

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

SENTENCIA No. 132

Santiago de Cali, agosto treinta (30) de dos mil dieciocho (2018)

Medio de Control	Reparación Directa
Radicación	76001333300520150003400
Demandante	FRANCIA ELENA GORDILLO
Demandado	NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL – ALCALDÍA MUNICIPAL DE CALI
Juez	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial por parte de FRANCIA ELENA GORDILLO, con ocasión de la muerte de la menor KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ, a causa de la caída de una roca sobre su humanidad, situación acaecida el día 1 de diciembre de 2012.

1. DECLARACIONES Y CONDENAS

1.1. Declarar patrimonialmente responsable a la la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI, con ocasión de la muerte de la menor KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ, acaecida en diciembre 1 de 2012.

1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las demandadas a pagar a la demandante, a sus descendientes o a quien represente legalmente, la siguiente indemnización como consecuencia del daño producido:

1.2.1. A título de Perjuicios Morales – 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.2. Daño a la vida de relación – 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes

2. HECHOS

Los hechos expuestos en la demanda, se sintetizan así:

- 2.1.** Para diciembre 1 de 2012, se produjo la muerte de KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ, menor de un (1) año de edad en el sector LA CHOCLONA ubicado al sur del Municipio de SANTIAGO DE CALI, a causa del deslizamiento de una roca ubicada en el terreno que custodiaba el Batallón PICHINCHA del Ejército Nacional.
- 2.2.** El Ejército Nacional había sido enterado de la necesidad de realizar procedimientos que permitieran mitigar riesgos que ponían en peligro a la comunidad como consecuencia de la ubicación de la roca, para cuyos efectos se remite a una certificación de noviembre 19 de 2014, emitida por la Junta Administradora Local Comuna 18 y copia de derecho de petición de noviembre 21 de 2014 radicado ante la Alcaldía de Santiago de Cali.
- 2.3.** Aunque la roca se cayó como consecuencia de las lluvias, como las autoridades ya habían sido alertadas acerca del probable siniestro, no se tomaron medidas de protección para conjurar el riesgo generador de daño antijurídico por omisión de tales autoridades, en quienes no concurre ninguna eximente y por el contrario resulta evidente el nexo causal.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Menciona que los hechos referenciados constituyen falla del servicio y como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 6, 11 y 90 de la Constitución Política que transcribe parcialmente al igual que jurisprudencia del Consejo de Estado acerca de la responsabilidad extracontractual de las autoridades públicas, en especial por el riesgo vial.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

En el escrito de contestación de demanda¹, el apoderado del Ejército Nacional se opone a las pretensiones de la demanda por cuanto en su criterio, se presentó el daño antijurídico debido a un hecho constitutivo de fuerza mayor y por cuanto la omisión atribuida no guarda relación con el compendio de funciones que le asiste cumplir a tal entidad.

La Alcaldía de Santiago de Cali por su parte² refiere que dicho ente territorial nunca fue enterado de la situación conforme se afirma en la demanda o por lo menos no existe prueba en tal sentido y además los ocupantes del inmueble donde ocurrieron los hechos levantaron allí su vivienda en forma irregular donde el uso no está permitido para vivienda y de todas formas se trató de un caso constitutivo de fuerza mayor y no hay nexo causal entre el hecho atribuido y la omisión referenciada como sustento de la demanda.

5. TRÁMITE PROCESAL

Mediante proveído No. 551 de junio 24 de 2015, se admitió la presente demanda, notificándose a la entidad demandada y demás sujetos procesales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 199 del CPACA³.

Vencidos los respectivos términos de traslado, se convocó a audiencia inicial, la cual se llevó a cabo en noviembre 27 de 2015⁴, saneando el proceso, decidiendo las excepciones previas, fijando el litigio y decretando las pruebas pertinentes solicitadas por las partes.

Finalmente se llevó a cabo audiencia de práctica de pruebas durante febrero 26 y abril 9 de 2018, recaudando la totalidad de las pruebas solicitadas⁵, quedando el proceso a despacho para proferir la presente decisión de mérito.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. Parte demandante

¹ Folios 51 al 57 Cuaderno No. 1

² Folios 68 al 77 Cuaderno No. 1

³ Folios 36 al 38 Cuaderno No. 1

⁴ Folios 157 al 162 frente y vuelto y cd visible a folