollo de la prestación de su servicio militar obligatorio, no se acreditó que, el desplazamiento ordenado en desarrollo del mismo, se hubiere producido en condiciones de terreno que influyeran en la caída que sufrió el demandante, o que este no estuviera en capacidad de realizar un ejercicio o conducta del diario vivir de las personas.

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 probado 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 tuvo cuidado al trotar, resultando lesionado en su pie izquierdo mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

3.3. Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado, debe ser solucionado de manera negativa, por cuanto no se acreditaron los elementos de responsabilidad de la entidad demandada respecto a las lesiones sufridas por el señor Jorge Eliecer Calderón en su rodilla izquierda, en hechos ocurridos el 15 de julio de 2014, si no que por el contrario se configuró en el presente asunto la causal eximente de responsabilidad **culpa exclusiva de la víctima**, por cuanto la conducta desplegada por la misma repercutió en la producción del daño alegado en la demanda, imputación que no es atribuible a la administración, lo que genera la negación de la totalidad de las pretensiones en el presente asunto.

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 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 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 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: 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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020.

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2017-0004-00 11001-33-36-036-2017-0005-00 Acumulado 11001-33-36-036-2017-0071-00 Acumulado
Demandante :	Gabriel Enrique Mejía Castillo
Demandados :	Unidad para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 59**

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 los procesos de la referencia los que se acumularon mediante auto del 4 de febrero de 2019.

II. ANTECEDENTES

2.1.La demanda.

El abogado Gabriel Enrique Mejía Castillo, actuando en nombre propio, formuló demandas en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Unidad Administrativa para la Reparación Integral de las Víctimas - UARIV, a efectos de que se les declare responsables, con ocasión al menoscabo financiero que presuntamente le causó la demandada al no reconocerle el pago de unos honorarios.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en los montos plasmados en sus escritos de demanda en todos los procesos corresponde al (f. 4 c. principal),

2.2.Hechos de la demanda 2017-004. 2017-0005 y 2017-71.

El demandante indica que, representó como apoderado a los señores Alexander Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, con quienes suscribió contrato de prestación de servicios profesionales, dentro del proceso de Justicia y Paz No. 1100160000253-200681366, proceso que llevó hasta su culminación y en la que, salieron beneficiados cada uno con un pago de veinticuatro millones seiscientos mil pesos (24.600.000).

Manifestó que, para llegar al resultado de la sentencia, le fue necesario desde abril de 2007, realizar diligencias de versiones libres, audiencias de imputación de cargos, audiencias de legalización de cargos, audiencias de lectura de fallo, audiencia de incidentes de reparación integral y audiencia de sentencia condenatoria, presentar recursos, reunir las pruebas que

fueron presentadas.

Adujo que también incurrió en gastos para los informes psicológicos, que por cada núcleo asumió el gasto de \$900.000, así mismo, que pagó a un contador \$400.000 por concepto de peritazgo.

Señaló que, presentó derecho de petición el 22 de octubre de 2013 ante la UARIV, donde solicitó atender las facultades contenidas en el poder constituido en Justicia y Paz, como también los poderes dirigidos a la Unidad de Víctimas por cada uno de los poderdantes, en los que contaba con la facultad de recibir.

Así mismo, indicó que, solicitó a la UARIV que, al momento de expedir la resolución de pago de la sentencia, se dedujera el valor que cada una de las víctimas debía pagar por la prestación de sus servicios profesionales de contratos desde el año 2007 al año 2009, que nacieron a la vida jurídica antes del 12 de diciembre de 2011.

Finalmente recalcó que, la UARIV expidió más de 8 resoluciones y pagó directamente a los beneficiarios, lo que le ocasionó un detrimento económico, ya que los diversos poderdantes, entre ellos, la señora Alexander Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, no le realizaron el pago de sus honorarios.

2.3.Contestación de la demanda.

Mediante escritos presentados el 31 de mayo de 2017 (2017-004), 06 de junio de 2018 (2017-005 y 08 de mayo de 2018 (2017-071), la UARIV contestó las demandas, oponiéndose a las pretensiones, al considerarlas infundadas jurídica y fácticamente.

Señaló que, no era viable que la entidad estuviera obligada a reparar un supuesto daño al demandante, ya que no le era imputable ni por acción ni omisión derivado del no pago de los honorarios profesionales, que se derivan un contrato de mandato con un tercero diferente a la entidad demandada.

Finalmente indicó que, los dineros entregados a cada uno de los beneficiarios, Alexandra Donad Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán se ajustaron a las disposiciones legales, por lo que no era procedente desde ningún punto de vista que la entidad hubiera pagado con la indemnización los honorarios al apoderado de la víctima. 2017-004 (f. 183-204 c. principal), 2017-005 (f. 171- 194 c. principal) y 2017-0071 (f. 181 a 232 c. principal).

2.4.Trámite procesal.

Las presentes demandas fueron radicadas el 6 de abril de 2015, 2017-004 (f. 43 c. principal), 2017-005 (f.3 c. principal) y 2017-0071 (f. 43 c. principal), ante los Juzgados Administrativos de Barranquilla; y mediante autos del 20 de junio de 2016 en cada uno de los procesos, se declaró la falta de competencia y remitió a los Juzgados Administrativos de Bogotá, y en el presente Despacho se admitieron las demandas mediante autos 2017-004 del 5 de abril de 2017 (f. 149-150 c. principal), 2017-0005 (f. 163-164 c. principal.) y 2017-0071(170-171).

El 23 de abril de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial para los procesos (f. 249-251 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. 257-259 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

Las partes y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1. Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en los presentes casos concretos, debe responder patrimonialmente la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL PARA LAS VÍCTIMAS –UARIV-, por los perjuicios causados a la parte actora, cuyo origen deviene del presunto menoscabo financiero que se le ocasionó al desconocer los mandatos que le fueron conferidos por los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, beneficiarios de la sentencia No. 110016000253200681366 del 7 de diciembre de 2011.

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

En el caso que nos ocupa, de acuerdo con las pretensiones y los hechos de las demandas, según el demandante se configura la falla en el servicio por parte de 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.

al no realizar en debida forma la deducción del pago de los honorarios a que presuntamente tenía derecho, derivados de la sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá bajo radicado No. 11001-60-00-253-2006-81366 del 07 de diciembre de 2011.

Obra en el plenario prueba que acredita que entre el demandante Gabriel Enrique Mejía Castillo y Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán se suscribieron contratos de prestación de servicios profesionales, en el que se pactó como contraprestación el porcentaje de 20% de los valores que fueran recibidos como indemnización ante la Sala de Justicia y Paz, y que dicho pago se haría directamente por parte de la mandante y que el mandante es la obligada a cancelar los honorarios pactados.

Obra copia de las decisiones de la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, por las que se reconoció una indemnización a favor de, entre otros, Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, la que estaría a cargo de la UARIV.

Conforme al material probatorio se evidencia que, si bien el abogado Gabriel Enrique Mejía elevó petición ante la UARIV respecto del pago de sus honorario en calidad de apoderado judicial de los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, ésta entidad resolvió la misma, indicando entre otras cosas que *"(...) la Unidad Para las Víctimas no destinaba recursos para pago de honorarios por cuanto no se encuentra contemplado dentro de la normatividad legal..."*.

En el caso bajo estudio se acreditó entonces que dentro del proceso de reparación integral por delitos cometidos por el Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, el demandante actuó como apoderado judicial y dentro de dicho proceso se dictó sentencia de carácter condenatorio, en la que se ordenó el reconocimiento de una suma de dinero en favor de entre otros, los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, como víctimas del homicidio de sus respectivos hermanos, sin que la UARIV hiciera la presunta deducción correspondiente a honorarios solicitados por el abogado. Estos hechos fueron claramente acreditados, y dicho sea de paso, la entidad demandada no se opone y, por el contrario, los acepta.

Por lo anterior, se acredita el daño consistente en el no traspaso por parte de la UARIV, del monto correspondiente a los honorarios por los trámites adelantados dentro del proceso de reparación integral por los delitos cometidos por el Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia y conforme al contrato de prestación de servicios profesionales alegado por la parte actora.

Pero cabe preguntarse si por no haber atendido la solicitud del abogado, respecto del pago del porcentaje correspondiente a honorarios, le es imputable responsabilidad a la UARIV, por la no deducción del monto correspondiente a honorarios de la suma que le correspondió a los beneficiarios Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, en la sentencia proferida por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Bogotá bajo radicado No. 11001-60-00-253-2006-81366 del 07 de diciembre de 2011.

3.4. Imputación

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sido enfática en señalar los elementos necesarios para la configuración de la responsabilidad del Estado, así pues, lo constituyen, el daño antijurídico y que este le sea imputable a la administración, de modo que al ya estar establecido el daño en el presente caso, pasaremos a estudiar su responsabilidad.

Según lo ha entendido y explicado la Sección Tercera del Consejo de Estado², imputar, para el presente caso, es atribuir al Estado el daño que padeció la víctima, circunstancia que se constituye en condición *sine qua non* para declarar la responsabilidad patrimonial de aquél. La imputación del daño al Estado depende de que su causa obedezca a la acción u omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público, o en nexo con éste, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño.

En otras palabras, que se verifique la ocurrencia de un daño no conlleva que se declare la responsabilidad de la entidad demandada, pues es menester que se demuestre la conexión entre éste y la acción o la omisión de la administración.

Para el caso concreto, se debe verificar la relación existente entre el año alegado por el demandante, así como la relación entre el demandante y la UARIV.

Obra en el plenario prueba que acredita que entre el demandante Gabriel Enrique Mejía Castillo y Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán se suscribieron contratos de prestación de servicios profesionales, en el que se pactó como contraprestación el porcentaje de 20% de los valores que fueran recibidos como indemnización y que dicho pago se haría directamente por parte de la mandante y que el mandante es el obligado a cancelar los honorarios pactados.

Adicionalmente es importante resaltar la cláusula sexta del contrato de prestación de servicios del aquí demandante y los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, que indicaba:

*"(...) SEXTA: En todos los efectos del presente CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES, que éste presta mérito ejecutivo al tenor de lo preceptuado se deja establecido en los artículos 100 y ss del C de PL, concordantes con los artículos 488 del C de PC y del C de Cio, sirve el presente contrato para sustentar el señalamiento de los Honorarios profesionales dentro del proceso y hacer valer ante el Juez, como título Ejecutivo en el cumplimiento de la Sentencia. (...) "*³

Negrita y subrayado fuera de texto.

De la simple lectura del párrafo citado, se puede concluir que el señor demandante en su calidad de apoderado de los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, contaba con la posibilidad de ejecutar la correspondiente obligación surgida con el contrato, a través de la correspondiente acción con solicitud de medidas cautelares ante la jurisdicción laboral con el fin de obtener el cumplimiento del contrato, y según lo estipulado en la ley 712 de 2001 que estipula en su artículo segundo numeral 6: *"Los conflictos jurídicos que se originan en el reconocimiento y pago de honorarios o remuneraciones por servicios personales de carácter privado, cualquiera que sea la relación que los motive."*

Corolario a lo anterior, no existe prueba siquiera sumaria que permita establecer que en el mandato suscrito por el demandante con los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, se hubiera pactado que el pago de dichos honorarios se hiciera a través de la entidad demandada. No se demostró al interior del proceso que existiera una obligación tácita a cargo de la demandada Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, de que le correspondía efectuar el pago de sumas por concepto de honorarios, evidenciándose con ello una falta de demostración del daño imputable a la demandada.

² Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 21 de octubre de 1999, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Henríquez – expediente 10948.

³ Fol. 10 c principal

La Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas ostenta las siguientes funciones:

1. Definir el plan estratégico de la entidad, los planes y programas, con enfoque diferencial necesarios para dar cumplimiento a los objetivos y funciones de la Unidad, y asegurar su correcta ejecución de acuerdo a las normas vigentes y procedimientos establecidos.
2. Definir los lineamientos y dirigir el proceso de implementación de la Política Nacional de Atención, Asistencia y Reparación Integral a las Víctimas que permita el goce efectivo de sus derechos, y adoptar los protocolos que se requieran de acuerdo a las normas vigentes y procedimientos establecidos.
3. Formular y dirigir la implementación los mecanismos para la incorporación del enfoque diferencial para mujeres, jóvenes, adolescentes, niños y niñas en la formulación e implementación de la política de atención, asistencia y reparación de víctimas.
4. Definir y dirigir las acciones necesarias para la coordinación con las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, para la implementación y ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos para la atención, asistencia y reparación integral a las mismas de acuerdo a las normas vigentes y procedimientos establecidos.
5. Certificar a las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas, respecto a su contribución en el goce efectivo de los derechos a la verdad, justicia y reparación a las víctimas, de acuerdo con las obligaciones contempladas en la normativa legal vigente.
6. Definir las acciones de coordinación del proceso de flexibilización y articulación de la oferta institucional para la prevención, atención, asistencia y reparación integral a las víctimas, con las entidades que conforman el Sistema Nacional de Atención y Reparación a las Víctimas.
7. Promover las alianzas estratégicas, nacionales e internacionales, que se requieran para el cumplimiento de las funciones de la Unidad, en coordinación con las entidades competentes (...)⁴

Es evidente que, dentro de las funciones de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, no se encuentra estipulados descuentos de las indemnizaciones de las víctimas que salgan beneficiarias, bajo ningún tipo de pago por concepto de honorarios o algún otro, y de haberlo hecho, esta actuación solo sería válida siempre y cuando exista una fuente jurídica que se lo permitiera, y en todo caso, porque las personas interesadas así lo hayan pactado.

En cuanto a la relación existente entre el demandante y la UARIV, se debe tener en cuenta que la entidad demandada es la encargada de administrar el Fondo para la Reparación de las Víctimas⁵ y con base en ello tiene la función de liquidar y pagar las indemnizaciones ordenadas en sentencia judicial proferidas en el marco de la Ley 975 de 2005, como en efecto se hizo mediante Resolución No. 1433 del 19 de diciembre de 2013, en la cual se dispuso dar cumplimiento al pago de la indemnización judicial ordenada en las sentencias del 7 de diciembre de 2011 y del 6 de junio de 2012 proferidas por la Sala de Justicia y Paz del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal.

En este acto administrativo, se reconoce entre otros, la indemnización en favor de los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán a las facultades que la Ley otorga a la entidad para ello, sin que le sea dable ir más allá de las facultades legalmente conferidas, es decir, no estaba en la obligación de hacer pagos correspondientes a honorarios y de haberlo hecho estaría en contra del objeto de la Ley 1448⁶ de 2011. Es del caso precisar que este acto administrativo se encuentra amparado por la

⁴ Resolución N° 00185 de marzo 17 de 2015, "Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas".

⁵ Ley 1448 de 2011. Artículo 168 numeral 8. Decreto 4802 de 2011 artículo 21. Ley 1592 de 2012

⁶ ARTÍCULO 1°. OBJETO. La presente ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas, en beneficio de las víctimas de las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente ley, dentro de un marco de justicia transicional, que posibiliten hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición, de modo que se reconozca su condición de víctimas y se dignifique a través de la materialización de sus derechos constitucionales.

presunción de legalidad y obligatoriedad, pues no se interpuso recurso alguno en su contra y tampoco existe prueba de que allá sido demandado en esta jurisdicción.

Así las cosas, el Despacho encuentra que en el presente caso, el daño irrogado al demandante no le es imputable a la demandada, pues no se acreditó en el plenario que existiera una relación de la que surgiera la obligación para con el demandante, aunado, no obran en el proceso elementos probatorios que arrojen certeza acerca del no pago de los honorarios, teniendo en cuenta que existía la posibilidad de que una vez recibido el dinero proveniente de la condena impuesta a la entidad, hubiera llegado a un arreglo económico con sus poderdantes, ya que como respaldo de la obligación contaba con un contrato de prestación de servicios profesionales, cuyo cumplimiento podía exigir acudiendo a otra jurisdicción.

En efecto, el actor no allegó prueba alguna acerca de la imposibilidad de lograr obtener el pago de sus servicios, no demostró siquiera que agotó los trámites pertinentes para el cobro de los mismos -bien fuera acudiendo directamente a sus mandatarios, o haciendo uso de las acciones judiciales correspondientes en contra de los señores Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, pues fue a quienes el demandante le prestó sus servicios y con quien suscribió cada uno de los contratos de servicios de los que surgió la obligación cuyo cobro pretende le sea reconocido, de tal manera que, no tuviera otra opción diferente de acudir a esta jurisdicción en procura de obtener la reparación de un daño que presuntamente le causó la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

Para el Despacho es claro que el demandante no acreditó por una parte que la entidad demandada tuviera obligación alguna con éste y por otra que entre las víctimas a quienes se les reconoció el derecho de reparación y el apoderado se hubiera convenido que el pago de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios debía hacerse a través de la UARIV.

Así mismo, tampoco acreditó la imposibilidad de obtener el pago de la obligación a cargo de los Alexandra Donado Guzmán, Dilmer Andrés Navarro Arias y Claribel Donado Guzmán, por la insolvencia de estos, y que en virtud de ello, fue la actitud de la entidad demandada, la que lo hizo ver privado de obtener el pago de la obligación. Como quiera que no se acreditaron los elementos fundamentales para imputar responsabilidad patrimonial al Estado, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, el despacho negará las pretensiones de la demanda.

3.5. Solución al problema jurídico.

El problema jurídico planteado se resuelve negativamente, en tanto la parte actora no acreditó por una parte que entidad demandada tuviera obligación alguna con éste y por otra que entre las víctimas a quienes se les reconoció el derecho de reparación y el apoderado se hubiera convenido que el pago de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios debía hacerse a través de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.

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.

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 no 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 las demandas, 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
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2017-00087-00
Demandante :	Hernando José Pérez Valdez y otros.
Demandado :	Nación – Ministerio de Defensa Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 56**

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 Hernando José Pérez Valdez actuando en nombre propio y representación de su menor hija Sofía Valentina Pérez Martínez; Edith María Valdez Barrios, Iván de Jesús Pérez Valdez, José Rafael Pérez Valdez, actuando en nombre propio y representación de su menor hijo José Andrés Martínez y Andrea Concepción Pérez Valdez presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército nacional y la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar 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 el soldado profesional Hernando José Pérez Valdez.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 4 a 8 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La apoderada de la parte actora indicó que, en contra del señor Hernando José Pérez Valdez se adelantó investigación por el punible de desobediencia tipificado en el artículo 96 del Código Penal Militar.

Señaló que, el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar inició la respectiva investigación y a través de auto del 25 de mayo de 2015, dicha entidad decidió imponer medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva, por lo que se expidió la respectiva orden de captura mediante oficio No. 1455 del 26 de mayo de 2015.

Refirió que, el señor Hernando José Pérez Valdez fue privado de la libertad el 26 de mayo de 2015, siendo recluido en el batallón de Ingenieros No. 18 GR Rafael Navas Pardo, con sede en Tame, (Arauca), hasta el día 31 de agosto de 2015, por cuanto que, a través de providencia del 11 de agosto de 2015 se otorgó libertad provisional por vencimiento de términos previsto para proferir resolución de acusación.

Adujó que, mediante providencia del 3 de mayo de 2016, la Fiscalía 28 Penal Militar de la Brigada resolvió proferir resolución de acusación y revocar la libertad provisional del señor Hernando José Pérez Valdez.

Indicó que, mediante providencia del 8 agosto de 2016, se decidió absolver de toda

responsabilidad al señor Hernando José Pérez Valdez, por cuanto dentro del trámite procesal no se encontró prueba contundente y suficiente que diera cuenta sobre la presunta desobediencia del demandante.

Finalmente indicó que, la captura y privación injusta de la libertad del señor Hernando José Pérez Valdez obedeció a un acto considerado como de injusta aprehensión y detención, por cuanto que el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar y la Fiscalía 28 Penal Militar no demostraron la responsabilidad del demandante en la comisión del delito de desobediencia por el que fue investigado y privado de la libertad.

2.3. Contestación de la demanda.

No presentó contestación de la demanda.

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 30 de marzo de 2017 (f. 171 c. principal), seguidamente, mediante auto de 18 de mayo de 2017 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 6 de julio de 2017, se admitió la demanda (f. 178 a 180 c. principal).

El día 14 de marzo de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (f. 197 - 198 c. principal).

El 7 de noviembre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito (f. 239-240 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

2.5.1 Parte demandante

Mediante escrito radicado el 8 de noviembre de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión.

Señaló que, conforme a las pruebas que reposaban en el expediente se encontraba acreditada la situación fáctica de la demanda y conforme a las circunstancias de tiempo modo y lugar, la entidad demandada era responsable de los perjuicios causados a la parte actora.

2.5.2. La entidad demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

1. CONSIDERACIONES

3.1 Del problema jurídico.

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y la Dirección Ejecutiva de Justicia Penal Militar deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de la privación injusta de la libertad del señor Hernando José Pérez Valdez, por cuenta del Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar, quien ordenó imponerle medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

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

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.

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 Hernando José Pérez Valdez, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que estuvo privado de la libertad desde el 26 de mayo de 2015 hasta el 23 de agosto de 2015 y el 20 de junio de 2016 al 8 de agosto de 2016. –

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:

² *Ibidem*

“Privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios.”

Sobre el particular el Consejo de Estado³ ha precisado:

“En cuanto a los presupuestos para declarar la responsabilidad del Estado derivada de la privación injusta de la libertad, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha desarrollado una jurisprudencia consolidada, estable y reiterada, a partir de la interpretación y alcance del artículo 90 de la Constitución Política, del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 - anterior Código de Procedimiento Penal- y de la Ley 270 de 1996.

Bajo este escenario, se aplica el régimen objetivo de responsabilidad y se impone la declaración de ésta en todos los eventos en los cuales quien ha sido privado de la libertad es absuelto o se precluye la investigación en su favor, cuando en el proceso 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 era atípica.

De igual forma, la posición mayoritaria de la Sección Tercera del Consejo de Estado contempla la posibilidad de que se pueda declarar la responsabilidad del Estado por el hecho de la detención preventiva en aquellos eventos en los cuales se aplica, dentro del proceso penal respectivo, el principio universal de in dubio pro reo⁴.

Así, pues, aunque la privación de la libertad se hubiere producido como resultado de la actividad investigativa correctamente adelantada por la autoridad competente e, incluso, así se hubiere proferido la medida de aseguramiento con el lleno de las exigencias legales, lo cierto es que, si se da alguna de las causales recién mencionadas o se estructura una falla en el servicio, se abre paso el reconocimiento de la obligación, a cargo del Estado, de indemnizar los perjuicios irrogados, siempre que quien demande no tenga el deber jurídico de soportarlos.

Lo anterior resulta aplicable a las providencias proferidas por la Justicia Penal Militar, habida cuenta de que las decisiones por ella adoptadas son una expresión de la función jurisdiccional consagrada en el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, modificado por el artículo 5 de la Ley 1285 de 2009, de tal suerte que las causales de imputación contempladas en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia tienen aplicación, en el marco de la responsabilidad del Estado con ocasión de sentencias proferidas por jurisdicciones especiales como lo es en este caso la Penal Militar⁵.

4. Caso Concreto

Corresponde al Despacho establecer si en el presente evento, la Nación – Ministerio De Defensa – Ejército Nacional – Justicia Penal Militar son administrativamente responsables por la privación de la libertad que afrontó el demandante Hernando José Pérez Valdez, a consecuencia de la actuación penal adelantada en su contra por el delito de desobediencia, que culminó con sentencia absolutoria.

Del estudio que se hace de las pruebas, el Despacho encuentra que, mediante providencia del 22 de mayo de 2015, el Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar⁶ dispuso:

“Ahora bien, analizando el caso concreto, estima este Despacho que la imposición de la medida de aseguramiento consistente en Detención Preventiva, a imponerse al aquí investigado, resulta a todas luces necesario para de manera específica, garantizar el respeto por los estándares mínimos que una Unidad requiere, su disciplina y acatamiento por las ordenes y e instrucciones emitidas por los comandos superiores, so pena de constituirse un peligro para la seguridad de la sociedad castrense y la continuidad de la actividad delictual, en efecto, se tiene que el aquí procesado, sin que hasta el momento se pueda afirmar que haya mediado causa justificante o exculpante, se marginaron totalmente de sus obligaciones

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 19 de julio de 2018, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00140-01(46489)

⁴ Tesis que el suscrito ponente de esta providencia no comparte.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de noviembre de 2016, exp. 38.144.

⁶ Folio 40 a 68

militares, mediante la desatención de la orden que realiza los Comandantes desde el nivel más alto, la cual es oponible por el Comandante del Pelotón y Escuadra, encontrando sin justa causa acreditada, el incumplimiento flagrante.

RESUELVE

PRIMERO. - IMPONER en contra de los señores **soldados profesionales** (...) el señor **SLP HERNANDO JOSE PEREZ VALDEZ CC. 1.085.107.854 de Retén (MAG)** (...) **MEDIDA DE ASEGURAMIENTO**, consistente en **DETENCIÓN PREVENTIVA**, por la posible comisión del reato militar de **DESOBEDIENCIA** descrito en el artículo 96 del Código Penal Militar, por los hechos acaecidos el día 16 de Mayo de 2014, en la vereda Betoyes del Municipio de Tame (ARA), al desatender la orden previamente analizada emanada por los superiores competentes (...).

De igual manera, se observa que dicha autoridad, mediante providencia del 11 de agosto de 2015, dispuso conceder la libertad provisional del señor **Hernando José Pérez Valdez**⁷.

Por otra parte, se encuentra que, a través de providencia del 3 de mayo de 2016, la Fiscalía 28 Penal Militar determinó:

Hechas las anteriores precisiones, tenemos que en el dossier constan los elementos de prueba suficientes que permiten establecer la calidad militar de los procesados, que se desempeñaban como soldados profesionales de la compañía Cobalto del BACOT-148 de la BRIM-34, unidad que se encontraba en ejecución de la operación No. 004 MARCIAL a la orden de operaciones No. 005 de Brigada "MIRMINDON", emitida a partir del 0516:00-MAY-2014, por el comando BACOT-148 (FL. 65 A 74), por lo cual no surge duda alguna respecto a la condición de militares en servicio activo y su participación activa en la ejecución de la orden de operaciones ya referida frente a lo cual emerge diáfana la competencia de la Jurisdicción Penal Militar para adelantar la investigación y Juzgamiento de los procesados por la presunta comisión del delito de DESOBEDIENCIA.

(...)

En ese orden de ideas, queda suficientemente demostrado que los procesados incumplieron una orden legítima de servicio, emitida por su superior, con las formalidades legales y así las cosas tenemos que se reúnen los requisitos sustanciales del artículo 556 de la Ley 522 de 1999 (...), por cuanto, está demostrada la ocurrencia del hecho, su tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, existiendo además material probatorio que ofrece serios motivos de credibilidad y que comprometen la responsabilidad de los soldados profesionales (...) SLP PEREZ VALDES HERNANDO

En consecuencia, dicha autoridad dispuso acusar al **SLP PEREZ VALDES HERNANDO JOSÉ** y así mismo, se revocó el beneficio de libertad del referido⁸.

Finalmente, mediante fallo del 8 de agosto de 2016, el Juzgado 6 ante Brigadas Móviles dispuso *Lo dicho en procedencia, permite colegir, que cualquiera que sea el enfoque que se le dé a la cuestión, el resultado es el mismo: "la ausencia de responsabilidad penal respecto de la conducta de los soldados por las dudas lo que nos permite ABSOLVERLOS, aclarando que se hace bajo los parámetros legales del In dubio pro reo.*

La anterior providencia quedó ejecutoriada el 29 de agosto de 2016, tal y como se advierte de la constancia emitida por la secretaría del Juzgado Sexto de Instancia ante Brigadas Móviles.⁹

Del estudio que se hace de las pruebas, se observa que obra certificado expedido por el Suboficial Custodia CRM Batallón de Ingenieros No. 18 "Gral. Rafael Navas Pardo",¹⁰ en el que se indicó:

*"Que el soldado profesional **HERNANDO JOSE PEREZ VALDEZ** identificado con cedula de ciudadanía N° 1.085. 107.854 de reten-magdalena fue ingresado mediante boleta de*

⁷ Folio 69 a 72

⁸ Folio 73 a 124

⁹ Folio 169

¹⁰ Folio 211

detención emitida por el honorable juez 48 de instrucción penal militar el día 26 de mayo de 2015 por el delito de desobediencia, así mismo este mismo despacho emite boleta de libertad provisional al aquí nombrado el día 22 de agosto de 2015. Así mismo mediante boleta de encarcelamiento emitida por el señor fiscal 28 penal militar de fecha 12 de mayo de 2016 es ingresado al centro de reclusión militar el mencionado soldado quien a su vez es puesto en libertad del día 8 de agosto de 2016 de acuerdo a lo ordenado por el juzgado sexto de instancia ante brigadas móviles quien emite la respectiva boleta de libertad.

Así las cosas se le computan un total de 176 días durante los dos periodos en los cuales presentó buena conducta”.

De las pruebas anteriormente relacionadas se tiene que, el señor Hernando José Pérez Valdez se desempeñaba como soldado profesional de la compañía Cobalto de BACOT – 148 de la BRIM, y para el día 16 de mayo de 2014, se encontraba en ejecución de la operación No. 004 MARCIAL y en desarrollo de dicha la misma, presuntamente desobedeció las órdenes impartidas por el comandante de la compañía, situación por la que se adelantó investigación y en consecuencia, estuvo privado de la libertad, por disposición de la Justicia Penal Militar, desde los periodos comprendidos entre el 26 de mayo de 2015 hasta el 23 de agosto de 2015 y el 20 de junio de 2016 al 8 de agosto de 2016, y mediante providencia de esta misma fecha, fue absuelto.

Es menester señalar que el proceso penal fue tramitado bajo las normas del Código Penal Militar -Ley 592 de 1999- precepto que en sus artículos 115 y 529 dispone:

“Artículo 115. Desobediencia. El que incumpla o modifique una orden legítima del servicio impartida por su respectivo superior de acuerdo con las formalidades legales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

Artículo 529. Detención preventiva. La detención preventiva procede en los siguientes casos:

- 1. Cuando se proceda por delitos que tengan prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de dos (2) años.*
- 2. Cuando se trate de delitos que atenten contra el servicio o la disciplina, cualquiera que sea la sanción privativa de la libertad.*
- 3. Cuando se hubiere realizado la captura en flagrancia por delito doloso o preterintencional que tenga prevista pena de prisión”.*

Ahora bien, 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 ocasión a los hechos ocurridos el 16 de mayo de 2014, en los que presuntamente se desobedeció la orden emitida por el Comandante, respecto a movilizarse o desubicarse en horas de la noche, a efectos de evitar un problema de seguridad o mejorar la seguridad del grupo, por la presencia o existencia de un elemento explosivo, el cual fue encontrado en la misma fecha por la localización en que se encontraban ubicados.

De la lectura de la providencia que dispuso absolver al señor Hernando José Pérez Valdez, se advierte lo siguiente:

“Generar indisciplina, no está señalando que no exista una aptitud o un comportamiento que se adecue a las normas de indisciplina de las fuerzas militares, en toda entidad reglada hay que cumplir normas de comportamiento, pero el hecho de que existan unas normas que se sobrepasaron, que no se acataron los límites que les fueron señalados a ellos para cumplir con sus deberes, pues obviamente tienen otros mecanismos de control y otros mecanismos más idóneos para ser manejados dentro del ámbito castrense, los cuales implican no llegar a estas instancias penales, sino realizar una investigación disciplinaria por los hechos que nos ocupan hoy como efectivamente se realizó, investigación que era necesaria, porque sin el control interno obviamente genera el caos y puede generar un problema mayor, pero si existen esos métodos ya reglamentados, para efectos de ejercer un manejo adecuado de las fuerzas, pues obviamente sería el medio eficaz para y mucho más funcional que cualquier otros.

No está señalando que no haya habido una actitud contra el deber, al comportamiento que deberían haber tenido los soldados, pero no era necesario llegar hasta estas instancias penales para señalar que eran merecedores de alguna clase de llamado de atención o de sanción disciplinaria.

(...)

Lo dicho en precedencia, permite colegir, que cualquiera que sea el enfoque que se le dé a la cuestión, el resultado es el mismo: "la ausencia de responsabilidad penal respecto de la conducta de los soldados por las dudas lo que nos permite ARSOLVERLOS, aclarando que se hace bajo los parámetros legales del In dubio pro reo".

En reciente jurisprudencia¹¹, 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 víctima¹².

Ahora bien, de las pruebas aportadas al proceso, es posible determinar que efectivamente con ocasión a la conducta desplegada por el señor Hernando José Pérez Valdez, se dio inicio a la investigación formal por el delito de desobediencia.

En razón a tal circunstancia, se le profirió medida de aseguramiento por parte del Juzgado 48 de Instrucción Penal Militar, quien conforme a las pruebas documentales y testimoniales consideró que, el señor Hernando José Pérez Valdez y otros compañeros con la conducta desplegada determinó que dicha medida era necesaria por la *modalidad y forma de ejecución del hecho punible, la cual no solo implicó la simple marginación de los deberes militares por parte del procesado, sino el acto de indisciplina que se tiene con la desobediencia a una orden exigible para el día 16 de Mayo de 2014, sin que advierta causal alguna de ausencia de responsabilidad que cobijare su actuar*¹³

Al respecto, el Despacho encuentra que si bien la parte demandante calificó de injusta la privación de la libertad de la que fue objeto el demandante, el Despacho no comparte dicha afirmación, en tanto que si bien se emitió a su favor fallo absolutorio, del análisis que se hace de la situación fáctica se advierte que, el actuar del señor Hernando José Pérez Valdez contribuyó a la concreción de la imputación de los delitos, pues no se desvirtuó un acto de indisciplina, el que efectivamente existió, circunstancia diferente es que el mismo no encuadró dentro del tipo penal de desobediencia, pues en todo caso, el juzgador consideró el reproche de tal actuación, que incluso era susceptible de haber sido manejado bajo una

¹¹ 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.

¹² 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.

¹³ Folio 67

investigación disciplinaria.

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, en tanto, fue su conducta la que propició la privación de su libertad, al no acatar la orden impartida por su superior, conducta que no fue desvirtuada, no se desconoce que si bien en el fallo absolutorio se adujo que la orden emitida no era tan clara o en su defecto no hubo formación para emitir la orden, sin embargo en dicha providencia no se desconoce que el demandante desplegó una conducta que iba en contra de su deber, circunstancia que a la luz del ordenamiento militar constituía en un incumplimiento de sus obligaciones.

No obstante, el hecho de que se hubiere resuelto absolver al señor Hernando José Pérez Valdez, al no encontrar suficiente material probatorio para proferir una sentencia condenatoria, ello no es óbice para que resulten imputable a la demandada los perjuicios que reclama la parte actora con ocasión a la medida de aseguramiento impuesta al señor Hernando José Pérez Valdez, lo anterior, en tanto lo acreditado es que, el demandante con la conducta desplegada frente a las circunstancias acaecidas el 16 de mayo de 2014 contribuyó a que se adelantaran las respectivas investigaciones y posteriormente se emitiera medida de aseguramiento en su contra.

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.

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 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.

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 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
-SECCIÓN TERCERA-**

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	11001-33-36-036-2017-00090-00
Demandante	:	Rafael Hernández Reyes y Otros
Demandado	:	Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 57**

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 Rafael Hernández Reyes actuando en nombre propio y en representación de sus menores hijos Daira Valentina Hernández y D' Alexandro Hernández Ávila; Yolanda Ávila Rodríguez, Isabel Reyes de Hernández, Gustavo Hernández Tapiro, María Soraya Hernández Reyes y Clara Isabel Hernández Reyes presentaron demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Nación – Rama Judicial y 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 el señor Rafael Hernández Reyes.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales y morales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 124 - 125 c. principal).

2.2.Hechos de la demanda.

La apoderada de la parte actora indicó que, el señor Rafael Hernández Reyes fue privado de la libertad el 1 de julio de 2008 profiriéndose en su contra orden captura No.007 expedida por la Fiscalía 38 Seccional de San José del Guaviare, por el delito de secuestro, hurto agravado, tráfico, fabricación o porte de armas de fuego de uso privativo de las fuerzas armadas.

Precisó que, el día 6 de julio de 2009 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal del Guaviare con Función de Control de Garantías legalizó la captura del señor Rafael Hernández Reyes e impuso medida de aseguramiento.

Señaló que, el 5 de noviembre de 2010, se llevó a cabo juicio oral en el que el juez de conocimiento emitió fallo absolutorio.

Refirió que, la lectura del fallo se adelantó el 29 de noviembre de 2010, en el que se indicó que el ente acusador no logró demostrar su teoría del caso en la posible coautoría del señor del Hernández Reyes en los hechos imputados.

Adujo que, las entidades demandadas son responsables por la privación injusta de que fue objeto el señor Rafael Hernández Reyes, por lo que era procedente el reconocimiento de perjuicios.

2.3 Constatación de la Demanda

2.3.1. Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito radicado el 7 de marzo de 2016, la Fiscalía General de la Nación presentó contestación de la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Refirió que, las actuaciones de la entidad se habían enmarcado conforme a las disposiciones consagradas en el ordenamiento jurídico.

Adujo que, la decisión del ente acusador de solicitar la medida de aseguramiento se fundamentó en elementos probatorios que daban a inferir la autoría del hecho delictivo por parte del demandante.

Señaló que si bien surgió una prueba con la que se descartó la participación del demandante en el delito invocado y que, con base en la misma, se otorgó la absolución, no se podía desconocer que dicha prueba se practicó y se presentó con posterioridad a la solicitud de la medida de aseguramiento.

Indicó que no se podía imputar responsabilidad a dicha entidad, toda vez que en cumplimiento de su deber y en la etapa procesal de la investigación, sustentó la medida de aseguramiento con base en el material probatorio que contaba para dicha fecha.

2.3.2 Rama Judicial

A través de escrito del 23 de mayo de 2018, la entidad se pronunció respecto de la presente demanda.

Señaló que, conforme al régimen procedimental aplicable al caso del demandante, era claro que los administradores de justicia no incidían en la imposición de las medidas restrictivas de la libertad, como la medida de aseguramiento privativa de la libertad que le fue impuesta al demandante por parte de la Fiscalía 36 Seccional de San José de Guaviare.

Adujo que, en la privación de la libertad del señor Rafael Hernández Reyes y la actuación de los Jueces no existió nexo causal.

Adicionalmente indicó que, el presente asunto se configuraba el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima.

2.3.Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 31 de marzo de 2017 (fl. 129) ante la Oficina de Apoyo para los Juzgados Administrativos de Bogotá.

Mediante auto de 11 de mayo de 2017 se inadmitió la demanda y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido el 6 de julio de 2017, se admitió la demanda (f. 136 a 138 c. principal).

El 21 de marzo de 2019, se llevó a cabo audiencia inicial, en la que, entre otras cosas, se decretaron pruebas (fl. 213 a 215).

El 27 de junio de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 222 c. principal).

2.4.Alegatos de conclusión.

2.4.1 Parte Demandante

A través de escrito del 12 de julio de 2019, el apoderado de la parte actora presentó escrito de alegatos de conclusión, refirió que en el presente asunto se encontraba acreditado que, la privación de la libertad a la que fue sometido el señor Rafael Hernández Reyes fue injusta.

Precisó que, la privación de la libertad del señor Rafael Hernández Reyes no se produjo como consecuencia de un hecho que fuera atribuible al sindicado, toda vez que no se acreditó causa alguna que permitiera establecer que la decisión se hubiese adoptado con fundamento en una actuación directa y exclusiva del demandante.

Señaló que, conforme a las situaciones fácticas era dable concluir que, el señor Rafael Hernández Reyes no estaba en la obligación de soportar el daño irrogado por el Estado y por lo tanto, dicho daño debía calificarse de antijurídico, circunstancia que conllevaba al reconocimiento de perjuicios.

2.4.2 Fiscalía General de la Nación

Mediante escrito del 27 de junio de 2019, la Fiscalía General de la Nación precisó que, en el caso objeto de estudio no se configuraban ninguno de los presupuestos esenciales que permitieran imputar responsabilidad a la entidad.

Indicó que, las actuaciones adelantadas por el ente acusador se efectuaron de conformidad con los procedimientos vigentes para la época de los hechos, por lo tanto, no era dable predicar un defectuoso funcionamiento de la administración de la justicia o una falla en el servicio.

Adujo que, conforme a los elementos probatorios y evidencia física presentada por la Fiscalía, permitieron solicitar al Juez con función de control de garantías la imposición de medida de aseguramiento privativa del demandante.

Adicionalmente indicó que, la detención del demandante no tenía la connotación de antijurídica, por lo que se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial, atendiendo que en la investigación penal existían indicios graves de la responsabilidad del señor Rafael Hernández Reyes, razón por la que, con la autonomía y libertad el Juez decidió aplicar los preceptos de la Ley 906 de 2004.

2.4.3 Rama Judicial

En escrito del 4 de julio de 2019, la entidad señaló que, si bien el Juzgado 2 Promiscuo Municipal de San José de Guaviare con Funciones de Control de Garantías impartió legalidad a la captura del demandante, la imputación y solicitud de la medida de aseguramiento fue hecha por la Fiscalía General de la Nación, en su calidad de ente acusador.

Adicionalmente precisó que, la Fiscalía incumplió sus deberes probatorios, circunstancia por la que el Juez de conocimiento absolvió al procesado ante la falencia del ente acusador, al no aportar prueba suficiente que sustentara la acusación, por lo que, no surgía obligación de resarcir el daño antijurídico por parte de la Rama Judicial.

2.5.4. Ministerio Público.

No rindió concepto

I. 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 del señor Rafael Hernández Reyes por cuenta del Juzgado Promiscuo Municipal de San José del Guaviare, que el 2 de julio de 2008 legalizó su captura y ordenó imponerle medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en centro de reclusión.

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 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 Hames Rodríguez Mogollón, es así que, de la documental allegada, se encuentra acreditado que estuvo privado de la libertad desde el 26 de febrero de 2013 al 4 de julio de 2007 conforme a la certificación visible a folio 158 c. principal.

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.

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.

3.2.2.1 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 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.

3.3 Caso concreto

En el caso que hoy ocupa la atención del Despacho, se encuentra acreditado que en audiencia realizada el 23 de octubre de 2008, el Juzgado Único Promiscuo Circuito de San José de Guaviare confirmó la decisión tomada por el Juez Segundo Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías de San José del Guaviare en el sentido de declarar legal la captura del señor Rafael Hernández Reyes, por los delitos de hurto calificado, hurto agravado y secuestro extorsivo, y así mismo, se confirmó la decisión ateniendo a la imposición de la medida de aseguramiento privativa de la libertad (fl. 43 a 47 c.2)

En decisión adoptada el 29 de noviembre de 2010, el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento absolvió al señor Rafael Hernández Reyes, por los cargos imputados por la Fiscalía y ordenó su libertad (f. 462 a 475 c. principal).

Decisión que fue objeto de recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Mediante providencia del 22 de agosto de 2014³, dicha Corporación confirmó parcialmente la sentencia apelada, absolviendo al señor Rafael Hernández Reyes de los delitos por los que fue acusado.

De la lectura de dicha providencia se extrae lo siguiente:

“Se tiene acorde con lo dispuesto por Disley Roció, que la intervención de HERNÁNDEZ consistió en el hecho de solicitar el alojamiento de DIDIER GONZALEZ ZAPATA y que estuvo pendiente de esa afectiva colaboración, llamándola posteriormente para confirmar la llegada de ZAPATA, además de ello, ninguna prueba, ni directa ni circunstancial lo involucra como copartícipe de los hechos.”

3 Folio 64 a 97.

Y si bien resulta indicioso el hecho de haber conseguido el alojamiento para su amigo ZAPATA en San José del Guaviare, y aceptando que fue éste protagonista de la comisión del secuestro y hurto en la casa y la joyería de la señora Rosa María Campiña, acorde con lo manifestado por DISLEY ROCIO, cuando da cuenta que ZAPATA le admitió que ellos habían sido los del hurto a la joyería Topacio, sumado a que tenía la noche de los hechos un botín de joyas según la enteró a ella su sobrina MIREYA MATEUS, y que además le dio a ella unas cuantas joyas para apaciguarla, para que guardara silencio, ya que al tiempo le advirtió que en "boca cerrada no entra mosca", también es cierto que el indicio que emerge de tal hecho, es contingente e insular, y no tiene la fuerza suasoria para llegar a concluir sin dubitaciones, que RAFAEL HERNÁNDEZ hacía parte de la empresa criminal que planeó y ejecutó el secuestro y el hurto investigado en las presentes actuaciones.

(...)

Así las cosas, existe apenas una probabilidad de que el acusado RAFAEL HERNÁNDEZ REYES estuviese cohonstando con tal empresa criminal, al menos prestando una ayuda para el éxito de la planeada ilicitud en San José del Guaviare, pero tal indicio resulta insuficiente para obtener el conocimiento más allá de toda duda razonable, de que efectivamente participó consciente y voluntariamente de los criminales hechos por los que se le acusa, pues éste se cuidó de decirle a DISLEY, que no sabía de las intenciones criminales de ZAPATA (...)

Persiste con lo probado un margen de duda, que conlleva a mantener el fallo absolutorio, pues ningún otro indicio o prueba directa traída al juicio permiten demostrar que la conducta de alias el abuelo esté seriamente comprometida con tal ilicitud, además porque obran contraindicios que lo favorecen como que amedrantó o amenazó a DISLEY, ni le ofreció dadas para que no lo comprometiera, solo le ofreció que se fuera para Bogotá que allá la recogería y le ayudaría (...)

Así las cosas, el Despacho encuentra que no hubo participación del señor Rafael Hernández Reyes en el hecho punible investigado, por cuanto así fue establecido en la providencia que absolvió al demandante, circunstancia que se debió ante la falta de elementos de convicción que dieran certeza de la participación del referido en los hechos por los que fue privado de la libertad.

Sobre el particular se advierte que el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a precisado:

"Sobre este aspecto, la Sala se ha pronunciado de la siguiente manera:

Siguiendo un reciente precedente, la Sala entiende que aunque la medida se haya impuesto con fundamento en uno o más indicios graves de responsabilidad, en el presente caso fue deficiente la actividad probatoria en sede criminal, falencia que en estricto sentido no generó duda razonable sino más exactamente falta de prueba incriminatoria como acertadamente lo apuntó la vista fiscal en primera instancia. Es que la privación de la libertad demanda una investigación eficiente, proclive a respetar el derecho constitucional fundamental del sindicado, por lo que si el Estado finalmente no desvirtúa la presunción de inocencia, patrimonialmente debe responder por los perjuicios ocasionados a quienes se afecte con el proceso judicial. (Subrayas del Despacho).

Conforme al anterior criterio jurisprudencial es claro que, al momento de decidirse respecto de la libertad de una persona, dicha actuación debe prececer de una investigación eficiente, es decir, contar con indicios graves de responsabilidad penal, a efectos de que proceda la imposición de la medida de detención preventiva a que haya lugar y no se vulnere el derecho fundamental a la libertad.

Del estudio que se hace de las pruebas se observa que, obra acta de audiencia preliminar llevada a cabo el 26 de junio de 2008⁴ y adelantada por el Juzgado Promiscuo Municipal con Función de Control de Garantías, de la que se advierte lo siguiente:

"INSTALADA LA AUDIENCIA Y VERIFICADA LA PRESENCIA DE LOS INTERVINIENTES, PROCEDE EL DESPACHO A CONCEDER EL USO DE LA PALABRA A LA FISCALÍA QUIEN SOLICITA SE EXPIDA ORDEN DE CAPTURA EN CONTRA DE LOS INDICIADOS GENTIL CABRERA RODRÍGUEZ Y RAFAEL HERNÁNDEZ REYES,

QUIENES DE ACUERDO CON EL MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO SE ENCUENTRAN INCURSOS EN LAS CONDUCTAS PUNIBLES EN HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO EN CONCURSO CON SECUESTRO SIMPLE HECHOS SUCEDIDOS EL 16 DE ABRIL DE 2008 EN EL ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO JOYERÍA TOPACIO CENTRO DE ESTA CIUDAD, DE PROPIEDAD DE LA SEÑORA ROSA MARÍA CAMPIÑO. UNA VEZ ESCUCHADO EL TESTIMONIO DEL SEÑOR INTENDENTE DE LA POLICÍA JUDICIAL FERNANDO BERRIO, EL DESPACHO ACCEDIÓ A LA PETICIÓN DE LA FISCALÍA COMO QUIERA QUE SE REÚNEN A CABALIDAD LOS PRESUPUESTOS PARA SU EXPEDICIÓN".

Así mismo, se observa que obra escrito de acusación⁵ presentado por el Fiscal 15 Especializado, en el que, entre otras cosas, se indicó:

"La imputación que se señaló a RAFAEL HERNANDEZ REYES y GENTIL CABRERA RODRIGUEZ es a título de Coautores del delito de SECUESTRO SIMPLE consagrado en el artículo 168 del Código Penal, el verbo que vulneró fue el de RETENER a personas, en concursos en HURTO CALIFICADO Numeral segundo, e inciso segundo AGRAVADO numerales 10 y 11.

De otro lado y como quiera que se tiene evidenciado que hay otras personas vinculadas con la realización de estos hechos, es deber de la Fiscalía seguir adelantando las diligencias necesarias para identificar, individualizar y llevar a juicio a los demás indiciados.

Por otra parte, se observa que obra certificado suscrito por el Juez 3 Penal del Circuito Especializado de Villavicencio⁶, (Meta), en el que se indicó:

"Revisada la actuación se observa que el mencionado ciudadano fue capturado el día dos (2) de julio de 2008 y permaneció privado de la libertad hasta el día veintisiete (27) de agosto de 2009, fecha en la cual el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal con Funciones de Control de San José del Guaviare (Guaviare), le concedió la libertad provisional por vencimiento de términos, con fundamento en el numeral 5dl art. 317 del Código de Procedimiento Penal, la que se hizo efectiva en la misma fecha con Orden de Libertad No. 16 suscrita por el mismo funcionario"

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la legalidad de la medida de aseguramiento, el Despacho advierte que el artículo 306 de la Ley 904 de 2004, regula lo concerniente a los requisitos y procedencia de aquella y, en su orden, dispone:

ARTÍCULO 308. REQUISITOS. *El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:*

- 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.*
- 2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.*
- 3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.*

Para el caso que nos ocupa, tenemos que la circunstancias que conllevaron a la privación de la libertad del señor Rafael Hernández Reyes, se originaron debido a la llamada realizada por el citado a la señora Disley Roció, comunicación que tuvo como fin solicitar el alojamiento del señor Didier González Zapata en la casa de la señora Disley Roció, vivienda que se encontraba ubicada en San José del Guaviare. No obstante, el señor Didier González Zapata se encontraba involucrado en la comisión de unos hechos punibles, situación por la que se vinculó al demandante en los hechos delictivos ejecutados por el referido en este Municipio.

A juicio del Despacho dicha circunstancia por sí sola no daba indicio de la participación del

5 Folio 73 a 85

6 Folio 561 vto c.2

señor Rafael Hernández Reyes en los hechos que dieron origen al proceso penal, es decir, que el actuar del demandante no constituía una conducta delictiva que requiriera de una medida tan desbordada y así mismo, con dicha llamada no se podía inferir que el demandante constituía un perjuicio para la sociedad.

En consecuencia, se advierte que el ente acusador no adelantó las actuaciones necesarias para recaudar los elementos probatorios idóneos y suficientes que permitieran inferir que el señor Rafael Hernández Reyes era integrante de un grupo delictivo.

Lo anterior por cuanto que, la llamada realizada por el señor Rafael Hernández Reyes a la señora Disley Roció, no se podía constituir como un indicio grave en contra del demandante, por cuanto que, si bien solicitó alojamiento del señor Didier González Zapata quien cometió una serie de delitos, dicha circunstancia no era suficiente para que la Fiscalía General de la Nación solicitara la medida de aseguramiento consistente en la privación de la libertad en aras de garantizar la comparecencia al proceso penal, ni tampoco generaba una actuación ajena al comportamiento humano en torno a un favor solicitado por un conocido.

De acuerdo con el precepto normativo transcrito con antelación, la medida de aseguramiento en el presente asunto resultó desproporcionada, toda vez que no eran suficientes los indicios derivados de las pruebas del proceso, las cuales permitieron establecer la participación del demandante en los hechos por lo que se adelantó proceso penal.

Así las cosas, es válido afirmar que la decisión adoptada no se ajustó a los criterios establecidos en la legislación y, por tanto, hay lugar a concluir que la medida impuesta al demandante se tornó desproporcionada.

En esa medida, el Despacho advierte que atendiendo las razones que dieron origen a la privación de la libertad del señor Rafael Hernández Reyes, se encuentra que la misma se puede calificar como injusta y por lo tanto el demandante no estaba obligado a soportarla.

En consecuencia, el daño es imputable a la Nación-Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, puesto que, la primera impuso la medida de aseguramiento y la segunda recaudó los elementos probatorios y evidencias físicas de los hechos materia de la investigación y fue la encargada de solicitar las medidas preventivas ante el juez de control de garantías conforme el artículo 287 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, es posible concluir la responsabilidad tanto de la Fiscalía General de la Nación como de la Rama Judicial en la privación de la libertad soportada por Rafael Hernández Reyes. Aunque en casos tramitados bajo la Ley 906 de 2004, en principio, ostenta un mayor grado de responsabilidad la Rama Judicial por ser el juez de control de garantías y la autoridad que finalmente decide sobre la privación de la libertad; en el presente asunto se encuentra demostrada una mayor concurrencia de la Fiscalía en la causación del daño y, en menor proporción a la Rama Judicial, por lo que se atribuirá un porcentaje del 60% a la primera (Fiscalía) y del 40% a la segunda (Rama Judicial).

Lo anterior obedece porque por parte de la Fiscalía General de la Nación no se desarrolló en debida forma sus funciones de investigación al vincular a un proceso penal a una persona con base en material probatorio insuficiente para desvirtuar su presunción de inocencia.

Así las cosas, la parte demandante podrá perseguir el pago del 100% de la condena impuesta en esta sentencia ante cualquiera de las entidades demandadas, con la prevención de que la entidad que pague la totalidad de la condena podrá repetir contra la otra, de conformidad con los siguientes porcentajes, 60% a cargo de la Fiscalía General de la Nación y 40% a cargo de la Rama Judicial.

Así las cosas, se condenarán de manera solidaria al pago de los dineros reconocidos.

Sobre esta premisa, el **CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B** Consejero ponente: **RAMIRO PAZOS GUERRERO** de 4 de marzo de 2019 - Radicación número: 17001-23-31-000-2010-00258-01(46174) Actor: **ALEXÁNDER CUBILLOS MONTOYA Y**

OTROS Demandado: NACIÓN-RAMA JUDICIAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN al resolver el caso concreto, condenó solidariamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Rama judicial por la privación injusta a que fue sometido un ciudadano. Al respecto, dispuso:

“(…) Ciertamente, es de recordar que el mandato constitucional incorporado para asegurar la implementación del sistema acusatorio en materia penal, atribuyó al juez con funciones de control de garantías la adopción de medidas necesarias para asegurar la comparecencia del imputado al proceso penal, entre ellas, la restricción de su libertad. La Constitución Política facultó al legislador para establecer aquellos eventos en los que la Fiscalía General de la Nación puede realizar capturas de manera excepcional, con el control posterior de las mismas a cargo del juez con funciones de control de garantías⁷.

El Código de Procedimiento Penal adoptado a través de la Ley 906 de 2004, desarrolló el mandato constitucional que incorporó el sistema penal acusatorio en nuestro país. Bajo este diseño legislativo, se distinguió el rol de la Fiscalía General de la Nación como autoridad investigadora y el del juez, de un lado desde el ejercicio de la función de control de garantías y de otro, como juez de conocimiento durante la etapa del juicio.

En torno a la restricción de la libertad, conviene precisar que la Ley 906 de 2004 consagró una solicitud de imposición de medida de aseguramiento procedente del fiscal, dotada de los elementos necesarios para darle sustento a su necesidad y urgencia, sometida a consideración del juez con funciones de control de garantías (Artículo 306).

A la autoridad judicial compete finalmente decretar la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenida legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva, además de que se cumpla alguno de los siguientes requisitos: i) que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia; ii) que el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, y iii) que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia (artículo 308).

Ahora bien, no discute la Sala que en el Código de Procedimiento Penal implementado con la Ley 906 de 2004, radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías la competencia para decidir sobre la libertad del imputado; sin embargo, no es menos cierto, que la solicitud de restricción se origina por la solicitud formulada al juez por el fiscal investigador, e igualmente, se asigna al fiscal, en eventos excepcionales la realización de capturas, las que también pueden ser realizadas por miembros de la Policía Judicial en casos de flagrancia.

Al respecto, la Corte Constitucional⁸ distinguió las competencias atribuidas al fiscal y al juez, a partir de la Ley 906 de 2004. En su orden consideró que al juez de control de garantías se le instituyó como “el principal garante de la protección judicial de la libertad y de los derechos fundamentales de quienes participan en el proceso penal y sujetó el ejercicio de las competencias relativas a la restricción de las libertades y derechos de los ciudadanos al control de dicha autoridad judicial independiente”. Señaló por su parte, que en un primer momento el fiscal no es competente para restringir la libertad del imputado, sin embargo, con ocasión del tercer inciso del numeral 1º del artículo 250 de la Carta Política, se atribuyó una competencia excepcional para realizar capturas, que en ningún modo puede entenderse “como el mantenimiento en cabeza de dicho organismo de una competencia que expresamente quiso dejarse en cabeza de una autoridad judicial”.

La Sala encuentra que en vigencia de la Ley 906 de 2004, la competencia para restringir la

7 El artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo n.º 3 de 2002 dispuso: La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo.

(...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: 1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. // La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

8 Corte Constitucional, Sentencia C-730 del 12 de julio de 2005. Exp. D-5442, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

libertad del procesado radica en cabeza del juez con funciones de control de garantías; no obstante, el fiscal es la autoridad que solicita la imposición de la medida de aseguramiento, soportado en los elementos de conocimiento que sustenten la necesidad de la medida y su urgencia.

La Sala ha considerado al respecto, que bajo la estructura del sistema penal acusatorio regido por la Ley 906 de 2004, el elemento imputación en la responsabilidad administrativa por privación injusta de la libertad, debe abordarse desde la concausalidad en la medida en que la prosperidad de la solicitud formulada por la Fiscalía depende de la decisión del juez y a su vez, el juez no está facultado para imponer medida restrictiva de la libertad si no ha mediado solicitud del fiscal. Entendiéndose como “un acto estatal complejo que principia en la solicitud de la Fiscalía y concluye en la orden del juez de garantías”⁹. (...)”

4. De la mora judicial

Por otra parte, el Despacho encuentra que en el presente asunto también se imputo responsabilidad a la Nación – Rama Judicial, por la mora judicial en que presuntamente incurrió dicha entidad en el proceso penal adelantado en contra del señor Rafael Hernández Reyes, por cuanto, el demandante fue capturado en julio de 2008, posteriormente para el año 2010 fue absuelto y finalmente debido a la apelación interpuesta el Tribunal confirmó dicha decisión hasta el año 2014.

Sobre el particular, se advierte que, en providencia del 20 de febrero de 2020, el Consejo de Estado¹⁰ precisó:

“Asimismo, cabe precisar que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la responsabilidad del Estado derivada de la mora judicial debe dilucidarse luego de analizar la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes, la forma como se llevó el caso, el volumen de trabajo del despacho que tramitó el asunto y los estándares de funcionamiento de la Rama Judicial, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de procesos como aquel que sirve de fundamento a las pretensiones del presente asunto, punto que debe analizarse desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión y no desde la óptica de un Estado ideal”¹⁴.

Al respecto, es pertinente recordar que el paso del tiempo no resulta suficiente para concluir que se presentó una mora judicial injustificada, de ahí que deban analizarse las condiciones particulares del servicio de administración de justicia, en concreto de la jurisdicción a cargo del respectivo proceso, de los despachos encargados de su trámite, del tipo de proceso que se invoca como fundamento del petitum y de la conducta de las partes, con el fin de constatar si la tardanza constituye o no un defectuoso funcionamiento del servicio”¹⁵.

De igual manera, en dicha providencia se dispuso:

“En otras palabras, la dilación de una decisión administrativa o judicial compromete la responsabilidad extracontractual del Estado, siempre que sea injustificada, lo cual debe determinarse por el juzgador en cada caso concreto, con fundamento en distintos factores tales como la propia realidad de la administración de justicia y las características del asunto que se esté resolviendo, entre otros. Así se ha pronunciado esta corporación:

“(…) para la determinación de qué se entiende por ‘violación o desconocimiento del plazo razonable’ corresponde al juzgador analizar las condiciones de tiempo, modo y lugar, así como los factores internos y externos en los que se presta el servicio, en otros términos, con qué instrumentos o herramientas se contaba para adoptar la decisión y, por lo tanto, si no existen circunstancias que justifiquen el retardo en la definición del asunto administrativo o jurisdiccional.

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 3 de agosto de 2017, Exp. 45159, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 20 de febrero de 2020. Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00166-01(49415)

"De modo que, (sic) no toda tardanza es indebida porque pueden existir razones que la justifiquen y que conduzcan al operador jurídico a la conclusión de que no se vulneró el artículo 29 de la Constitución Política, conclusión a la que arribó el juez constitucional al señalar que la mora judicial no desconoce el derecho a un juicio en un plazo razonable si existen factores que justifiquen el sobrepasar los términos fijados en la ley (v.gr. la congestión judicial, las resoluciones (sic) de peticiones formuladas por las partes, la petición de los agentes del Ministerio Público para estudiar el proceso, etc.).

"En esa línea de pensamiento, para poder predicar la existencia de una dilación injustificada de una decisión administrativa o judicial, a la luz del artículo 29 de la Constitución Política, es preciso que se constate la configuración de los siguientes presupuestos: i) los términos fijados en la ley deben haberse sobrepasado, que las normas que los señalan obligan no sólo a los administrados, sino a la administración pública, ii) la tardanza en la toma de la decisión no debe tener causa o motivo que la justifique, iii) la mora debe ser producto de una omisión de los funcionarios administrativos que tienen a su cargo el impulso o la decisión administrativa, y iv) la violación del plazo vencido debe catalogarse como desproporcionada frente al trámite respectivo.

"Frente a este último aspecto, es importante indicar que son dos los factores que determinan la razonabilidad o no del plazo: i) la duración de trámites o procesos similares al que es objeto de juzgamiento, y ii) el estudio riguroso de las circunstancias fácticas para aplicar estrictamente las reglas de la experiencia" ¹⁶.

Conforme al anterior criterio jurisprudencial es claro que, a efectos de que se configure la mora judicial se deben reunir una serie de requisitos, toda vez que la misma no se constituye solamente por el pasar del tiempo.

En el presente asunto tenemos que, el día 6 de julio de 2008, el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de San José del Guaviare con Función de Control de Garantías legalizó la captura del señor Rafael Hernández Reyes, decisión que fue confirmada por el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare.

Adicionalmente, se encuentra que se surtieron las diferentes etapas que conllevaban el proceso penal, sin dejarse de lado que en el trámite de dicho proceso se suspendieron actividades por parte de las autoridades judiciales con ocasión al paro adelantado por los funcionarios de dicha jurisdicción, circunstancia que se avizora del Oficio No. 383 del 26 de agosto de 2009, suscrito por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, (Meta), en el que se efectuó un recuento de las actuaciones adelantadas dentro del proceso adelantado en contra del señor Rafael Hernández Reyes, del que se extrae que el Juzgado Promiscuo del Circuito de San José del Guaviare, mediante auto del 16 de octubre de 2008 indicó que, se encontraba en paro judicial indefinido convocado por Asonal Judicial a partir del 3 de septiembre y para el día 10 de septiembre de 2008 todavía se encontraba el cese de actividades, circunstancia por la que la diligencias se suspendían.

Por otra parte, se avizora que dentro del trámite surtido dentro de dicho proceso, el Juez del Circuito de San José del Guaviare, mediante providencia del 20 de enero de 2009, se declaró impedido para avocar el conocimiento y en consecuencia, se dispuso remitir las diligencias al Tribunal Superior de Villavicencio. Por su parte, dicha Corporación en auto del 17 de febrero de 2009 ordenó la devolución del proceso aludiendo que el titular el Despacho que había invocado el impedimento ya no ostentaba la calidad de Juez.

Así mismo, es importante destacar que en el caso que nos ocupa en diferentes ocasiones se suspendieron las diligencias programadas, toda vez que no se contaba con la presencia de los imputados, circunstancia que impedía el desarrollo de las respectivas audiencias.

De igual manera, no se puede desconocer que, en dicho trámite, en audiencia llevada a cabo el 12 de noviembre de 2009, por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado con Función de Conocimiento de Villavicencio, se dispuso *"Declarar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia de acusación, inclusive"*. Lo anterior por cuanto, lo actuado se había adelantado ante un Juzgado que carecía de competencia.

Finalmente, se observa que el 29 de noviembre de 2010, se absolvió al señor Rafael Hernández Reyes, sin que hasta este punto se evidencie algún tipo de irregularidad, por

cuanto como se advirtió al interior del proceso penal se surtieron diferentes actuaciones – suspensión de diligencia, cese de actividades, nulidades, impedimentos- que estudiadas las mismas, se resolvieron de manera cronológica. Ahora bien, la decisión que absolvió al señor Rafael Hernández Reyes fue recurrida por la Fiscalía General de la Nación y la representante de las víctimas recurso del que se corrió traslado por el término de 5 días, venciendo dicho término el 6 de diciembre de 2010.¹¹

Finalmente, se advierte que, si bien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio tuvo un retraso en resolver la situación jurídica del demandante, puesto que, hasta el 22 de agosto de 2014, confirmó parcialmente la decisión adoptada en primera instancia, no se debe desconocer que el señor Rafael Hernández Reyes recuperó su libertad desde el 27 de agosto de 2009.

Así las cosas, el Despacho considera que no hay lugar a pronunciarse sobre los posibles perjuicios que se hayan causado en el lapso transcurrido desde el momento en que el señor Rafael Hernández Reyes recuperó su libertad hasta cuando se confirmó la decisión de absolución por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, puesto que en el proceso no obra prueba alguna que demuestre que durante ese interregno los demandantes sufrieron un daño antijurídico susceptible de reparación.

Advertido lo anterior, el Despacho efectuará la respectiva liquidación con ocasión a los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación de la libertad de la que fue objeto el señor Rafael Hernández Reyes:

5. Liquidación de los Perjuicios:

5.1. Perjuicios Morales

En lo que respecta al reconocimiento de perjuicios morales en casos de privación injusta tenemos que el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha señalado: *Frente a la acreditación de dicho perjuicio, la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido que únicamente basta con la prueba del parentesco o de la relación marital, para inferir la afectación moral de la víctima, del cónyuge, o compañero permanente, los padres, hijos, hermanos, abuelos y nietos*¹².

Ahora bien, en los casos de privación injusta de la libertad se tendrá en cuenta los criterios contenidos en la sentencia de 28 de agosto de 2013, proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativa¹³, los cuales, se resumen en los términos del cuadro que se incorpora a continuación:

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Víctima directa	35% del Porcentaje de la Víctima directa	25% del Porcentaje de la Víctima directa	15% del Porcentaje de la Víctima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

11 Folio 476

12 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 36149, C.P. Hernán Andrade Rincón (E). Actor: José Delgado Sanguino y otros. Demandada: La Nación – Rama Judicial.

13 –radicación No. 25.022–

Ahora bien, con fundamento en las máximas de la experiencia, resulta posible afirmar que la privación de la libertad que soportó **Rafael Hernández Reyes** le causó un perjuicio moral que debe ser indemnizado, porque es razonable asumir que la persona que ve afectada su libertad experimente sentimientos de angustia e impotencia por no poder determinar el rumbo de su vida; perjuicio que se hace extensible a sus seres queridos más cercanos, quienes se afectan por la situación de zozobra por la que atraviesa su ser querido.

En el caso concreto está probado que **Rafael Hernández Reyes** estuvo privado de la libertad desde el 2 de julio de 2008 al 27 de agosto de 2009¹⁴, es decir por lapso de **1 año, 1 mes y 25 días**, por lo que de conformidad con el cuadro anterior se encontraría dentro del rango **Superior a 12 e inferior a 18**, en ese orden de ideas en principio habría lugar a concederle al afectado directo la suma de 90 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, el Consejo de Estado¹⁵ frente a la cuantificación de los perjuicios morales ha dicho:

"(...) Empero, la jurisprudencia también ha destacado que el carácter vinculante del precedente no implica la consagración de una regla inmodificable que obligue a tomar decisiones en un mismo sentido o a resarcir los perjuicios con idéntico rasero, sino que debe atenderse a la particularidad de cada caso.

59. Por ello, sin que esto signifique ignorar la pauta adoptada unificadamente, el juez puede, e incluso debe, adoptar una medida distinta, que resulte más justa, equitativa y acorde al principio de reparación integral, conforme a los hechos efectivamente probados. En concreto, la Sala ha hecho uso de la regla de tres simple para fijar proporcionalmente el monto a resarcir por perjuicios

60. Así pues, dado que el tiempo de la privación que sufrió el señor Ayala fue muy inferior al mes que presupone el criterio de unificación antedicho, se tiene que el valor que debe concederse naturalmente debe ser inferior que la suma allí presupuestada. Así, tras realizar la operación aritmética referida en el párrafo anterior, se concluye que es pertinente concederle la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del señor Luis Virgilio Ayala Rangel."

La jurisprudencia en cita, ha destacado que el carácter vinculante del precedente no implica la consagración de una regla inmodificable que obligue tomar decisiones en un mismo sentido o a resarcir los perjuicios con idéntico rasero, sino que debe atenderse a la particularidad de cada caso.

Por ello, sin desconocer la pauta adoptada en sede de unificación, el Despacho aplicará una medida que resulta justa, equitativa y conforme al principio de reparación integral y a los hechos probados, haciendo uso de la regla de tres simples para fijar proporcionalmente el monto a resarcir por perjuicios morales de acuerdo a la gravedad del daño - tiempo de privación.

Así pues, dado que el tiempo de la privación que sufrió **Rafael Hernández Reyes** fue de **1 año, 1 mes y 25 días**, al aplicar la mencionada regla de tres el valor correspondiente por indemnización no es el máximo del rango, puesto que el tiempo de privación fue muy inferior a 18 meses. Es decir que para hallar el valor real se debe tomar el tiempo adicional (1 mes y 25 días) al tiempo base del rango a aplicar (en el caso concreto el tiempo base es 12 meses), multiplicarlo por el número de salarios de diferencia que hay entre el rango a aplicar y el inmediatamente anterior ($90-80=10 \text{ smlmv}$) y dividirlo por el número de días que comprende cada rango, que en el presente caso es 120 días, así la fórmula a aplicar sería la siguiente:

$$X = \frac{55 \text{ días} \times 10 \text{ SMLMV}}{120 \text{ días}}$$

$$X = 4.58 \text{ SMLMV}$$

Como quiera que por doce meses de privación corresponde una indemnización de 80

¹⁴ Según certificado expedido por el Secretario del Centro de Servicios de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Villavicencio folio 17 c.1

¹⁵ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección "B", C.P.: Danilo Rojas Belancourth, Bogotá, D.C., 13 de diciembre de 2017, Expediente: 45844.

SMLMV, y por 1 mes y 25 días adicionales el equivalente a 4,58 SMLMV, el monto total a reconocer por perjuicios morales a favor de la víctima directa es de ochenta y cuatro punto cincuenta y ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia (84.58 SMLMV). Para liquidar el daño moral respecto de los demás demandantes únicamente se aplicará la proporción según el Consejo de Estado pero sobre el monto aquí hallado.

Se reconocerá a favor de los señores **Isabel Reyes de Hernández y Gustavo Hernández Tapiero** en calidad de padres de la víctima, parentesco que se encuentra acreditado con el registro civil de nacimiento obrante a folio 3, la suma de ochenta y cuatro punto cincuenta y ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia (84.58 SMLMV), para cada uno.

Por otra parte, con los registros civiles de nacimiento que fueron aportados al proceso¹⁶, se encuentra acreditado que **Daira Valentina Hernández Beltrán y D' Alexandro Hernández Ávila** son hijos del señor Rafael Hernández Reyes, razón por la cual hay lugar a reconocerles por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente de ochenta y cuatro punto cincuenta y ocho salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia (84.58 SMLMV), para cada uno.

Respecto a la señora **Yolanda Ávila Rodríguez**, quien actúa en el presente asunto como compañera permanente del señor Rafael Hernández Reyes, el Despacho advierte que, no obran elementos probatorios con los que se pueda inferir la existencia de algún vínculo entre los referidos.

En efecto, del estudio que se hace del expediente, se observa que no se aportó prueba idónea –testimonial o documental– que demostrara la calidad de quien compareció como compañera permanente del señor Rafael Hernández Reyes.

Finalmente, respecto de las demandantes **María Soraya Hernández Reyes y Clara Isabel Hernández Reyes**, se encuentra acreditado que son hermanas del señor Rafael Hernández Reyes, conforme a los registros civiles de nacimiento obrante a folio 6 y 8, por lo tanto, se reconocerá la suma equivalente de cuarenta y dos punto veintinueve salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de firmeza de esta sentencia (42.29 SMLMV), para cada una.

Así les corresponden los siguientes valores:

BENEFICIARIO	CALIDAD RESPECTO DE LA VÍCTIMA	MONTO EN SMLMV
Rafael Hernández Reyes	Víctima directa	84.58
D' Alexandro Hernández Ávila	Hijo	84.58
Daira Valentina Hernández Beltrán	Hija	84.58
Gustavo Hernández Tapiero	Padre	84.58
Isabel Reyes de Hernández	Madre	84.58
María Soraya Hernández Reyes	Hermana	42.29
Clara Isabel Hernández Reyes	Hermana	42.29

5.2 Perjuicios Materiales

5.2.1. Daño Emergente

En la demanda se solicitó por este perjuicio la suma de \$10'000.000, derivados de los honorarios profesionales pagados a los profesionales del Derecho que tramitaron su defensa en el proceso penal.

En relación con los parámetros para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio material, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019¹⁷, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó que ese rubro se reconocerá siempre que se cumpla de forma concurrente con

16 Folio 5 y 7

17 Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

cada uno de los siguientes requisitos, a saber:

"Respecto del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales:

i) Se reconoce el daño emergente por pago de honorarios profesionales únicamente en favor del demandante que lo haya solicitado como pretensión indemnizatoria de la demanda y pruebe que fue quien efectuó ese pago.

ii) Se reconoce si se prueba que el abogado que recibió el pago por concepto de honorarios profesionales fungió en el asunto penal como apoderado del afectado directo con la medida de aseguramiento.

iii) La factura —o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario)— acompañada de la prueba de su pago, expedidos ambos por el abogado que asumió la defensa penal del afectado directo con la medida de aseguramiento, será la prueba idónea del pago por concepto de honorarios profesionales.

iv) La indemnización del daño emergente correspondiente al pago de honorarios profesionales se hará por el valor registrado en la factura o documento equivalente (artículos 615 y 617 del Estatuto Tributario) y en la prueba del pago. De no coincidir los valores consignados en la factura o documento equivalente y en la prueba del pago, se reconocerá por este concepto el menor de tales valores" (negrilla del texto original).

Del estudio que se hace del expediente no se observan facturas o documentos equivalentes expedidos por los profesionales del derecho que asumieron la defensa del señor Rafael Hernández Reyes, dentro del proceso penal, que dé cuenta del pago efectuado por el demandante por lo que, conforme a los criterios jurisprudenciales que anteceden, el Despacho negará el perjuicio material solicitado.

5.2.2. Lucro Cesante

En la demanda se solicitó a título de daño lucro cesante, que se condenara a las entidades demandadas a pagar a favor del señor Rafael Hernández Reyes, los ingresos dejados de percibir durante su privación.

Al respecto, es importante traer a colación lo dispuesto por el H. Consejo de Estado¹⁸ en sentencia del 20 de febrero de 2020, en la que se dispuso:

"De conformidad con la jurisprudencia reiterada¹⁹ y unificada²⁰ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

En relación con los parámetros para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio material, en sentencia de unificación del 18 de julio de 2019²¹, la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó lo siguiente:

"Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los eventos de privación injusta de la libertad debe haber prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos. Cuando la persona privada injustamente de su libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, tendrá derecho a que se le indemnice el lucro cesante.

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A, sentencia del 20 de febrero de 2020, C.P. Marta Nubia Velásquez, Radicación número: 76001-23-31-000-2003-03663-01(50003)

19 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

20 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), radicación: 36.149.

21 Consejo de Estado, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, exp. 44.572, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

"1.1. Parámetros para liquidar el lucro cesante:

"2.2.1 Período indemnizable

"El período indemnizable, para la liquidación del lucro cesante, en los eventos de privación injusta de la libertad, será el tiempo que duró la detención, es decir, el período que transcurrió desde cuando se materializó la orden de detención con la captura o la aprehensión física del afectado con la medida de aseguramiento y hasta cuando éste recobró materialmente la libertad o quedó ejecutoriada la providencia que puso fin a la actuación penal contra el investigado o sindicado, lo último que ocurra.

"La liquidación del lucro cesante comprenderá, si se pide en la demanda y se prueba suficientemente su monto, el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que duró la detención y, además, si se solicita en la demanda, el valor de los ingresos que se acredite suficientemente que hubiera percibido la víctima después de recuperar su libertad y que se frustraron con ocasión de pérdida de ésta.

"2.2.2 Ingreso base de liquidación

"El ingreso base de liquidación deber ser lo que se pruebe fehacientemente que devengaba la víctima al tiempo de su detención, proveniente del ejercicio de la actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos.

"Para que la prueba del ingreso sea suficiente, debe tenerse en cuenta que, si se trata de un empleado, se debe acreditar de manera idónea el valor del salario que recibía con ocasión del vínculo laboral vigente al tiempo de la detención; al respecto, debe recordarse que los artículos 232 (inciso segundo) del Código de Procedimiento Civil y 225 del Código General del Proceso señalan que: 'Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión' (negrillas de la Sala).

"El ingreso de los independientes debe quedar también suficientemente acreditado y para ello es necesario que hayan aportado, por ejemplo, los libros contables que debe llevar y registrar el comerciante y que den cuenta de los ingresos percibidos por su actividad comercial o remitir, por parte de quienes estén obligados a expedirlas²², las facturas de venta, las cuales tendrán valor probatorio siempre que satisfagan los requisitos previstos en el Estatuto Tributario²³, o que se haya allegado cualquier otra prueba idónea para acreditar tal ingreso.

"2.2.4 Incremento del 25% por concepto de prestaciones sociales

"Se puede reconocer un incremento del 25% al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales²⁴, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las prestaciones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada²⁵.

22 Original de la cita: "ARTICULO 615. OBLIGACIÓN DE EXPEDIR FACTURA. Para efectos tributarios, todas las personas o entidades que tengan la calidad de comerciantes, ejerzan profesiones liberales o presten servicios inherentes a éstas, o enajenen bienes producto de la actividad agrícola o ganadera, deberán expedir factura o documento equivalente, y conservar copia de la misma por cada una de las operaciones que realicen, independientemente de su calidad de contribuyentes o no contribuyentes de los impuestos administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales. // Para quienes utilicen máquinas registradoras, el documento equivalente será el ticket expedido por ésta".

23 Original de la cita: "Ver la cita 60 de la página 31".

24 Original de la cita: "De las prestaciones trata el Código Sustantivo del Trabajo (capítulos VIII y IX) y están concebidas como beneficios legales que el empleador debe pagar a sus trabajadores, adicionalmente al salario ordinario, para atender necesidades o cubrir riesgos originados durante el desarrollo de la actividad laboral".

25 Original de la cita: "La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, precisó que las prestaciones sociales solo se causan en virtud de la existencia de un contrato de trabajo subordinado y que a ellas no tienen derecho quienes desarrollan una actividad como independientes; al respecto, dijo:

'En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así

"Así, se debe acreditar la existencia de una relación laboral subordinada, de manera que no se reconozca el incremento en mención cuando el afectado directo con la medida de aseguramiento sea un trabajador independiente, por cuanto, se insiste, las prestaciones sociales constituyen una prerrogativa en favor de quienes tienen una relación laboral subordinada, al paso que los no asalariados carecen por completo de ellas" (negritas y subrayas del texto original).

Para el caso que nos ocupa, se advierte que obra certificado en el que se indica que el señor Rafael Hernández Reyes laboró para la comercializadora de Cítricos y Frutas del Cauca Antioqueña "CITRICA" y para el momento en que ocurrieron los hechos devengaba la suma de \$2.300.000.

Al respecto, el Despacho considera que tal medio de prueba no genera la convicción suficiente para dar por ciertas las circunstancias expuestas en dicho certificado, así mismo, la parte actora tampoco propendió por el allegó de prueba testimonial a efectos de constatar la relación contractual y emolumentos recibidos por el demandante.

Sobre el particular, el Despacho considera que no es dable el reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, toda vez que si bien se allegó el referido certificado, lo cierto es que conforme a la sentencia aludida en párrafos anteriores, es claro que la indemnización que se reclama debe estar probado de manera suficiente, en tanto que, este no se presume, inclusive a pesar de que la persona estuviera en una edad productiva, por lo tanto, el Despacho negará el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.

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 reconocidas 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,

como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente'.".

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de la cual fue víctima el señor Rafael Hernández Reyes.

SEGUNDO: CONDENAR a la Nación – Rama Judicial y Fiscalía General de la Nación, a pagar los siguientes valores por concepto de perjuicios morales:

BENEFICIARIO	CALIDAD RESPECTO DE LA VICTIMA	MONTO EN SMLMV
Rafael Hernández Reyes	Víctima directa	84.58
D' Alexandro Hernández Ávila	Hijo	84.58
Daira Valentina Hernández Beltrán	Hija	84.58
Gustavo Hernández Tapiero	Padre	84.58
Isabel Reyes de Hernández	Madre	84.58
Maria Soraya Hernández Reyes	Hermana	42.29
Clara Isabel Hernández Reyes	Hermana	42.29

Las anteriores sumas de dinero deberán ser liquidadas con el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

La parte demandante podrá perseguir el pago del 100% de la condena impuesta en esta sentencia ante cualquiera de las entidades demandadas, con la prevención de que la entidad que pague la totalidad de la condena podrá repetir contra la otra, de conformidad con los siguientes porcentajes, 60% a cargo de la Fiscalía General de la Nación y 40% a cargo de la Rama Judicial.

La entidad que asuma la condena podrá repetir contra la otra, en los porcentajes determinados en la parte motiva 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

KAOA



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	1100133360362017-00242-00
Demandante :	Yesid Guerrero Reyes y otros
Demandado :	Nación – Rama Judicial

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 41**

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, los señores Yesid Guerrero Reyes, Aída Fernández Castro, Adrián Arlex Guerrero Fernández, Ingri Paola Guerrero Fernández, Andrés Fabián Guerrero Fernández, Daniel Yesid Guerrero Fernández y Yolanda Guerrero Reyes presentaron demanda contra la Nación – Rama Judicial, a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz de la decisión adoptada por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en providencia del 5 de febrero de 2015, al interior del trámite del recurso extraordinario de revisión contra el fallo proferido el 27 de enero de 2005 por la Sección Primera del Consejo de Estado, que se tramitó bajo el radicado 11001031500020050071300.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales e inmateriales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 6-8 c1).

2.2. Hechos de la demanda.

El apoderado de la parte actora indicó que la señora Luz Helena Gómez Leyva formuló demanda de pérdida de investidura en contra de la elección de Yesid Guerrero Reyes como diputado de la Asamblea Departamental del Tolima para el periodo 2004-2007, dado el presunto conflicto de intereses que existió en la elección del contralor del departamento. El proceso fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima bajo el radicado 4400123310002004006801, que en primera instancia negó las pretensiones de la demanda.

En segunda instancia mediante providencia del 27 de enero de 2005, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la sentencia de primera instancia y decretó la pérdida de investidura del diputado del departamento del Tolima, señor Yesid Guerrero Reyes, por considerar que ante el adelantamiento de un proceso de responsabilidad fiscal en contra del demandado, se presentaba un interés directo en la elección de contralor, motivo por el que, ha debido declararse impedido para participar en dicha elección.

En virtud de lo anterior, señaló que la decisión se basó en un documento falso, que indicaba que en contra del señor Yesid Guerrero Reyes se adelantaba un proceso fiscal, lo que no correspondía con la realidad, razón por la que, el 24 de mayo de 2005 formuló denuncia penal por los delitos de falsedad ideológica contra los funcionarios de la Contraloría Departamental del Tolima que expidieron las certificaciones aportadas, cuyo conocimiento estuvo a cargo de la Fiscalía 19 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Ibagué, que mediante decisión del 15 de diciembre de 2005, profirió resolución de acusación en contra del señor Gamaliel Hernández Martínez.

Así mismo, adujo que formuló recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 27 de enero de 2005 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, por la causal de haberse proferido la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, proceso en el que, presuntamente, debido a una imprecisión relacionada con la fecha de radicación la denuncia penal que no databa del 2004 sino del 2005, se desestimó el recurso de revisión mediante decisión del 3 de febrero de 2015, proferida por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado.

Finalmente precisó que con posterioridad a la decisión del recurso de revisión, adelantó diversas gestiones con el fin de corroborar que la denuncia penal fue formulada en el 2005, y una vez logrado, formuló tutela en contra de las decisión el 3 de febrero 2015, la que fue negada por improcedente, al no cumplir con el requisito de inmediatez.

2.3. Contestación de la demanda.

Mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2018 (fls.77-83 c1), la Rama Judicial contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que no se configuró un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y error jurisdiccional como lo pretendía hacer ver el demandante.

Indicó que, conforme a lo probado al interior del proceso de pérdida de investidura y trámite del recurso extraordinario de revisión, el actor conocía de la presunta falsedad de la certificación que daba cuenta de las investigaciones por responsabilidad fiscal, por lo que ha debido manifestarlo ante el juez natural del procedimiento, sin que el trámite de recurso extraordinario de revisión se constituyera en una tercera instancia.

Así mismo, señaló que independientemente de que la denuncia penal fuera presentada en el año 2005 y 2004 como lo indicó el Consejo de Estado, que se basó en una documental emitida por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué, la decisión del recurso extraordinario de revisión hubiera sido la misma, pues no se probó que los documentos fueran declarados falsos.

Por lo anterior, adujo que no se configuraba un error jurisdiccional y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, en la medida que las decisiones se tomaron con apego a la ley.

Formuló las siguientes excepciones:

- Ausencia de causa petendi, por cuanto el actor no esgrimió la carga argumentativa de la que se deriva el presunto error judicial y defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.
- Culpa exclusiva de la víctima, dado que el actor no presentó en tiempo la prueba que consideraba para alegar la falsedad de los documentos en que se basó al proceso de pérdida de investidura.
- Ausencia de causación de daño antijurídico por parte de la Rama Judicial, en razón que las decisiones de los jueces no generaron daño alguno a los demandantes, pues

no se probó la falsedad de los documentos en los que se basaron las decisiones.

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 24 de mayo de 2017 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (fls. 35 c1), quien mediante auto del 17 de agosto de 2017 declaró la falta de competencia y remitió el proceso a los juzgados administrativos de Bogotá, correspondiéndole por reparto el conocimiento a este Despacho el 20 de septiembre de 2017 (fls.50 c1). Mediante auto de 16 de noviembre de 2017 se inadmitió y subsanadas las falencias advertidas, por auto proferido del 19 de abril de 2018 se admitió la demanda en contra de la Rama Judicial, y se rechazó en contra de la Fiscalía General de la Nación, y la presentada por los señores Doris Marina Castro de Fernández y Ana Fanny Rojas de Mejía (fls. 68 c1).

El 3 de septiembre de 2019 se llevó a cabo la audiencia inicial (fls.104-105 c1).

El 30 de enero de 2020 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (fls. 132-133 c1).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 11 de febrero de 2020, la parte actora solicitó acceder a las pretensiones de la demanda. Resaltó que no era procedente alegar la tacha de falsedad en el proceso de pérdida de investidura, pues el documento adolecía de falsedad ideológica y no material, así mismo, que se configuraba un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y error judicial por parte de la Fiscalía Primera delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué en la resolución del 15 de diciembre de 2005, al señalar en su recuento fáctico que la denuncia presentada por el actor había sido el 24 de mayo de 2004 y no 2005, lo que conllevó a que se desestimara el recurso extraordinario de revisión por parte del Consejo de Estado (fls.398-403 c1).

La parte demandada y el agente del Ministerio Público guardaron silencio.

III. CONSIDERACIONES

3.1 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, al presuntamente no valorarse en debida forma las pruebas aportadas en el trámite del recurso extraordinario de revisión contra el fallo proferido el 27 de enero de 2005 por la Sección Primera del Consejo de Estado, que se tramitó bajo el radicado 1100103150002005007130, y que fuera declarado infundado por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en providencia del 5 de febrero de 2015.

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

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.

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. 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 declaratoria de pérdida de investidura como diputado del departamento del Tolima.

En efecto, al interior del proceso 44001233100020040068401, mediante sentencia del 27 de enero de 2005, la Sección Primera del Consejo de Estado revocó la sentencia del 2 de junio de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima y decretó la pérdida de investidura del diputado del departamento del Tolima del señor Yesid Guerrero.

Así mismo, se encuentra acreditado que, contra la anterior decisión se interpuso el recurso extraordinario de revisión, que fue declarada infundado por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en providencia del 5 de febrero de 2015, decisión que cobró ejecutoria el 23 de febrero de 2015.

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

² *Ibidem*.

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 Del error jurisdiccional

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como el *"cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley"*.

El artículo 67 de la Ley 270 de 1996 sujetó el acaecimiento del error judicial a los siguientes presupuestos:

- “1.- El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
- 2.- La providencia contentiva de error deberá estar en firme.”

Por su parte, la Sección Tercera del Consejo de Estado³, frente a los presupuestos del error judicial, se pronunció en los siguientes términos:

“1.1 En relación con el primer presupuesto, la Sección Tercera de Consejo de Estado ha precisado, de una parte, que el error judicial solo se configura si el interesado ha ejercido los “recursos de ley” pues si no agota los medios de defensa judicial que tiene a su alcance el perjuicio sería ocasionado por su negligencia y no por el error judicial; “en estos eventos se presenta una culpa exclusiva de la víctima que excluye la responsabilidad del Estado”⁴. Y de otra parte, que los “recursos de ley” deben entenderse como “los medios ordinarios de impugnación de las providencias, es decir, aquellos que no sólo permiten el examen limitado de la decisión con el objeto de corregir los errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, sino que pueden interponerse sin sujeción a las rígidas causales que operan para los extraordinarios, los que adicionalmente requieren para su trámite la presentación de una demanda”⁵.

1.2 En segundo término, la norma exige que el error se encuentre contenido en una providencia judicial que esté en firme, lo cual tiene pleno sentido ya que si la misma todavía puede ser impugnada a través de los recursos ordinarios, no se configura el error judicial.

1.3 Finalmente, es necesario que la providencia sea contraria a derecho, lo cual no supone que la víctima de un daño causado por un error jurisdiccional tenga que demostrar que la misma es constitutiva de una vía de hecho por ser abiertamente grosera, ilegal o arbitraria. Basta, en estos casos, que la providencia judicial sea contraria a la ley, bien porque surja de una inadecuada valoración de las pruebas (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto o de la indebida aplicación de la misma (error de derecho)⁶.”

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de mayo de 2018, exp. 35371, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo (E)

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, exp. 16594, C.P. Mauricio Fajardo. En el mismo sentido, véase sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵ Ibid.

⁶ De cualquier forma será forzoso analizar con cuidado los argumentos esgrimidos por la parte actora, con el fin de detectar si lo que se cuestiona es, realmente, una actuación contraria a la ley o carente de justificación,

3.2.2.1 Del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

El artículo 69 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como *"Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación"*.

Finalmente, el artículo 70 de la Ley 270 de 1996 dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 70. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. El daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando ésta haya actuado con culpa grave o dolo, o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado.

3.3 Caso concreto

En el presente asunto, el demandante atribuye responsabilidad a la Nación – Rama Judicial, aduciendo que, la entidad es responsable, al presuntamente no valorar en debida forma las pruebas aportadas en el trámite del recurso extraordinario revisión contra el fallo proferido el 27 de enero de 2005 por la Sección Primera del Consejo de Estado, que se tramitó bajo el radicado 1100103150002005007130, y que fuera declarado infundado por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado en providencia del 5 de febrero de 2015.

3.3.1 Fundamento de la imputación de la responsabilidad del Estado.

Como se indicó en la jurisprudencia referida en líneas anteriores, es dable concluir que, el error judicial se materializa en la expedición de una providencia que no se ajusta a derecho, y en consecuencia deviene en irracional o caprichosa a la luz de la normativa aplicable a un caso concreto; partiendo de tal circunstancia, el Despacho determinará si las decisiones proferidas en el proceso de pérdida de investidura promovido en contra de Yesid Guerrero incurrieron en el error que se les endilga, por lo que se hace necesario examinar el material probatorio allegado al plenario.

Al respecto del error judicial, el Consejo de Estado ha señalado:

“En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado se establecieron tres supuestos: el error jurisdiccional, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad. En todo caso, conviene precisar que, aún con anterioridad a la expedición de la Ley Estatutaria, la jurisprudencia de esta Corporación había distinguido ya entre el contenido del denominado error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, como títulos jurídicos de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado administrador de justicia.

Para que se abra paso la responsabilidad patrimonial del Estado, por el error judicial, es necesario que concurren los siguientes elementos: i) que dicho error esté contenido en una providencia judicial; ii) que ésta sea proferida por un funcionario investido de autoridad judicial y iii) que el afectado hubiere interpuesto contra la citada providencia los recursos procedentes.

Es preciso anotar que se incurre en error judicial en providencias por medio de las cuales se interpreta, se declara o se hace efectivo el derecho. Dicha responsabilidad también se hace extensiva a los errores en que incurran los demás agentes del Estado que, sin pertenecer a la

o si el propósito del demandante es que se revise la decisión, como si el proceso en sede contencioso administrativa pudiera constituirse en una nueva instancia, desconociendo que *"el juicio al que conduce el ejercicio de la acción de reparación directa tiene como presupuesto la intangibilidad de la cosa juzgada que reviste a las providencias judiciales a las cuales se endilga la causación de un daño antijurídico (...)"*. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de agosto de 2008, exp. 16.594, C.P. Mauricio Fajardo.

Rama Jurisdiccional, cumplan la función de administrar justicia⁷. El error judicial puede ser de hecho o de derecho, en este último caso por interpretación errónea, falta de aplicación o indebida aplicación de la norma procedente, pero además deben quedar incluidas en el concepto de error jurisdiccional las providencias que contraríen el orden constitucional⁸.

No es necesario que la providencia sea constitutiva de una vía de hecho, esto es, que se trate de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que obedezca a las motivaciones internas del juez que actúa sin fundamento objetivo y razonable, como lo entendió la Corte Constitucional al condicionar la exequibilidad del artículo 66 de la Ley 270 de 1996⁹, porque ello implicaría desconocer la fuente constitucional de la responsabilidad del Estado, consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política, en cuanto dicha disposición prevé que se debe indemnizar todo daño antijurídico que llegare a ocasionarse, con prescindencia de la eventual falta personal del agente que lo causa¹⁰.

Dado que el artículo 90 de la Constitución de 1991 y la Ley 270 de 1996 conciben el error judicial de una manera objetiva, para su configuración basta que la providencia que lo contenga cause un daño antijurídico y que éste resulte imputable a la administración de justicia, pues la noción de culpa grave o dolo queda diferida a los eventos en los que se pretenda demostrar la responsabilidad personal del funcionario.

(...)

Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, inclusive antes, como se anotó, y de la Ley 270 de 1996, el Estado está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, esto es, que se haya causado un daño antijurídico, que éste resulte imputable a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial y que exista un nexo causal entre el primero y el segundo.”¹¹

Sobre el título jurídico de imputación de responsabilidad del Estado consistente en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

“La Corporación ha sostenido que se está en presencia de este título jurídico de imputación en aquellos supuestos en los cuales la responsabilidad se deriva de las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias de los jueces. En la anotada dirección, la Sala ha sostenido¹²:

“La doctrina española para diferenciar el error judicial del defectuoso funcionamiento explicó:

“... nos encontramos en el dominio de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, siempre y cuando la lesión se haya producido en el ‘giro o tráfico jurisdiccional’, entendido éste como el conjunto de las actuaciones propias de lo que es la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (excluidas las actuaciones de interpretar y aplicar el Derecho plasmadas en una resolución judicial que, como se acaba de indicar, caerán en el ámbito del error judicial); a sensu contrario, no entrarían en este concepto aquéllas actividades que produjesen un daño -incluso si éste fuese identificado plenamente como achacable a la actuación de un Juez o Magistrado- si su actuación no se hubiese realizado en el mencionado ‘giro o tráfico jurisdiccional’, sino en otro tipo de actuaciones distintas.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de diciembre de 2007, expediente 15.528

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 14 de agosto de 1997, expediente 13.258

⁹ Sentencia C-037 de 1996.

¹⁰ Sentencia de 4 de septiembre de 1997, expediente No. 10.285.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 27 de enero de 2012, expediente 22.205

¹² Sentencia de 22 de noviembre de 2001; C.P. Ricardo Hoyos Duque: exp. 13.164, reiterada en sentencias de 14 de agosto de 2008, exp. 16.594; de febrero 4 de 2010, exp. 17.956.

En definitiva, en el régimen establecido para la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia habrán de incluirse las actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho¹³.

Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, 'quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación' (Art. 69 ley 270 de 1996)" (Subrayas fuera del texto original)."¹⁴

En primer lugar, debe establecerse si la parte actora acreditó el cumplimiento de los requisitos formales, a efectos de que resulte procedente el análisis de fondo bajo el título de responsabilidad de error judicial.

Para lo anterior, el Despacho considera pertinente señalar que en el caso bajo estudio y conforme a los hechos expuestos en la demanda, la providencia que se afirmó contiene el error jurisdiccional, hace referencia a la proferida el 5 de febrero de 2015 por la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado, al interior del trámite de recurso extraordinario de revisión, decisión que cobró ejecutoria el 23 de febrero de 2015.

En relación con esta providencia, dado que hace referencia a la que resolvía el recurso extraordinario de revisión, esta no era susceptible de ningún recurso.

Por lo tanto, se encuentran acreditados los presupuestos para el estudio de fondo del presunto error jurisdiccional, para lo que realizará un recuento fáctico de la situación que dio origen a la pérdida de investidura del señor Yesid Guerrero Reyes (fl.117 c1).

- Mediante oficio DTRF-0936 del 16 de marzo de 2004, el Director Técnico de Responsabilidad indicó que contra el señor Yesid Guerrero Reyes se adelantaban los procesos 198/99 que se encontraba en etapa probatoria y 276/01 que ya estaba archivado.
- La señora Luz Helena Gómez Leyva formuló demanda de pérdida de investidura en contra del señor Yesid Guerrero Reyes por su elección como diputado de la Asamblea Departamental del Tolima para el periodo 2004-2007, dado el presunto conflicto de intereses directo que existió en la elección del contralor del departamento en sesión consignada en el acta 003 del 8 de enero de 2004, pese a la existencia de procesos de responsabilidad fiscal en su contra.
- Como defensa dentro del proceso de pérdida de investidura se alegó que para la fecha de la elección del contralor departamental ya se había configurado la prescripción de la acción fiscal, motivo por el que la Contraloría Departamental ya no tenía competencia para la adopción de una decisión de fondo respecto de los hechos investigados presuntamente atribuidos al señor Yesid Guerrero Reyes, y por ende solo podía adoptar una decisión formal de archivo o cesación de la actuación, pues el auto de apertura había sido proferido el 29 de diciembre de 1998. Para acreditar lo anterior se aportaron copia de los autos 090 del 29 de diciembre de 1998 y 020 del 3 de abril de 2004, este último por el que se dispuso la cesación del proceso de responsabilidad fiscal.

¹³ Nota original de la sentencia citada: Cobreros Mendazona, Eduardo. La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Madrid. Cuadernos Civitas. 1998, pág. 25.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de abril de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación No. 17507.

- El proceso fue conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Tolima bajo el radicado 4400123310002004006801, que en primera instancia negó las pretensiones de la demanda.
- En segunda instancia mediante providencia del 27 de enero de 2005, la Sección Primera del Consejo de Estado decretó la pérdida de investidura del diputado del departamento del Tolima del señor Yesid Guerrero Reyes, por considerar que ante el adelantamiento de un proceso de responsabilidad fiscal en contra del demandado, se presentaba un interés directo en la elección de contralor, motivo por el que, ha debido declararse impedido para participar en dicha elección.
- Posterior a lo anterior, el señor Yesid Guerrero Reyes elevó múltiples derechos de petición a la Contraloría Departamental del Tolima, con el fin de esclarecer el origen del proceso de responsabilidad fiscal que sustentó la pérdida de investidura.
- En respuesta a las peticiones, la Contraloría Departamental del Tolima indicó que en contra del señor Yesid Guerrero Reyes se adelantaron 5 procesos de responsabilidad fiscal, entre ellos, se encontraban los radicados DI-198-98 y 397-1998. El proceso DI-198 se inició el 15 de junio de 1998 por las irregularidades detectadas con una auditoría financiera realizada al municipio de Rioblanco respecto al balance del 31 de diciembre de 1997. Y el DI397/98 se inició el 18 de septiembre de 1998, por la denuncia formulada contra la contratación del municipio de Rioblanco para el año 1998, periodo en el que ya había sido elegido como alcalde el señor Yesid Guerrero Reyes.

Así mismo, reposa copia de algunas piezas procesales de los procesos DI-198/98 y DI-397/98, de las que se destaca que fueron acumulados el 15 de octubre de 1998, y por auto 090 del 29 de diciembre de 1998, se dio cierre a las diligencias preliminares y se vinculó entre otros, al señor Yesid Guerrero Reyes.

Por auto del 13 de agosto de 1999 se revocó la acumulación de los procesos adelantados contra la administración del municipio de Rioblanco.

Por auto 284 del 29 de octubre de 1999 se dispuso el cierre y archivo de la investigación fiscal DI-379/98.

Que, por un error involuntario, en la certificación emitida se indicó DI-198/99 cuando correspondía al DI-198/98.

Por auto 020 del 23 de marzo (3 de abril) de 2004 se dio cierre y archivo de la investigación fiscal DI-198/98, actuación de la que se notificó personalmente el señor Yesid Guerrero Reyes el 5 de abril de 2004.

- El 24 de mayo de 2005 el señor Yesid Guerrero Reyes formuló denuncia penal por los delitos de falsedad ideológica contra los funcionarios de la Contraloría Departamental del Tolima que expidieron las certificaciones aportadas, cuyo conocimiento estuvo a cargo de la Fiscalía 19 de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Ibagué, que mediante decisión del 15 de diciembre de 2005, profirió resolución de acusación en contra del señor Gamaliel Hernández Martínez.
- El 13 de julio de 2005 se formuló recurso extraordinario de revisión contra la sentencia del 27 de enero de 2005 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, por la causal de haberse proferido la sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados.

- En decisión del 5 de febrero de 2015 la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado declaró infundado el recurso extraordinario de revisión con fundamento en lo siguiente:

(...) En el sub-lite, el demandante aduce una falsedad ideológica y no material del documento. Manifiesta el recurrente que los oficios DTRF-1204 del 15 de abril de 2004 y DCA-213 del 13 de mayo de 2004, donde se certifica la vinculación del señor Yesid Guerrero Reyes a un proceso de responsabilidad fiscal, por presuntas irregularidades encontradas en la auditoría financiera realizada al municipio de Rioblanco en el Departamento del Tolima, se encontraban viciadas de falsedad ideológica, pues existen inconsistencias entre la verdad real y la procesal, toda vez que nunca se inició ni se notificó un proceso de responsabilidad fiscal en su contra.

Ahora bien, el 24 de mayo de 2004, el señor Yesid Guerrero Reyes formuló denuncia penal contra algunos funcionarios de la Contraloría Departamental del Tolima, por falsedad ideológica en documento público y fraude procesal. En este proceso la Fiscalía 19 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito profirió resolución acusatoria contra el señor Gamaliel Hernando Martínez el 15 de diciembre de 2005 y la decisión fue confirmada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Tribunal Superior de Ibagué Tolima.

La Sala advierte, que la demanda de pérdida de investidura fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Tolima el día 31 de marzo de 2004 y que la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, fue proferida el 2 de junio del mismo año. Posteriormente, el Consejo de Estado profirió sentencia de segunda instancia en la que revocó la decisión y en su lugar decretó la pérdida de investidura del señor Yesid Guerrero Reyes, el 27 de enero de 2005, y el 8 de julio del mismo año, el señor Guerrero Reyes presentó recurso extraordinario de revisión, alegando que la decisión que había decretado la pérdida de su investidura, se había tomado con base en documentos viciados de falsedad, y para sustentar su dicho, manifestó que el funcionario que había expedido las certificaciones que lo vinculaban con una investigación fiscal adelantada en su contra, se encontraba siendo investigado por falsedad en documento público y fraude procesal.

A este respecto, y cotejando la información obrante en el proceso, se advierte que la denuncia contra el funcionario por la supuesta falsedad en los documentos que influyeron en el decreto de pérdida de investidura del señor Yesid Guerrero Reyes, fue formulada desde el 24 de mayo de 2004, fecha en la que ya cursaba ante el Tribunal Administrativo del Tolima la demanda de pérdida de investidura, sin que el aquí recurrente informara al Tribunal acerca de ello; así como tampoco hizo referencia a dicha investigación penal, durante el trámite de segunda instancia adelantado ante esta Corporación, y solo hasta instancias del recurso extraordinario de revisión, recurre a dichas pruebas.

Observa la Sala, que el recurrente en el trámite del proceso en el que se decretó la pérdida de investidura, en ningún momento planteó tacha de falsedad material o ideológica sobre los referidos documentos y era dentro de ese escenario natural donde se debía debatir tales aspectos, y no es viable jurídicamente pretender ahora a través del recurso extraordinario de revisión ventilar ese asunto, con el fin de reabrir el debate probatorio del proceso de pérdida de investidura. (...) (subrayado fuera del texto)

Hecho el anterior recuento, el Despacho encuentra que la irregularidad que predica el demandante hace referencia a las presuntas inconsistencias que se generaron al interior de las investigaciones adelantadas por la Contraloría Departamental del Tolima, en las que en virtud de la acumulación de las investigaciones fiscales DI-197-98 y DI-317-98, se vinculó al señor Yesid Guerrero Reyes, y que posteriormente, al dejarse sin efecto la acumulación, generó que siguiera vinculado a las dos actuaciones, cuando a su juicio, solo ha debido estar vinculada a la última de estas, pues a su juicio, no participó en los hechos en los que

se basó la investigación DI-197-98, que obedecía a hechos de 1997, y él se desempeñó como alcalde del municipio de Rioblanco a partir de 1998.

En relación con la existencia de estas investigaciones fiscales, debe ponerse de presente que estas actuaciones no eran ajenas al conocimiento del señor Yesid Guerrero Reyes, al punto que en la contestación de la demanda al interior del proceso de pérdida de investidura, como pruebas de su defensa, se allegó copia del auto 020 del 23 de marzo (3 de abril) de 2004, por el que se dio cierre y archivo de la investigación fiscal DI-198/98, actuación de la que se notificó personalmente el señor Yesid Guerrero Reyes el 5 de abril de 2004.

Por lo tanto, es claro que para el trámite del proceso de pérdida de investidura, pese a la irregularidad que pudo haber cometido la Contraloría Departamental del Tolima en el adelantamiento de las investigaciones fiscales DI-197-98 y DI-317-98, pues si bien pudo acontecer que el señor Yesid Guerrero Reyes no participó en los hechos que dieron inicio a la primera de estas, lo cierto es que cuando se contestó la demanda de pérdida de investidura, la defensa de este no argumentó nada en relación a dicha inconsistencia y la eventual falsedad del oficio que relacionaba la existencia de los procesos fiscales.

Por el contrario, como defensa dentro del proceso de pérdida de investidura únicamente se adujo que para la fecha de la elección del contralor departamental ya se había configurado la prescripción de la acción fiscal, motivo por el que la Contraloría Departamental ya no tenía competencia para la adopción de una decisión de fondo respecto de los hechos investigados presuntamente atribuidos al señor Yesid Guerrero Reyes, y por ende solo podía adoptar una decisión formal de archivo o cesación de la actuación, pues el auto de apertura había acaecido el 29 de diciembre de 1998.

Ahora bien, debe ponerse presente que el argumento según el que, a juicio de la parte actora, era viable la prosperidad del recurso extraordinario de revisión, hace alusión a la existencia de una denuncia penal que, con fundamento en las pruebas que fueron arrimadas al trámite del recurso extraordinario de revisión, conllevaron al Consejo de Estado a concluir que la misma había sido fórmula el 24 de mayo de 2004, de lo que en el caso bajo estudio obra prueba que fue formulada en el 2005 (fl.125 cl), dicho aspecto por sí solo no connota que el auto del 25 de febrero de 2015 esté incurso en un error jurisdiccional.

Sobre dicho aspecto, al margen del reparo realizado por el Consejo de Estado respecto de que si la denuncia había sido formulada desde el 24 de mayo de 2004, fecha en la que se encontraba en curso proceso de pérdida de investidura, y no se puso en conocimiento del juez ordinario ni en 1ª ni en 2ª instancia, el Despacho resalta que este no fue el único argumento que se tuvo en cuenta para declarar infundado el recurso extraordinario de revisión.

Nótese que el Consejo de Estado indicó claramente que el aquí demandante, señor Yesid Guerrero Reyes, en ningún momento planteó la tacha de falsedad material o ideológica sobre los documentos que a su juicio adolecían de falsedad, pues era al interior del proceso de pérdida de investidura donde se debía debatir dicho aspecto y no a través del recurso extraordinario de revisión.

Por lo tanto, a efectos de establecer si la providencia objeto de censura incurrió en error judicial, se pone de presente que en relación con la causal para promover el recurso extraordinario de revisión fundada en haberse proferido una sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados, el Consejo de Estado ha señalado que, en los casos en los que la irregularidad del documento fue conocida durante el proceso, esta circunstancia debe ser alegada a través de la formulación de la tacha de falsedad dentro de la actuación correspondiente, independientemente si está hace referencia a una falsedad ideológica o material.

Sobre el particular, en un caso similar en sede de estudio de un recurso extraordinario de revisión, que si bien se hizo bajo el marco de la Ley 1437 de 2011, los supuestos son aplicables en tanto se basan sobre la misma causal del recurso extraordinario, el Consejo de Estado¹⁵ precisó:

3. De la causal consagrada en el numeral 2 del artículo 250 del CPACA

3.1.- Según lo dispone el numeral 2º del artículo 250 del CPACA, es causal de revisión de una sentencia ejecutoriada “[h]aberse dictado... con fundamento en documentos falsos o adulterados”.

De allí que se requiera, en principio, de la prueba de la falsedad o adulteración documental, lo que excluye la irregularidad en los demás medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico¹⁶.

Se dice que en principio, porque también debe demostrarse el carácter determinante del documento en la decisión objeto del recurso extraordinario, de manera que cambie el sentido del fallo. Esta consideración ha sido el sustento para negar la prosperidad de la causal cuando existen otros medios, diferentes al cuestionado, que soportan la determinación adoptada en el fallo revisado¹⁷.

3.2.- Ahora bien, para demostrar esa falsedad o adulteración no se requiere de sentencia penal que declare su existencia. Al Juez de lo Contencioso le corresponde esa labor a la luz de la llamada “falsedad civil”, en virtud de la cual se ocupa de definir, objetivamente, la existencia de una adulteración total o parcial, material o ideológica del documento, mediante el examen de su contenido o integridad material.

Eso explica el por qué en la actualidad no se habla de prejudicialidad penal en el recurso extraordinario de revisión. La norma del CPACA no exige de un pronunciamiento penal previo, a diferencia de lo que sucede en la jurisdicción ordinaria en la que sí existe una prescripción con tal contenido¹⁸.

3.3.- La jurisprudencia de la Corporación se ha apoyado en los conceptos de “falsedad ideológica”¹⁹ y “falsedad material”²⁰ de la ciencia penal para abordar el estudio de la causal en mención. Con base en ellos ha precisado que:

3.3.1.- La estructuración de la causal por falsedad ideológica requiere de la acreditación del dolo, so pena de que la alteración intelectual del contenido del documento pueda imputarse a un simple error o imprecisión involuntaria de su autor.

Esta tesis fue sostenida por el Consejo de Estado en providencia del 9 de abril de 2014 en la que declaró infundado el recurso extraordinario, entre otros, porque no se demostró que el contenido inexacto de una constancia de calificaciones de evaluaciones de desempeño fuere atribuible al dolo del servidor que la expidió. Sobre el particular se señaló que:

“...esta eventual disparidad, per se, no sugiere necesariamente la existencia de una falsedad ideológica en el documento, pues lo que allí se consignó también pudo obedecer a un error o imprecisión involuntaria acaecida al momento de su

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, providencia del 1 de agosto de 2014, M.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez, exp.: 2015-00027.

¹⁶ Aspecto que excluye la falsedad en medios de prueba diferentes al documental. C.fr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 26 de febrero de 2013. Radicado: 11001-03-15-000-2008-00638-00 (REV). C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

¹⁷ C.fr., entre otros, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de agosto de 2013. Radicado: 11001-03-15-000-2004-01210-00 (REV). C.P.: Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

¹⁸ Es el caso del numeral 2 del artículo 355 del Código General del Proceso (en adelante CGP) según el cual es causal de revisión el “[h]aberse declarado falsos por la justicia penal documentos que fueron decisivos para el pronunciamiento de la sentencia recurrida”.

¹⁹ Afectación del carácter veraz de la información contenida en el documento.

²⁰ Alteración de la integridad material del documento, sea total o parcial.

elaboración.

... en tratándose de falsedad ideológica - entendida ésta como la alteración intelectual del contenido de un documento²¹ - para la procedencia del recurso extraordinario de revisión, sin duda debe hallarse acreditada, si bien no necesariamente la existencia de una sentencia penal, si el aspecto intencional en la conducta, dado que de no ser evidente el dolo no podría hablarse de falsedad, toda vez que el legislador no prevé la modalidad culposa de este comportamiento. En consecuencia, el error en una constancia o en su contenido sin el elemento de la intencionalidad o dolo, no puede desencadenar o dar pie al recurso extraordinario de revisión presentado²²" (Resalto fuera del original).

3.3.2.- La falsedad material exige el cotejo de distintos documentos con miras a establecer la afectación de su integridad material, sea porque se crea uno nuevo, o porque se altera alguno de los elementos que conforman su contenido. Por esto, no es necesaria la prueba del dolo o intención falsaria, en tanto lo que debe establecerse es la denominada "falsedad civil".

3.3.3.- Adicionalmente, esta falsedad²³ -la material- no debe sustentarse en irregularidades conocidas o que debieron conocerse en instancias previas al recurso extraordinario de revisión, ya que para su resolución se debieron agotar los mecanismos dispuestos por el ordenamiento en el proceso y en la instancia respectiva.

Es por eso que en el recurso extraordinario de revisión solo es procedente ventilar los hechos constitutivos de falsedad que sean conocidos con posterioridad a la sentencia que se revisa, pues no existiría otro medio o mecanismo procesal para cuestionar la autenticidad del documento y obtener la justicia material de la providencia proferida con base en el mismo.

Esa posición ha sido aplicada por la Corporación. Mediante providencia del 9 de julio de 2014 se declaró infundado un recurso extraordinario en el que se alegó la falsedad material de unos comprobantes de pago en el marco de un contrato de adquisición de un equipo de cómputo, porque la presunta adulteración fue conocida por la parte demandante antes de que se dictara la sentencia de primera instancia, sin que propusiera la tacha de falsedad correspondiente. Sobre el particular se anotó:

"Si bien no desconoce la Sala que el demandante, antes de proferirse la sentencia que se revisa presentó denuncia penal por estos hechos ante la Fiscalía y que en desarrollo de esta investigación, las pruebas que al interior de la misma se practicaron arrojaron como resultado la certeza sobre la falsedad de los comprobantes de pago, se insiste que al ser una circunstancia conocida por el afectado dentro del curso del proceso que finalizó con la sentencia materia de revisión, a él le asistía la carga de desplegar en ese mismo trámite todos los mecanismos procesales concedidos por el ordenamiento jurídico, como en este caso lo habría sido la tacha de falsedad, para que al interior de la misma causa se resolviera lo pertinente a la adulteración documental.

... siendo los hechos alusivos a la falsedad conocidos durante el proceso que finalizó con la sentencia objeto del recurso, era en ese trámite procesal cuando resultaba oportuno alegar la correspondiente tacha de falsedad y resolverla. De lo contrario, si los hechos fueron conocidos con posterioridad a la expedición de la

²¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero ponente: Amado Gutiérrez Velásquez, Santa Fe de Bogotá, D. C., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995), Radicación número: REV. - 076, Actor: Luis Fernando Palacios Florido, Demandado: Ministerio de Defensa.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub-sección A, sentencia del nueve (09) de abril de 2014, M.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. exp.: 1703-10.

²³ Siguiendo a Devis Echandía, la falsedad ideológica "no es objeto de incidente especial, ni de tacha de falsedad en ningún proceso, porque en [este] caso se trata de probar contra lo dicho en el documento, y se deben aprovechar los términos ordinarios de prueba". DEVIS E. Hernando, *Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales*, Tomo II, DíkÉ, 1994, p. 460.

sentencia, en ese evento la falsedad podría ser conocida y determinada por el juez del recurso extraordinario de revisión. Sin embargo esto último no fue lo que ocurrió en el caso concreto, en el cual como se advirtió, si bien la circunstancia relativa a la adulteración de las firmas del contratista en los comprobantes de pago, fue evidenciada en el trámite procesal surtido ante el Tribunal Administrativo del Sucre, la parte actora no desplegó la actuación que se demandaba al interior de esa causa para ventilar los hechos constitutivos de falsedad y restar eficacia probatoria a los documentos que en su contra se exhibieron²⁴”(Resalto fuera del original).

Bajo este orden de ideas, y contrario a lo señalado por la parte actora, es claro que para que resultara procedente el estudio de fondo de un recurso extraordinario de revisión, cuando se invoca la causal prevista en el numeral 1 del artículo 188 del CCA hoy numeral 2 del artículo 250 del CPACA y lo alegado es la falsedad de un documento que fue conocida durante el trámite del proceso que finalizó con la sentencia que es sometida a revisión, es claro que es dentro del trámite de dicho proceso donde debe ventilarse la existencia de la falsedad, formulándose la correspondiente tacha del documento.

En el caso bajo estudio, la presunta falsedad del documento que alega el actor era claramente conocida durante el trámite del proceso de pérdida de investidura, pues si lo alegado era que en contra del señor Yesid Guerrero Reyes nunca existió un proceso de responsabilidad fiscal, el Despacho no encuentra razón suficiente para haber omitido tal argumento en la defensa, y por el contrario, limitarse únicamente a aludir la eventual configuración de la prescripción de la acción fiscal, y aún así, allegarse como prueba, copia del auto 020 del 23 de marzo (3 de abril) de 2004, por el que se dio cierre y archivo de la investigación fiscal DI-198/98, actuación de la que se notificó personalmente el señor Yesid Guerrero Reyes el 5 de abril de 2004, y de la que se predica su irregularidad.

Ahora bien, a diferencia de lo señalado por la parte demandante, conforme a lo señalado en la sentencia de segunda instancia del 27 de enero de 2005, el Despacho reitera que la pérdida de investidura de diputado del señor Yesid Guerrero Reyes se decretó porque conforme a las pruebas aportadas a dicho proceso, en especial las aportadas por el mismo demandado aquí demandante, esto es, las copias de los autos 090 del 29 de diciembre de 1998 y 020 del 23 de marzo de 2004, daban fe de la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal en su contra, que cesó dos meses después de la elección del contralor departamental.

Con fundamento en lo anterior, el proceso de pérdida de investidura si bien inició por la información que le fue manifestada a señora Luz Helena Gómez Leyva por oficio DTRF-0936 del 16 de marzo de 2004, lo cierto es que, en desarrollo del proceso de pérdida de investidura, las mismas pruebas aportadas por el señor Yesid Guerrero Reyes, dieron fe de la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal que culminó con posterioridad a los hechos que fundamentaron la demanda.

De manera que independiente de la censura que la parte actora pretendió realizar del oficio DTRF-0936 del 16 de marzo de 2004, este extremo procesal, en su defensa dentro del proceso de pérdida de investidura, nunca manifestó ni gestionó acción alguna tendente a desvirtuar la existencia del proceso fiscal que sirvió de base para la configuración de un conflicto de intereses.

Aunado a lo anterior, al margen de la presunta falsedad que duce la parte actora, el Despacho también encuentra que a la fecha no se acreditó la declaratoria de falsedad de alguno de los documentos que fueron presentados dentro del proceso de pérdida de investidura, por el contrario, de las prueba allegadas a este proceso, se concluye que si

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección A, sentencia del nueve (09) de julio de 2014, M.P.: Hernán Andrade Rincón (E), exp.: 27602.

existió un proceso de responsabilidad fiscal, del que si bien se puede predicar una irregularidad, dado que la acumulación que se decretó fue la que dio origen a la vinculación del aquí demandante, acumulación que fuese revocada con posterioridad, dicho aspecto es únicamente atribuible a la Contraloría Departamental del Tolima, y en todo caso censurable también al señor Yesid Guerrero Reyes, quien dentro del proceso de pérdida de investidura no realizó gestión alguna para desvirtuar los cargos que se le formularon.

De manera que el juicio o reproche que realiza el actor en torno a la pérdida de investidura y haberse declarado infundado el recurso de revisión, es imputable únicamente a su actuar, pues dentro del proceso en mención nunca propendió por el recaudo de prueba alguna dirigida a determinar la falsedad del documento que señalaba la existencia de un proceso de responsabilidad fiscal, ni tampoco la inexistencia de dicho proceso.

Adicionalmente, en gracia de discusión, bajo el entendido que la Fiscalía General de la Nación hace parte la estructura de la Rama Judicial y a su vez de la persona jurídica "Nación" de estudiarse el presunto cargo formulado por la irregularidad que se predica contra esta, debe señalarse que el hecho que las resoluciones emitidas por dicho ente hayan indicado de manera involuntaria que la denuncia se presentó el 24 de mayo de 2004 y no 2005, dicho aspecto carece de validez de argumentación para predicar una irregularidad en torno a que el recurso extraordinario de revisión haya sido declarado infundado, pues se reitera que este no fue el único aspecto sobre el que se basó la decisión proferida por el Consejo de Estado el 3 de febrero 2015, sino que, el argumento fundamental fue que el señor Yesid Guerrero Reyes, conociendo la existencia de la presunta falsedad de los documentos, nunca propuso la tacha de falsedad ante el funcionario judicial que conoció el proceso por el que se decretó la pérdida de investidura como diputado del departamento del Tolima.

Así las cosas, el Despacho considera que la decisión del 3 de febrero 2015 no se encuentra incursan en un error judicial, pues la misma se basó en las pruebas allegadas al proceso y los parámetros jurisprudenciales que ha establecido el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo para la tramitación del recurso extraordinario de revisión en los caso en que se invoca la causal de haberse proferido la sentencia con documentos falsos o adulterados, decisión que no fue carente de argumentación jurídica y probatoria, no resultando contraria al ordenamiento jurídico.

En el caso bajo estudio, no se acreditó que la decisión judicial en firme sea contentiva de un error judicial, de orden fáctico o normativo, dado que no se acreditó una diferencia entre la realidad procesal y la decisión judicial o que haya existido un hecho debidamente probado que no se tuvo cuenta, tampoco que se acreditó que haya existido diferencia alguna entre la realidad material y la procesal, por no haberse decretado pruebas alguna para determinar el hecho relevante para el caso bajo estudio, ni que la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso.

Finalmente, en lo relacionado con el presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, el Despacho encuentra que no se alegó cuestión alguna diferente a los reparos contra la sentencia del 3 de febrero de 2015, que ya fueron estudiados, motivo por el que al no evidenciarse censura contra actuaciones que no consistan en decisiones judiciales erróneas, que se hayan ejecutado en el ámbito propio de la administración de justicia, no hay lugar a realizar estudio adicional.

3.4 Solución al problema jurídico.

En definitiva, el problema jurídico planteado debe ser solucionado indicando que el Despacho no encontró acreditado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y error judicial atribuido a la demandada, a efectos de que se configure

responsabilidad extracontractual.

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 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; 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 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 actora 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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2017-00328-00
Demandantes	:	Adrian Davis Mercado Ojeda
Demandado	:	Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 42**

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, el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** presentó 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 los daños y perjuicios causados a raíz de las lesiones sufridas en el desarrollo de la prestación del servicio militar obligatorio.

A título de indemnización de perjuicios, solicitó el pago de perjuicios morales y materiales, en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 10-18 c. principal).

1.2.- Hechos de la demanda

La parte actora indicó que el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** estuvo vinculado al Ejército Nacional, en desarrollo de la prestación del servicio militar obligatorio, desde el 5 de mayo de 2016.

Relató que, durante su estancia en la institución militar, el 16 de enero de 2017 fue diagnosticado con leishmaniasis.

Frente a la responsabilidad de los perjuicios ocasionados manifestó que, al haber sido lesionado mientras prestaba el servicio militar obligatorio, se configuraba un riesgo excepcional, en la medida que, el conscripto sufrió lesiones irreversibles, constituyendo una carga anormal o superior a los riesgos propios de quienes viven en sociedad, lo que configuraba un rompimiento de las cargas públicas susceptible de indemnización por parte del Estado, en tanto el demandante debió ser devuelto en las mismas condiciones en que fue incorporado.

1.3.- Contestación de la demanda

1.3.1. La Nación –Ministerio

Mediante escrito presentado el 24 de septiembre de 2018, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, al señalar que, carecían de sustento jurídico y probatorio.

El daño producido al demandante se identifica dentro de un riesgo permitido, bajo el supuesto de que, no toda conducta que lesionara o pusiera en peligro los bienes jurídicos, la haría reprochable, puesto que se requiere que ese peligro sea desaprobado por el ordenamiento jurídico. Que para el caso concreto, el riesgo que asumió el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** al prestar su servicio militar, es el mismo que asumía el personal militar y más aún cuando el 80% de las zonas en la que hace presencia el Ejército Nacional son zonas rurales, donde abundan las enfermedades endémicas y tropicales, como las que padeció el soldado regular.

En esa medida consideró que, el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** actuó dentro del riesgo permitido, por lo que se suprimía la imputación fáctica y por ende, la imputación jurídica del daño que se endilgaba a título de riesgo excepcional, carecía de fundamento. Que además no se probó la omisión de una obligación que configurara una eventual falla en el servicio, a efectos de imputar responsabilidad alguna a la entidad, por las lesiones padecidas por el demandante (f. 42--45 c. principal).

1.4.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 13 de diciembre de 2017 (f. 19 c. principal), mediante auto proferido el 12 de abril de 2018, se admitió la demanda (f. 21 c. principal).

El día 3 de julio de 2019 se llevó a cabo audiencia inicial (f.59-60 c. principal).

El 1 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. 65 c. principal).

1.5.- Alegatos de conclusión

A través de escrito radicado el 12 de agosto de 2019, la parte demandada adujo que se presentaba un hecho superado, en la medida que la enfermedad que padeció el actor fue tratada y estructuró solamente una cicatriz, pues recibió tratamiento médico. Así mismo, indicó que si bien la Junta Médico Laboral estableció una disminución del 10%, dicha valoración por sí sola no justificaba esa disminución, pues se estableció únicamente para efectos de reconocimiento y pagos sociales, máxime cuando no se estableció ninguna secuela funcional.

Finalmente adujo que, en relación con los perjuicios materiales y daño a la salud, no se aportó prueba que acreditara los mismos, pues no se presentó perturbación funcional, ni tampoco la imposibilidad de desempeñarse laboralmente.

La parte actora 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

Se concreta en dilucidar si en el presente caso, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte actora, cuyo origen deviene de las afecciones sufridas por el soldado **Adrian Davis Mercado Ojeda**, 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. 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.

4. Caso en concreto

En el caso bajo estudio la parte actora hizo consistir el daño en las lesiones sufridas por el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** cuando contrajo LEISHMANIASIS CUTANEA mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Se observa que, el 6 de mayo de 2017 se notificó de manera personal el acta de Junta

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.

Médico Laboral No. 94598 del 05/05/2017, donde se diagnosticó al señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** *"FECHA DE INICIO: REFIERE DIAGNÓSTICO DE LEISHMANIASIS CUTÁNEA EN ENERO DE 2017 REQUIRIÓ TRATAMIENTO INTRAHOSPITALARIO POR SOBREINFECCIÓN BACTERIANA, AFECTÓ CARA Y DORSO DE MANO DERECHA, SIGNOS Y SÍNTOMAS: CICATRIZ ATRÓFICA EN FRENTE DE 6X3 CM HIPERPIGMENTACIÓN EN LA PERIFERIA EN HIPOPIGMENTACIÓN CENTRAL, CICATRIZ ATRÓFICA DE 1.5 X 2.5 CM EN DORSO DE MANO DERECHA CON HIPERPIGMENTACIÓN EN TODA LA PERIFERIA DE LA CICATRIZ. ETIOLOGÍA LEISHMANIASIS. ESTADO ACTUAL, CICATRIZ ATRÓFICAS CON HIPERHIPOPIGMENTACIÓN, DIAGNÓSTICO: ANTECEDENTES DE LEISHMANIASIS CRÓNICA - CICATRIZ ATRÓFICA PIGMENTADAS EN CARA Y MANO DERECHA. PRONÓSTICO: FAVORABLE / CICATRIZ FRONTAL CON HIPERPIGMENTACIÓN DIFÍCIL DE REDUCIR POR SU FOTOTIPO (...)"*. Igualmente se evalúa la pérdida de la capacidad laboral, en una disminución del 10.0%.

Frente a la anterior Acta de Junta Médico Laboral procedía recurso para solicitar convocatoria a Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, para el cual tenía un término de 4 meses posterior a su notificación, sin embargo no se evidencia que se haya presentado.

Demostrada la existencia del daño, el Despacho establecerá si el mismo es o no atribuible a la Administración.

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 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 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 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.

• Imputabilidad

En el caso objeto de estudio se observa Acta de Junta Médico Laboral No. No. 94598 de fecha 4 de mayo de 2017, se indicó:

"D. Imputabilidad del Servicio

AFECCIÓN -I ENFERMEDAD PROFESIONAL, LITERAL (B) (EP) ”.

Se tiene entonces que las lesiones sufridas por el referido habrían sido causadas mientras se encontraba expuesto al riesgo propio del servicio militar en tanto cumplía con este deber constitucional, que contrario a lo afirmado por la entidad demandada no resulta ajeno a la actividad o servicio que causó el daño, por cuanto es producto de las actividades, las cuales son propias del servicio militar obligatorio.

En esa medida, la enfermedad que causó las lesiones al soldado **Adrian Davis Mercado Ojeda** resultan imputables a la entidad demandada, pues ocurrieron mientras prestaba su servicio militar obligatorio, adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la entidad demandada por obligación constitucional, lo llevó al lugar donde adquirió la enfermedad sin que el mismo debiera soportarla y sin que la parte demandada hubiera acreditado que, para la fecha anterior a estos días, el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** haya estado de permiso o se hubiere desplazado a una zona donde se manifieste esta enfermedad tropical, a efectos de exonerarse de responsabilidad.

Además, se tiene acreditado que el soldado **Adrian Davis Mercado Ojeda** adquirió la enfermedad mientras prestaba su servicio militar obligatorio, pues para el 16 de enero de 2017, cuando le fue diagnosticada por la Dirección de Sanidad del Ejército la leishmaniasis adquirida, en su calidad de soldado bachiller, se encontraba vinculado con la institución, pues su servicio militar obligatorio se prestó entre el 5 de mayo de 2016 al 5 de mayo de 2017 (fl.72 c. principal).

De manera que, el quebrantamiento en la salud que sufrió el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda**, es imputable a la entidad demandada, pues, el Estado contribuyó a la generación del daño, al permitir que se presentara una ruptura del equilibrio de las cargas públicas que debía soportar como ciudadano obligado a prestar el servicio militar obligatorio.

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 las lesiones que sufrió el joven **Adrian Davis Mercado Ojeda** con ocasión de las actividades desarrolladas mientras prestaba su servicio militar obligatorio, procediendo el pago de los perjuicios establecidos por la parte actora.

Establecida la responsabilidad de la demandada por las lesiones sufridas por **Adrian Davis Mercado Ojeda**, procederá el despacho a efectuar la correspondiente,

5. Liquidación de los perjuicios

5.1. Perjuicio moral

Estando demostrada la ocurrencia de la lesión y las circunstancias en que se produjo, encuentra el Despacho como probado el daño moral sufrido por el demandante en su calidad de víctima directa.

Por tanto, ha de aplicarse lo dispuesto por el Consejo de Estado², 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:

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp.31.772

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima 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
	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

A renglón seguidó 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”.

Sin embargo, para efectos de tasar los perjuicios solicitados, no se dará valor a lo consignado en el Acta de Junta Médico Laboral No. 94598 del 5 de mayo de 2017, correspondiente al 10.00%, pues se considera prudente señalar que dicha valoración no recoge todos los ámbitos comportamentales en un entorno ordinario laboral, en la medida que el Decreto 94 de 1989 a diferencia del Decreto 1507 de 2014, se limita únicamente al ámbito de la lesión y no a los demás componentes tanto como sociales y comportamentales que se deben tener en cuenta en la valoración. Esto es así, en la medida que el Decreto 94 de 1989 se instituyó para efectos de reconocer acreencias a favor de miembros de la fuerza pública y en este caso bajo estudio no se encuentra acreditado que el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** tuviera como propósito de vida continuar con la carrera militar

Es preciso indicar que, en sentencia de tutela el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A Consejero Ponente: William Hernández Gómez de 27 de Junio de 2019 número: 11001-03-15-000-2018-02795-01 Actor: Julián Andrés Flórez Jiménez Demandado: Tribunal Administrativo De Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, precisó lo siguiente frente al tema en particular

“(…) [A] pesar de que la autoridad judicial encontró acreditado que la lesión abdominal del [actor] se causó durante la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo, la cual le generó una disminución de capacidad laboral del 23%, se abstuvo de ordenar la reparación integral del daño antijurídico, con lo cual impidió la efectividad de la justicia material. La decisión adoptada por el Tribunal obedeció a que en su criterio el Acta de la Junta Médica Laboral no daba cuenta de la pérdida de capacidad laboral en el ámbito civil, es decir, por fuera de la actividad militar (…) [E]s indiscutible que no puede equipararse la valoración de la capacidad psicofísica que realiza la Junta Médica Laboral Militar o de Policía a uno de los miembros de la Fuerza Pública, a la que realiza la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez, puesto que los primeros requieren de especiales aptitudes físicas para prestar el servicio, ello, en consideración a la naturaleza propia de sus labores. Interpretar la norma de manera distinta, implica dar por sentado que basta con tener las mismas condiciones físicas de cualquier persona para ser incorporado y permanecer en el servicio de la Fuerza Pública. Dichas estas consideraciones, no queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la

Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del factor en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario

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 sufridas por el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** en uno de sus miembros superiores y su cara, mientras prestaba su servicio militar obligatorio, el Despacho encuentra probado el daño moral sufrido por el demandante en su calidad de víctima directa, lo anterior, teniendo en cuenta que en caso de lesiones el Consejo de Estado ha presumido la causación de los perjuicios morales.
3. En el caso que nos ocupa, tenemos que el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** mientras se encontraba prestando su servicio militar obligatorio, resultó lesionado en *CICATRIZ ATRÓFICA EN FRENTE DE 6X3 CM HIPERPIGMENTACIÓN EN LA PERIFERIA EN HIPOPIGMENTACIÓN CENTRAL, CICATRIZ ATRÓFICA DE 1.5 X 2.5 CM EN DORSO DE MANO DERECHA CON HIPERPIGMENTACIÓN EN TODA LA PERIFERIA DE LA CICATRIZ*, a quien le diagnosticaron por dermatología *Leishmaniasis cutánea*, hechos que en sí mismos, conforme a las reglas de la sana crítica, permiten inferir que le ocasionaron una afectación.
4. Así, si bien la parte actora incumplió con la carga procesal probatoria de acreditar que el daño dejó secuelas funcionales, lo cierto es que está acreditado que tuvo como secuelas cicatrices uno de en sus miembros y su cara, es decir que, lo probado en el proceso es la lesión que le produjo afecciones de orden psíquico que comportan sufrimiento moral, atendiendo el diagnóstico emitido.
5. 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"*.
6. 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.
7. 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 igualdad"³

³ Véanse, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias Exps. 27136 y 33504 de 2014.

8. Así las cosas, en aras de realizar una reparación integral⁴ y en equidad ante esa deficiencia probatoria por parte de la parte actora, y teniendo en cuenta el daño antijurídico que sufrió el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda**; el Despacho, en aplicación del arbitrio judicial y de acuerdo a la intensidad del daño en el presente asunto, reconocerá la suma de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada del demandante, salarios mínimos legales mensuales que se entenderán vigentes 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:⁵ "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".

5.2. Daño a la salud

De la revisión del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que, la enfermedad que sufrió el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** no le 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 distintas a un defecto estético. Así mismo, tampoco se evidencia una pérdida funcional o anatómica.

Tampoco se acreditó por del actor, que por el mencionado defecto estético se viera afectado psicológicamente, presentando situaciones como baja auto estima, frustración o depresión, o que le impida disfrutar de placeres cotidianos de los que antes gozaba y ahora, como consecuencia de la lesión ya no puede.

Así mismo, tampoco el Despacho encuentra que se haya aportado prueba médica alguna que estableciera que el tratamiento suministrado al actor por leishmaniasis le genere algún tipo de secuela en el futuro y que la misma tuviera algún tipo de repercusión en el mismo.

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 este perjuicio, por cuanto no se logró acreditar el daño a la salud alegado por el demandante, y se **negará**.

5.3. Perjuicios materiales

Se solicitó el reconocimiento de perjuicios materiales como víctima directa en la modalidad de lucro cesante en los periodos debido o consolidado y futuro.

Al respecto el Despacho precisa que, **no es viable** el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados, en tanto, si bien no se desconoce que conforme a la valoración por parte de la Junta Médico Laboral, su diagnóstico específico fue el de **Leishmaniasis Cutánea** que dejó como secuela unas cicatrices en uno de sus miembros y cara, de acuerdo a lo expuesto en dicha valoración, el afectado se encuentra apto para desempeñar la actividad militar, lo que permite inferir que no presenta afectación en su integridad personal para desempeñarse en cualquier actividad, y por su parte, no se advierte ninguna secuela funcional.

Se advierte además que su retiro de la actividad militar fue por haber cumplido el tiempo de servicio militar obligatorio, en esa medida no puede asociarse una cicatriz como una

⁴ 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".

⁵ 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.

circunstancia que afecte su desarrollo laboral.

A juicio del Despacho, conforme a las reglas de la sana crítica y la experiencia, en el presente caso las lesiones cutáneas padecidas por el soldado no afectan el desarrollo o varían las condiciones laborales que tenía el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** previo a prestar el servicio militar obligatorio, lo que no denota en qué se hayan alterado sus capacidades óptimas para trabajar.

Lo anterior, en tanto no se probó dentro del proceso que desde la terminación de la prestación del servicio militar, el actor se hubiese desempeñado en actividades laborales o que por causa de la lesión padecida no las hubiere podido ejercer en óptimas condiciones y se haya disminuido el ingreso laboral que hubiese podido percibir.

En esa medida el Despacho, **negará** el reconocimiento de los perjuicios materiales.

6. Costas y agencias en derecho

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 de C.G.P en su numeral segundo regulan lo relativo a la fijación de agencias en derecho, y para ello acudirá a las tarifas fijadas en el Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

Así las cosas para el caso concreto y con el fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se evidencia que la sentencia se profirió en la presente audiencia; en consecuencia, se fijan como **agencias en derecho** el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda reconocidas en el fallo.

Condenar en **costas** a la parte demandada, por Secretaría se realizará la correspondiente liquidación.

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,

7. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada Nación -Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional por los perjuicios de los cuales fue objeto el señor **Adrian Davis Mercado Ojeda** mientras prestaba el servicio militar obligatorio, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior condenar a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional a pagar a favor del señor **Adrian Davis Mercado Ojeda**, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

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

L.



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

Juez :	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente :	11001-33-36-036-2017-00338-00
Demandante :	Unidossis S.A.S.
Demandado :	Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 55**

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, la sociedad Unidossis S.A.S. presentó demanda, en ejercicio del medio de control de reparación directa, contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. a efectos de que se le declare responsable por los daños y perjuicios causados a raíz del no pago de la prestación de los servicios de suministro de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral, prestados entre los meses de febrero y agosto de 2016 y que no se encontraron amparados por un contrato estatal.

A título de indemnización de perjuicios, solicitaron el pago de perjuicios materiales en las sumas plasmadas en su escrito de demanda (f. 7 y 8 c. principal).

2.2. Hechos de la demanda.

La parte actora indicó que, el Hospital de Kennedy III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. requirió de manera urgente y sin mediar contrato alguno, el suministro a los pacientes de dosis especiales de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral (pediátricos, neonatos, adultos, neo pediátricos), oncológicos, magistrales y re empaque y re envase de medicamentos en forma farmacéutica sólida que fueron entregados efectivamente por Unidossis S.A.S. a través de las remisiones No. 5027, 5028, 5029, 5030, 5031, 5032 y 5034 expedidas durante los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2016.

Sostuvo que, las dosis especiales de medicamentos fueron entregadas, tal y como constaban

en las notas de entrega suscritas por un total de \$206.794.250.

Adujo que, los valores causados no habían sido cancelados por la entidad demandada, pese a que, los medicamentos se habían suministrado ante la urgencia inaplazable de satisfacer las necesidades y garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del centro hospitalario, pese a no mediar un contrato administrativo.

Frente a la responsabilidad de la entidad demandada sostuvo que, la administración no canceló los servicios prestados, dado que, los medicamentos se habían suministrado ante la urgencia inaplazable de satisfacer las necesidades y garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del centro hospitalario, pese a no mediar un contrato administrativo y por ende, el análisis del presente asunto debía hacerse en consonancia con la realidad probatoria y adecuando el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado bajo el principio de *actio in rem verso* (f. 1 a 19 c. principal).

2.3. Contestación de la demanda.

El Hospital de Kennedy III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. – Unidad de Servicios Salud Occidente de Kennedy dio contestación a la demanda mediante escrito radicado el 15 de agosto de 2018. Se opuso a las pretensiones al considerar que, durante el tiempo objeto de litigio, no existía contrato debidamente formalizado, advirtió además que, la entidad no realizó solicitud alguna bajo el carácter de urgente, así como tampoco existían facturas y las notas de entrega no constituían título valor alguno.

Por lo anterior añadió que, no se podía fuera del marco legal de la contratación administrativa una relación jurídica negociable entre una entidad del orden distrital descentralizada y un particular, que produjera los efectos que la demandante pretendía, como lo era el pago de las mencionadas remisiones, invocando el urgente suministro de medicamentos.

Formuló las excepciones de *i) falta de celebración previa del contrato estatal*, bajo el argumento de que la parte actora invocó un enriquecimiento sin causa, sin embargo, la misma no podía ser utilizada para obtener el pago de obras y servicios ejecutados sin mediar contrato alguno o al margen de este; *ii) falta de acreditación de la urgencia y necesidad de suministrar medicamentos para las líneas de nutrición parenteral* en el sentido que, el presente asunto no se enmarcaba en ninguno de los eventos jurisprudenciales excepcionales, por lo que, el enriquecimiento sin causa no resultaba aplicable; *iii) improcedencia de la actio in rem verso o acción de enriquecimiento sin justa causa*, bajo el entendido de que, al no existir contrato estatal que soportara el pago, ni mucho menos registro presupuestal, ni los casos especiales de excepción, no estaba llamada a prosperar la *actio in rem verso*; *iv); inexistencia de la obligación por carecer de factura de venta*, advirtiendo que, al no existir contrato estatal que respaldara la obligación, debía existir una factura de venta como requisito para exigir el pago a través del presente medio de control, circunstancia que se echaba de menos en el plenario y, *v) la remisión no constituye un título valor o una orden de pago*, en tanto adujo que, las remisiones a que hacía referencia la parte demandante no constituían títulos valores de los que se pudiera solicitar el pago allí indicado, en razón a que, carecían de los requisitos exigidos por el

artículo 422 del CGP, es decir que, la obligación fuera clara, expresa y actualmente exigible y que provenga del deudor (f. 68 a 73 c. principal).

2.4. Trámite procesal.

La presente demanda fue radicada el 18 de diciembre de 2017 (f. 50 c. principal), seguidamente, mediante auto de 6 de abril de 2018 se admitió la demanda (f. 61 c. principal).

En providencia del 11 de marzo de 2019 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial (f. 115 c. principal).

El 7 de noviembre de 2019 se realizó la audiencia de práctica de pruebas y se dio por terminada la etapa probatoria (f. 122 y 123 c. principal).

2.5. Alegatos de conclusión.

En escrito radicado el 19 de noviembre 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, en el presente asunto, la falta de contrato estaba justificada en tanto los medicamentos se suministraron, en virtud de los requerimientos con connotación de urgencia que realizó el centro hospitalario, y que, una vez se efectuó el cobro de dichos servicios, la entidad se abstuvo de hacerlo, razón por la que, se dio inicio al presente asunto, constituyendo una excepción a la regla general de la necesidad del contrato estatal para legalizar las transacciones efectuadas en el suministro de medicamentos nutricionales a pacientes hospitalizados, aunado a que, se encontraba acreditado el recibido por parte del hospital de los medicamentos suministrados, razón por la que, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda (f. 125 a 147 c. principal).

La **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.** 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 presente caso concreto, se presenta alguno de los supuestos jurisprudenciales en los que procede excepcionalmente la *actio in rem verso* para reclamar el pago por vía judicial de la prestación de los servicios de suministro de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral por parte de la sociedad Unidossis S.A.S. entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016, sin que se encuentren amparados en un contrato estatal.

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. De la actio in rem verso

Sobre la naturaleza especial del enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia del Consejo de Estado fue unificada mediante providencia del 19 de noviembre de 2012¹. De la mencionada decisión, resulta pertinente extraer las siguientes consideraciones:

“La Sala empieza por precisar que, por regla general, el enriquecimiento sin causa, y en consecuencia la actio de in rem verso, que en nuestro derecho es un principio general, tal como lo dedujo la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 8º de la ley 153 de 1887, y ahora consagrado de manera expresa en el artículo 831 del Código de Comercio, no pueden ser invocados para reclamar el pago de obras, entrega de bienes o servicios ejecutados sin la previa celebración de un contrato estatal que los justifique por la elemental pero suficiente razón consistente en que la actio de in rem verso requiere para su procedencia, entre otros requisitos, que con ella no se pretenda desconocer o contrariar una norma imperativa o cogente. (...) de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 los contratos estatales son solemnes puesto que su perfeccionamiento exige la solemnidad del escrito, excepción hecha de ciertos eventos de urgencia manifiesta en que el contrato se torna consensual ante la imposibilidad de cumplir con la exigencia de la solemnidad del escrito (Ley 80 de 1993 artículo 41 inciso 4º).

(...) La Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó. Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes.

a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.

b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación

¹Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03075-01(24897). Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Ciamboa

de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4° de la Ley 80 de 1993”.

Así las cosas, como supuestos de responsabilidad por enriquecimiento sin justa causa, previstos por la jurisprudencia se presentan, los siguientes:

- Cuando se acredite que en virtud de la supremacía, la entidad constriñó o impuso al particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera de un contrato estatal.
- Cuando es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras, con el fin de evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho de la salud.
- Cuando debiéndose declarar una situación de urgencia manifiesta la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato alguno.

3.3. Caso concreto

Conforme a los lineamientos jurisprudenciales expuestos, se tiene que, la parte demandante procura obtener el reconocimiento y pago de los valores dejados de cancelar por la entidad, correspondientes a los servicios de suministro de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral entre el 1° de febrero y el 31 de agosto de 2016, sin que existiera contrato alguno que lo amparara.

En primer lugar, el Despacho precisa que de la documental allegada al plenario puede evidenciarse que, efectivamente la sociedad Unidossis S.A.S. prestó sus servicios de suministro de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral entre el 1° de febrero y el 31 de agosto de 2016 al ente hospitalario, conforme a la documental visible a folio 3 a 836 cuaderno 2, como lo son, las remisiones Nos. 5027, 5028, 5029, 5030, 5031, 5032 y 5034 y las notas de entrega de las mismas a Nallith Briñez como Regente de Farmacia, Alexandra Peña de Farmacia, Lorena Dávila, Milena Osorio, Leidys León, Ingrid Arciniegas, Cristian Galindo, Cesar Cuervo, Irene Duarte, Yenny Nieto, Marisol Salcedo, Manuel Velandia, Hamilton Castañeda y Tatiana Ballesteros del centro hospitalario entre el 1° de febrero y el 31 de agosto de 2016 (f. 835 a 873 cuaderno 2, folder 1, 2, 3 y 4) sin soporte contractual, no obstante, no se advierte factura alguna que acredite la prestación de dichos servicios y el valor al que ascienden los mismos.

Por lo anterior, deberá analizarse si se presentan circunstancias que permitan enmarcar la situación entre los eventos planteados por la máxima autoridad de esta jurisdicción.

Frente a la **primera hipótesis jurisprudencial**, en la que en principio podría enmarcarse el presente asunto, el Despacho advierte que, en el expediente no obra prueba que acredite la supremacía de la entidad a efectos de constreñir o imponer a la contratista la prestación de los servicios de suministro de dosis especiales de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral (pediátricos, neonatos, adultos, neo pediátricos), oncológicos, magistrales y re empaque y re envase de medicamentos en forma farmacéutica sólida, sin soporte

contractual.

Si bien la parte actora adujo que, prestó los servicios entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016 en aras de garantizar la continuidad del servicio de los pacientes del hospital, lo cierto es que, no se allegó prueba alguna que acredite que efectivamente se realizó esa solicitud con dicho carácter, pues solo se advierte que a folio 4 a 6, 8 a 113, 115 a 226, 228 a 337, 339 a 441, 443 a 633 cuaderno 2 que, obra solicitudes de fecha 26 de febrero a 31 de julio de 2016, informando la necesidad de contratar los servicios de suministro de dosis especiales de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral.

Para el Despacho, tales actuaciones no advierten algún tipo de supremacía del ente hospitalario, a efectos de imponerle a la demandante la obligación de prestar los servicios entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016 sin las previsiones legales, a efectos de configurar el eventual constreñimiento o coerción por parte de la entidad para la prestación de los servicios por parte de la contratista.

Así las cosas, no se encuentra demostrada la primera hipótesis jurisprudencial, en tanto, no se advierte que bajo la supremacía de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. se le hubiera impuesto a la parte actora la obligación prestar servicios adicionales entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016. En consecuencia, los servicios prestados y cuyo pago pretende la parte actora, se realizaron por propia autonomía, resultando improcedente entonces la primera hipótesis y por consiguiente, no se reúnen los elementos de un enriquecimiento sin causa.

Adicionalmente en aras de establecer si se configuran algunos de los supuestos de las otras hipótesis, se advierte que, frente a la **segunda hipótesis jurisprudencial**, precisa el Despacho que, los supuestos fácticos del presente medio de control, no refieren la eventual afectación del derecho a la salud, siendo improcedente su análisis, pues si bien de trató del suministro de dosis especiales de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral de los pacientes de un ente hospitalario, no es menos cierto que esa sola circunstancia no da vía libre para reclamar su pago sin haberse celebrado previamente un contrato estatal, por lo que no se configura la excepción contenida en el literal b) de la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012.

Lo anterior toda vez que, pese a que la prestación de los servicios de la demandante se prestaron hasta el 31 de agosto de 2016, tal circunstancia no constituyó imposibilidad alguna de realizar un procedimiento de selección y finalmente celebrar un contrato para el suministro de alimentación parenteral a los pacientes pese a su condición de neonatos y pacientes en tratamiento de quimioterapia, como efectivamente ocurrió.

Si bien se evidencia un vacío contractual entre el ente el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016 que daría cuenta de una falta de planeación presupuestal por parte del ente hospitalario demandando para el suministro de la alimentación parenteral de sus pacientes, tal circunstancia no constituía imposibilidad alguna de realizar un procedimiento de selección y finalmente celebrar un contrato para la prestación de dichos servicios.

Por lo anterior, para el Despacho es claro que en el expediente no obra prueba que acredite *la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas*,

a efectos de evitar la prestación de servicios sin aprobación presupuestal, por lo que con dicho actuar se estaría atentando contra los principios de transparencia y planeación que rigen la contratación estatal y en todo caso, avalar el pago de una prestación que no se encuentra planeada y justificada.

Finalmente respecto a la **tercera hipótesis**, esta hace referencia a los casos en los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno.

El artículo 42 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

"Artículo 42º.- De la Urgencia Manifiesta. Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro, cuando se presenten situaciones relacionadas con los Estados de Excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos.

La urgencia manifiesta se declara mediante acto administrativo motivado."

Conforme a la normatividad citada, es claro que para que se decrete la situación de *urgencia manifiesta*, se debe configurar o acreditar la existencia de diferentes presupuestos. Del estudio que se hace al presente asunto, el Despacho observa que, no se encuentra acreditado que se hubiera presentado un evento que constituyera una urgencia manifiesta y se omitiera su declaratoria, como lo alega la parte actora en sus alegaciones finales.

Así las cosas, y revisadas las circunstancias del caso concreto, el Despacho no encuentra procedente acceder a las pretensiones de la parte actora, en tanto que tal y como se indicó, no obra prueba de la que se pueda inferir que las obligaciones contenidas en las remisiones Nos. 5027, 5028, 5029, 5030, 5031, 5032 y 5034, se generaron con ocasión a circunstancias imprevisibles, irresistibles y ajenas a las partes siendo necesario adicionar recursos o bienes, atendiendo la necesidad o la conexidad con la ejecución del objeto contractual.

De igual manera, a la luz de la línea jurisprudencial transcrita, el Despacho encuentra que no se presenta ninguno de los eventos excepcionales señalados en la citada decisión del Consejo de Estado, para que se alegue un enriquecimiento sin justa causa, circunstancia que genera negar las pretensiones de la demanda.

Pues si bien la parte actora adujo haber prestado sus entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016 ante la urgencia inaplazable de satisfacer las necesidades y garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del centro hospitalario, lo cierto es que, no obra prueba en el plenario de que efectivamente se hubieren solicitados los servicios bajo esa connotación.

Por lo anterior, se concluye que en el presente asunto con base en las pruebas que fueron aportadas, no procede la actio in rem verso, por cuanto lo acreditado en el plenario es que se prestaron unos servicios entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016, sin que estuvieren amparados en un contrato estatal válidamente celebrado y al margen de las normas de contratación estatal que establecen los principios de planeación, selección

objetiva y las formalidades como lo es, la solemnidad del contrato estatal ni mucho menos amparado presupuestalmente.

Si bien obra las constancias de recibido de los medicamentos suministrados por el demandante entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016, lo cierto es que, ello no es óbice para que resulte procedente el enriquecimiento sin justa causa, en tanto no se acreditaron ninguna de las circunstancias previstas en la sentencia de unificación del 19 de noviembre de 2012.

Considera el Despacho que, no puede convertirse la excepción en la generalidad, pues ello atenta contra los principios de transparencia y de planeación que rigen a la contratación Estatal, y en todo caso, avalar la ejecución de servicios a favor de una entidad estatal sin existir un contrato fruto de los trámites y procedimientos establecidos en la ley, a la final resulta lesivo para el erario público, pues puede contribuir a que se acuda a ese mecanismo en forma generalizada, sin cumplir con los trámites y exigencias establecidos en la ley.

Así las cosas, y revisadas las circunstancias del caso concreto, a la luz de la línea jurisprudencial transcrita, el Despacho encuentra que, no se presenta ninguno de los eventos excepcionales señalados en la citada decisión del Consejo de Estado, para que proceda la reclamación patrimonial por la prestación de servicios por fuera de una relación contractual.

3.4 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 se presentaba alguno de los supuestos jurisprudenciales en los que procede excepcionalmente la *actio in rem verso* para reclamar el pago por vía judicial de la prestación de los servicios de dosis especiales de medicamentos para las líneas de nutrición parenteral (pediátricos, neonatos, adultos, neo pediátricos), oncológicos, magistrales y re empaque y re envase de medicamentos en forma farmacéutica sólida por parte de la sociedad Unidossis S.A.S entre el 1º de febrero y el 31 de agosto de 2016, sin que se encuentren amparados en un contrato estatal, debe resolverse de manera negativa, en la medida en que no existe prueba de que se configure alguna de las excepciones para que proceda la *actio in rem verso*, por lo que hay lugar a negar las pretensiones.

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 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.

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 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



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

Bogotá D.C., 31 de marzo de 2020

JUEZ	:	Luis Eduardo Cardozo Carrasco
Ref. Expediente	:	110013336036-2019-00280-00
Demandantes	:	Fondo Rotatorio de la Policía Nacional
Demandado	:	Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A.

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No.43**

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, el Fondo Rotatorio de la Policía presentó demanda ejecutiva contra la Compañía de Seguros General Cóndor S.A. y el señor Elkin Arturo Téllez Agon, a efectos de obtener el pago de las sumas derivadas de la declaratoria de incumplimiento del contrato de compraventa 02 de 2002 PN-FR-C.

Al respecto, se formularon las siguientes pretensiones (f. 7-23 c. principal):

1. Se libre mandamiento de pago a favor de mi representado FONDO ROTATORIO DE LA POLICIA y en contra de "CONDOR S.A.", Compañía de Seguros NIT No. 890.300.465-8, representada legalmente por señor EUDORO CARVAJAL IBAÑEZ y/o quien haga sus veces y en contra de ELKIN ARTURO TELLES AGON, propietario del Establecimiento ELKIN TÉLLEZ INC, por la siguiente suma de dinero: CUATROCIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$408.675.250,00) de conformidad con los siguientes documentos constitutivos de título ejecutivo, en los cuales consta una obligación clara, expresa y actualmente exigible en favor del Fondo Rotatorio de la Policía.
 - Resolución administrativa No. 0739 del 05 de diciembre de 2002 "Por la cual se declara el siniestro y se hace efectiva la Póliza de Calidad del Contrato de Compraventa No. 02 de 2002, celebrado con la firma ELKIN ARTURO TÉLLEZ AGON, propietario del establecimiento de comercio Elkin Téllez Inc."
 - Resolución administrativa No.0710 del 26 de septiembre de 2003 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No.0060 del 19 de febrero de 2003".
 - Resolución administrativa No.0743 del 6 de octubre de 2003 "Por la cual se aclara la Resolución No.0710 del 26 de septiembre de 2003".
 - Póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No.7529924 de fecha de expedición 23 de enero de 2002 y sus certificados de modificación y/o prórrogas Nos.569517 de fecha 17 de abril de 2002, 563875 de fecha 15 de julio de 2002, 577361 de fecha 06 de junio de 2002 y 577377 de fecha 26 de septiembre de 2002, expedidas por CONDOR S.A. Compañía de Seguros Generales.

2. Se haga efectiva la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: PENAL PECUNIARIA, del contrato de compraventa No 02 de 2002 PN-FR-C celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y ELKIN ARTURO TELLEZ AGON para la adquisición de 56.369 metros de dril ristop verde aceituna, antiplama y con repelencia al agua, con destino a la fábrica de confecciones del Fondo Rotatorio de la Policía y consistente en una suma equivalente al veinte (20%) por ciento del valor del contrato, suma que se considera como pago parcial de los perjuicios causados al Fondo Rotatorio de la Policía el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la anterior ingresará al tesoro del Fondo Rotatorio de la Policía y podrá ser tomada directamente de la garantía constituida o de los saldos a favor del contratista, si no fuere posible se cobrará por jurisdicción coactiva y que corresponde a un valor de CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL CIENTO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$163.470.100,00)
3. Se condena al pago del valor de los intereses comerciales monetarios sobre las anteriores sumas de dinero desde la fecha de ejecutoria del acto administrativo que declara la obligación, esto es, desde el 04 de noviembre de 2003, hasta el momento en que se efectúe el pago total de la obligación a las tasas determinadas por las normas comerciales que rigen la materia.
4. Se condena al pago de las costas del presente proceso.

1.2.- Hechos de la demanda

Se indicó que entre el Fondo Rotatorio de la Policía y Elkin Arturo Téllez Agon se suscribió el contrato de compraventa No 02 de 2002 PN-FR-C del 18 de enero de 2002, cuyo objeto era la adquisición de 56.369 metros de dril ristop verde aceituna, antiplama y con repelencia al agua, por un valor de \$817.350.500., contrato amparado por la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales No.7529924 de fecha de expedición 23 de enero de 2002 y sus certificados de modificación y/o prórrogas Nos.569517 de fecha 17 de abril de 2002, 563875 de fecha 15 de julio de 2002, 577361 de fecha 06 de junio de 2002 y 577377 de fecha 26 de septiembre de 2002, expedidas por CONDOR S.A. Compañía de Seguros Generales.

Que después de diversas comunicaciones cruzadas, el Fondo Rotatorio de la Policía adujo que la tela entregada no cumplía con la especificaciones técnicas, motivo por el que, mediante Resolución No. 0739 del 5 de diciembre de 2002, se declaró el siniestro consistente en la mala calidad de la tela del contrato de compraventa No. 002 de 2002, se hizo efectiva la póliza de calidad y buen funcionamiento No.7529924 por valor de \$408.675.250.

La anterior decisión fue confirmada y aclarada mediante Resolución No.0710 del 26 de septiembre de 2003 y Resolución No.0743 del 6 de octubre de 2003, respectivamente.

1.3.- Trámite procesal

La presente demanda fue radicada el 10 de diciembre de 2003 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (f.1 c. principal).

Mediante auto proferido el 15 de abril de 2004, se libró mandamiento de pago a favor del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional y en contra del señor Elkin Arturo Téllez y de Seguros Cóndor S.A. por las siguientes sumas (f. 30-35 c. principal):

- A. Por la suma de CUATROCIENTOS OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$408.675.250,00) correspondientes a la Póliza de Seguro de Cumplimiento a favor de entidades estatales No.7529924 expedida por Cóndor S.A. el 18 de enero de

2003, con sus correspondientes certificados de modificación y/o prórroga, como consecuencia de la Resolución administrativa No. 0739 del 05 de diciembre de 2002, por la cual se declara el siniestro y se hace efectiva la Póliza de Calidad del Contrato de Compraventa No. 02 de 2002, celebrado con Elkin Arturo Téllez Agon, propietario del establecimiento de comercio Elkin Téllez Inc.

B. Por la suma de CIENTO SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL CIENTO PESOS M/CTE (\$163.470.100.00), correspondiente a la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: PENAL PECUNIARIA, del contrato de compraventa No. 02 de 2002 PN-FR-C.

C. Intereses moratorios que se liquidarán conforme a lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

El 15 de junio de 2004, Elkin Téllez Inc. Contestó la demanda (fls. 42-52 c. principal).

El 16 de diciembre de 2004, Cóndor S.A. contestó la demanda (fls.66-69 c. principal).

Por auto del 3 de febrero de 2005 se corrió traslado de las excepciones propuestas por Elkin Téllez Agon y se tuvo por contestada de forma extemporánea la demanda por Cóndor S.A. (fls. 71 c. principal).

Por auto del 5 de mayo de 2005 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se corrió traslado de alegatos de conclusión (fls.81-85 c. principal).

Por auto del 23 de junio de 2005 se tuvo en tiempo la contestación de la demanda por Cóndor S.A. y se corrió traslado de las excepciones (fls. 94-99 c. principal).

Por autos del 4 de agosto de 2005 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se corrió traslado de alegatos de conclusión (fls.109-111 c. principal).

Por auto del 24 de julio de 2008, por encontrarse acreditados los requisitos y estando el proceso para proferir sentencia, se decretó la suspensión del proceso por prejudicialidad (fls.138-140 c. principal).

Por auto del 4 de febrero de 2014 se ordenó la reanudación del proceso y se requirió a la parte ejecutante para que indicara si deseaba continuar el proceso sin la comparecencia de Cóndor S.A. (fls. 178-179 c. principal).

Mediante escrito del 13 de febrero de 2014, la parte ejecutante solicitó continuar el proceso sin la comparecencia de Cóndor S.A. (fls. 181 c. principal).

Por auto del 18 de marzo de 2014 se volvió correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión (fls.197 c. principal).

El 29 de mayo de 2014 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia, por la que ordenó seguir adelante con la ejecución (fls.218-227 c. principal).

Por auto del 13 de junio de 2017 se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto del 18 de marzo de 2014, e inclusive, por considerarse que la reanudación del proceso no fue notificada en debida forma al señor Elkin Arturo Téllez Agon fls.268-270 c. principal).

Por auto del 5 de junio de 2018 se volvió correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión (fls.274 c. principal).

El 20 de agosto de 2019 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la falta de competencia funcional para conocer el proceso, en razón a la cuantía del mismo para la fecha de presentación de la demanda (fls.218-227 c. principal).

Por auto del 25 de noviembre de 2019 se avocó el conocimiento del proceso y se ordenó continuar con su trámite (fls. 289 c. principal).

1.4.- Contestación de la demanda

Dado que por auto del 4 de febrero de 2014 se ordenó la reanudación del proceso y se requirió a la parte ejecutante para que indicara si deseaba continuar el proceso sin la comparecencia de Cóndor S.A. (fls. 178-179 c. principal), y que mediante escrito del 13 de febrero de 2014, la parte ejecutante solicitó continuar el proceso sin la comparecencia de Cóndor S.A. (fls. 181 c. principal), no se hará mención a las actuaciones de defensa de esta última.

1.4.1. Elkin Arturo Téllez Agon propuso las siguientes excepciones:

1. Inexistencia del título ejecutivo por pérdida de fuerza de ejecutoria, en la medida que se suscribió un compromiso en el que se indicó que la Resolución 0739 de 2002 quedaba sin efectos, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 del CCA.
2. Inexistencia de título ejecutivo por desviación de las atribuciones del Director del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, puesto que la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro recaía en los jueces.
3. Inexistencia de título ejecutivo por el desconocimiento del derecho de audiencia, en la medida que se declaró unilateralmente la ocurrencia del siniestro con dictámenes posteriores y sin traslado previo.
4. Inexistencia de la obligación, en virtud de que los resultados de las pruebas nunca determinaron fallas en los niveles de resistencia a la tensión del urdimbre y resistencia a desgarrar.
5. Enriquecimiento sin justa causa, porque la tela que se entregó fue utilizada por el ejecutante.
6. Pleito pendiente, dado que se formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que conforman el título ejecutivo.
7. Temeridad, toda vez que el resultado de la evaluación posterior demostró el cumplimiento de los niveles de resistencia de la tela, y sumado al pago, son prueba que demuestran la decisión ilegítima de mantener la declaratoria de ocurrencia del siniestro.
8. Desconocimiento de los actos propios, dado que la entidad recibió a satisfacción los productos, y por ende el contrato se entiende terminado.

1.5.- Alegatos de conclusión

A través de escritos radicados el 17 de mayo de 2005 y 25 de marzo de 2014 (fls.87-92 y 198-202 c. principal), la parte ejecutante adujo que estaba demostrado que dentro de los 15 días siguientes a la entrega de los productos derivado del contrato suscrito entre las partes se detectaron las deficiencias, aspecto que infería el incumplimiento del contrato, lo que motivó a la declaratoria del siniestro y la exigibilidad de la póliza de calidad, contenida en la Póliza de Segura de Cumplimiento No.7529924, de manera que las actuaciones se profirieron de conformidad a la Ley y dentro de los efectos de la póliza.

Mediante escrito del 9 de mayo de 2014 el agente del Ministerio Público manifestó que en razón a que a través de sentencia del 3 de diciembre de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de las resoluciones base de la ejecución, aún cuando fue objeto de apelación, hasta tanto no se pronuncie el superior, su nulidad está declarada, por lo que los actos no son obligatorios, y por ende no existe una obligación exigible (fls.204-

2016 c. principal).

La parte ejecutada guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

Cuestión previa.

En atención a lo señalado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 20 de agosto de 2019, según la que, de conformidad con los principios de celeridad y economía procesal, debe darse aplicación a lo previsto en el C.G.P., debe interpretarse que esta manifestación hizo referencia a lo señalado en el artículo 138¹, que establece que, cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará.

Así mismo, debe ponerse de presente que de conformidad con lo previsto en el inciso final de los artículos 148 del CPC y 139 de CGP, la declaración de incompetencia no afecta la invalidez de la actuación cumplida hasta entonces.

De manera que, a juicio del Despacho, dado que el superior solo declaró la falta de competencia, y que el proceso ya había adelantado su trámite normal, dicho trámite no se encuentra viciado, y por ende toda la actuación conservó su validez.

Presupuestos procesales

2.1.- Competencia

Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, se otorgó a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa el conocimiento de las controversias derivadas de los contratos estatales (artículos 1, 2, 32, 75 y 81 de la Ley 80 de 1993).

El inciso primero del artículo 75 de la misma ley, consagró una norma de competencia, y por lo tanto de carácter procesal de aplicación inmediata, al señalar: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa." Por lo tanto, es esta la jurisdicción competente para decidir de la controversia respecto de la acción ejecutiva y este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134-B del Decreto 01 de 1984 del Código Contencioso Administrativo, tal como lo fue indicado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en providencia del 20 de agosto de 2019.

2.2.- Procedibilidad del medio de control

En el presente caso, la acción ejecutiva es procedente, en la medida que se pretende el cobro forzado de las obligaciones que a juicio de la ejecutante se le adeudan, contenidas en las Resoluciones 0739 del 05 de diciembre de 2002, 0710 del 26 de septiembre de 2003 y 0743

¹ ARTÍCULO 138. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA Y DE LA NULIDAD DECLARADA. Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará. La nulidad solo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por este. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirla, y se mantendrán las medidas cautelares practicadas. El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.

del 6 de octubre de 2003, y la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: PENAL PECUNIARIA, del contrato de compraventa No 02 de 2002 PN-FR-C celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y Elkin Arturo Téllez Agon.

2.3.- Caducidad

De conformidad a lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 136 del C.C.A, el cual señala que la acción ejecutiva caduca al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho, se tiene que las Resoluciones 0739 del 05 de diciembre de 2002, 0710 del 26 de septiembre de 2003 y 0743 del 6 de octubre de 2003 cobraron ejecutoria con la notificación que se hiciera de esta última al contratista y a la aseguradora, de manera que conforme a la constancia emitida por la parte ejecutante, estas cobraron ejecutoria el 4 de noviembre de 2003 (fl.3 c1), por lo tanto, en razón a que la demanda se presentó el 10 de diciembre de 2003, claramente se observa que la demanda se presentó dentro del término de caducidad señalado en la norma en comento.

Título ejecutivo base de la acción

La administración cuenta con la facultad de declarar el siniestro en virtud del incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista y hacer efectiva la garantía constituida para garantizar el cumplimiento de un contrato, a través de un acto administrativo, el cual una vez quede en firme prestará mérito ejecutivo, conforme a lo señalado en el artículo 68 del C.C.A.; en estos casos, el título ejecutivo es complejo, toda vez que está integrado por la póliza y el acto administrativo mediante el cual se tomó la determinación de hacer efectiva la respectiva garantía.

Así las cosas, el artículo 488 del C.P.C. consagra los requisitos que debe cumplir un documento para que constituya título ejecutivo. De los requisitos establecidos en el citado artículo, se evidencia que unos atañen al documento y otros a la obligación contenida en el mismo, requisitos que la doctrina ha denominado de forma y de fondo, respectivamente, y cuya satisfacción dota de fuerza ejecutiva a los documentos, es decir, les confiere aptitud para ser cobrados por medio de un proceso ejecutivo.

Con relación a los requisitos de forma, el artículo 488 del C.P.C. establece lo siguiente: a) que la obligación a ejecutar esté contenida en un documento, es decir, que requiere demostración documental; b) que dicho documento provenga del deudor o de su causante y c) que constituya plena prueba contra él, es decir, que haya plena certeza que el documento fue elaborado, manuscrito o firmado por el deudor.

Respecto de los requisitos de fondo, se requiere que la obligación contenida en dicho documento esté a favor del ejecutante y a cargo del ejecutado, y sea una obligación: a) expresa, es decir, que sea manifiesta en el contenido del documento y que no sea necesario suponerla o deducirla ; b) clara, que no de lugar a confusiones ni ambigüedades; y c) exigible, es decir, que no esté sujeta a un plazo o al cumplimiento de alguna condición, bien porque ya está vencido el primero o porque ya aconteció lo segundo, o porque sencillamente se trata de una obligación pura y simple.

En este orden de ideas, los documentos que contienen una obligación clara expresa y exigible, constituyen título ejecutivo y por ende, prestan mérito ejecutivo.

Dentro del presente expediente, se presentó como título ejecutivo complejo base de la ejecución, los siguientes documentos:

- Original del contrato de compraventa No. 02 de 2002 PN-FR-C y sus modificaciones, celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Policía y el señor Elkin Arturo Téllez Agon, propietario del establecimiento de comercio Elkin Téllez

Inc. (fls.140-141, 169-170, 182-183 y 280-284 c2).

- Original de la póliza de cumplimiento No.7529924 del 18 de enero de 2002 y sus prórrogas Nos.569517 del 17 de abril de 2002, 563875 del 15 de julio de 2002, 577361 del 6 de junio de 2002 y 577377 del 26 de septiembre de 2002, expedidas por la Compañía de Seguros Generales Cóndor S.A. (fls. 135, 158, 168 y 191 c2).
- Original de las Resoluciones 0739 del 05 de diciembre de 2002, 0710 del 26 de septiembre de 2003 y 0743 del 6 de octubre de 2003 que declararon la ocurrencia del siniestro cubierto por la póliza de cumplimiento No. 7529924 e hizo efectiva la misma en torno al amparo de calidad por valor de \$408.675.250, junto con sus respectivas constancias de notificación y ejecutoria (fls.1-11 y 100-102 c2).

Los anteriores documentos, claramente conforman un título ejecutivo que contempla una obligación clara, expresa y exigible a favor de la entidad demandante, puesto que tal como se indicó anteriormente, las entidades públicas gozan de la prerrogativa de hacer efectivas las garantías constituidas a su favor por el contratista, con fundamento en un título ejecutivo que estará integrado por la póliza y el acto administrativo mediante el que se hizo efectivo la misma, como en efecto ocurre en el presente proceso, pues la entidad ejecutante declaró la ocurrencia del siniestro para hacer efectiva la garantía de el amparo de calidad y buen funcionamiento.

De la excepciones

En los juicios ejecutivos, conforme al artículo 509 del C.P.C., las únicas excepciones que pueden proponerse son las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción provenientes de hechos posteriores al nacimiento del acto administrativo, la nulidad por indebida representación de las partes o por falta de práctica en legal forma de la notificación a personas determinadas, o del emplazamiento de quienes deban ser citados al proceso.

Al respecto, el Consejo de Estado² ha considerado:

“La Sala recoge esta tesis, para en cambio señalar mayoritariamente, que dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, sólo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2º del artículo 509 del C. P. Civil, introdujo la Ley 794 de 2003.

El cambio en el pensamiento de la Sala, se sustenta en las siguientes consideraciones:

En el trámite de los procesos ejecutivos ante esta jurisdicción, se aplica el Código de Procedimiento Civil, por remisión en los términos del artículo 267 del C. C. A., ante la falta de normativa sobre el tema en el Código Contencioso Administrativo, además de que la ley 446 de 1.998, al modificar el artículo 87 del C. C. Administrativo, expresamente dispuso en relación con el trámite a seguir para los procesos ejecutivos, que este sería aquel de mayor cuantía regulado en el C. de P. Civil.³

² Consejo de Estado – Sección Tercera – radicado interno 30240 – Consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez.

³ A través del artículo 32 de la ley 446 de 1.998, se adicionó el artículo 87 del C.C.A., norma que se ocupa de la acción relativa a controversias contractuales, entre otros aspectos, para señalar que “en los procesos

En materia de excepciones de mérito dentro del proceso ejecutivo, el artículo 509 del C. de P. Civil, establece para cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, que sólo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7º y 9º del artículo 140, y la de pérdida de la cosa debida.

Para cuando el título ejecutivo esté constituido por una sentencia, laudo de condena o providencia que conlleve ejecución, la norma proscribire, dentro de ese proceso, cualquier discusión sobre la legalidad del título, circunscribiendo las alegaciones por la vía de las excepciones, sólo a los sucesos posteriores al nacimiento del título, y a partir de los cuales se pueda concluir que la obligación está satisfecha, se ha extinguido, se ha novado, o ha perdido su exigibilidad.

El acto administrativo, una vez en firme, tiene la calidad de providencia que conlleva ejecución; tal carácter le ha sido expresamente atribuido por el legislador, que en el artículo 64 del C. C. A., expresamente dispone:

“Carácter ejecutivo y ejecutorio de los actos administrativos. Salvo norma expresa en contrario, los actos que queden en firme al concluir el procedimiento administrativo serán suficientes, por sí mismos, para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento. La firmeza de tales actos es indispensable para la ejecución contra la voluntad de los interesados.”

Mientras que el artículo 66 del mismo código, reitera la noción de que el acto administrativo conlleva ejecución, cuando expresamente establece los casos en los cuales pierden su fuerza ejecutoria, así:

“Pérdida de fuerza ejecutoria. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1. Por suspensión provisional
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierden su vigencia.”

Por fuera de los eventos expresamente señalados en esa norma, el acto administrativo es una providencia que conlleva ejecución, la cual puede lograrse en veces directamente por parte de la administración, como sucede en los términos del artículo 68 ibídem para cuando se dispone de jurisdicción coactiva; o de lo contrario, ante la jurisdicción ordinaria o contencioso administrativa, de acuerdo a la atribución de competencia realizada por el legislador.

A su vez en los artículos 85 y 87 del C. C. Administrativo, el legislador ha establecido las acciones que permiten la revisión de legalidad del acto administrativo que contiene un título ejecutivo, esto es, la de nulidad y restablecimiento del derecho y la relativa a controversias

ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil.” La interpretación sistemática de esta disposición ubicada en la acción relativa a controversias contractuales, con el artículo 75 de la ley 80 de 1.993, que asignó a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para conocer de los procesos de ejecución derivados de los contratos estatales, permite concluir que ese también es el trámite a seguir cuando el ejecutivo proviene directamente del contrato estatal, aunque no medie sentencia de condena.

contractuales, ambas tramitadas a través del proceso ordinario tal como lo manda el artículo 206 ídem.

También previó el legislador los términos para intentar tales acciones, sin que el mismo supere dos años, como quiera que para la primera señaló uno de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto, mientras que para la segunda señaló un plazo de dos años, contados desde diferentes momentos, según que se trate de contrato sometido o no a liquidación.⁴

Al permitirse el cuestionamiento de legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo, a través de la proposición de excepciones dentro del proceso ejecutivo, fundadas en hechos sucedidos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, se está desconociendo de un lado la naturaleza de providencia que conlleva ejecución que el artículo 64 del C. C. Administrativo, le otorga al acto administrativo, y de otro, se vulnera el debido proceso, como quiera que se surte la revisión de legalidad del acto administrativo ante un juez diferente a aquel establecido por el Legislador para el efecto, esto es ante el juez de la ejecución y no ante el ordinario que fue al que se atribuyó competencia por el Legislador para realizar tal enjuiciamiento, además de que se le da a la revisión de legalidad un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, y se desconocen los términos que también el legislador previó para la formulación del juicio de legalidad.

Igualmente el trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que sólo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título.

Para cuando existen dudas sobre la legalidad del título el legislador previó su cuestionamiento a través del juicio ordinario que corresponde y la suspensión del proceso ejecutivo por prejudicialidad, conforme lo indica el artículo 170 numeral 2º del C. P. Civil, norma que dispone:

“El juez decretará la suspensión del proceso:

(..)

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquier otra ley.

No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá porque exista un proceso ordinario iniciado antes o después de aquel, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.”

En este orden de ideas, el Despacho se abstendrá de pronunciarse sobre las excepciones formuladas por la parte ejecutada, Elkin Téllez Agon, en tanto ninguna hace referencia a las señaladas en el artículo 509 del C.P.C., pues todos están dirigidas a cuestionar la legalidad de los actos administrativos base de ejecución, aspecto que no es procedente en el trámite del proceso ejecutivo, y que en su eventualidad, pudo ser tramitada bajo la figura de prejudicialidad, que ya se surtió en el presente caso.

Adicionalmente, debe ponerse de presente que el artículo 66 del CCA establece lo siguiente:

ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

⁴ Artículo 136 del C.C.A. numerales 2 y 10.

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia

Así las cosas, dado que en el presente caso no se ha declarado la nulidad de las resoluciones base del título ejecutivo de la presente demanda, al margen de la legalidad o no de dichas actuaciones en torno a las competencias de la entidad ejecutada, es claro para el Despacho que los actos administrativos resultan oponibles al aquí ejecutado, en lo que respecta al siniestro por la presunta mala calidad de la tela objeto del contrato de compraventa 02 de 2002 y la efectividad de la póliza por el amparo de validez y buen funcionamiento.

Así mismo, a partir del auto proferido el 27 de julio de 2005, expediente 23565, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que cuando el título de recaudo ejecutivo está constituido por un acto administrativo, sólo es posible proponer como excepciones las contenidas en el numeral 2 del artículo 509 del CPC, hoy numeral 2º del artículo 442 del CGP, esto es: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se funden en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de nulidad por indebida representación de las partes o por falta de notificación o por falta de emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.

Puntualmente, en relación al tema, el Consejo de Estado consideró lo siguiente:

Al permitirse el cuestionamiento de legalidad del acto administrativo presentado como recaudo ejecutivo, a través de la proposición de excepciones dentro del proceso ejecutivo, fundadas en hechos sucedidos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, se está desconociendo de un lado la naturaleza de (una) providencia que conlleva ejecución que el artículo 64 del C. C. Administrativo, le otorga al acto administrativo, y de otro, se vulnera el debido proceso, como quiera que se surte la revisión de legalidad del acto administrativo ante un juez diferente a aquel establecido por el Legislador para el efecto, esto es ante el juez de la ejecución y no ante el ordinario que fue al que se atribuyó competencia por el Legislador para realizar tal enjuiciamiento, además de que se le da a la revisión de legalidad un trámite diferente al señalado para el efecto por el legislador, y se desconocen los términos que también el legislador previó para la formulación del juicio de legalidad.

Igualmente el trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que sólo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título.

No obstante lo anterior, si bien la inexistencia del título ejecutivo no puede ser alegada a través de excepción cuando el título está constituido por una providencia o acto administrativo que conlleve ejecución, uno de los requisitos cuyo cumplimiento debe observar el juez al momento de dictar la sentencia que ordena seguir adelante la ejecución, lo es la existencia del título base del recaudo ejecutivo. De manera que el Consejo de Estado ha señalado que de observarse que no existe tal título no es viable dictar sentencia, y, en cambio, debe ordenarse la terminación del proceso.

Ahora bien, en lo que respecta a la exigibilidad de la cláusula penal, la CLÁUSULA

DÉCIMA TERCERA del contrato de compraventa 02 de 2002 señalaba:

CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: PENAL PECUNIARIA. En caso de que el Fondo Rotatorio de la Policía, declare la caducidad administrativa de este contrato o por incumplimiento del VENDEDOR se hará efectiva directamente por el Fondo Rotatorio de la Policía al VENDEDOR, como cláusula penal pecuniaria el valor correspondiente al veinte por ciento (20%) del valor del contrato, suma que se considera como pago parcial de los perjuicios causados al Fondo Rotatorio de la Policía, el valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria a que se refiere la anterior y la presente cláusula ingresará al tesoro del Fondo Rotatorio de la Policía y podrá ser tomada directamente de la garantía constituida o de los saldos a favor del VENDEDOR si no fuere posible se cobrará por vía Ejecutiva

Bajo este orden de ideas, al margen de la potestad y la forma en que podía pactarse la inclusión de cláusulas penales en contratos estatales durante la vigencia de la Ley 80 de 1993 y la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, el Despacho encuentra que la facultad de hacerla efectiva por la ejecutante, debía estar mediada por la expedición de un acto administrativo en tal sentido, o la declaratoria de reconocimiento a través de sentencia judicial, actuaciones que no obran dentro del proceso y que den cuenta la declaración de la obligación del ejecutado de reconocer la suma de \$163.470.100, por concepto de cláusula penal.

Por lo tanto, ante la inexistencia de la declaración de reconocimiento de la cláusula penal, el Despacho encuentra que no se puede ordenar seguir adelante la ejecución por este concepto, dada la falta de configuración de título ejecutivo en este aspecto.

6. Costas y agencias en derecho

De conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, se condenará en costa a la parte ejecutante. Por Secretaría liquidense en los términos previstos en el artículo 393 del C.P.C.

Respecto a las agencias en derecho, se condenará a la parte ejecutada, a pagar a la parte ejecutante, la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), de conformidad con lo previsto en el parágrafo del numeral 3.1.2. del artículo 6 del Acuerdo No.1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.⁵

Condenar en costas a la parte demandada, por Secretaría se realizará la correspondiente liquidación.

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,

7. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por los ejecutados.

⁵ ARTICULO SEXTO. Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho:

III.CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

3.1.2. Primera instancia.

(...)

PARAGRAFO. En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

SEGUNDO: SEGUIR ADELANTE CON LA EJECUCIÓN contra el señor Elkin Arturo Téllez Agon y a favor del Fondo Rotatorio de la Policía Nacional, por la suma de \$408.675.250,00, más los intereses moratorios causados, en los términos señalados en el auto proferido el 15 de abril de 2004, esto es, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 4º numeral 8º de la Ley 80 de 1993, causados desde el 5 de noviembre de 2003, hasta la fecha en que efectivamente se verifique el pago total de la obligación.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte ejecutada, por secretaria liquidense de conformidad con lo previsto en el artículo 366 del C.G.P., incluyendo a ellas la suma de dos millones de pesos (\$2.000.000), por concepto de agencias en derecho.

CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, requiérase a las partes para que presenten la liquidación del crédito y realicen las actuaciones pertinentes para propender por la satisfacción de la obligación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO CARDOZO CARRASCO
Juez

L.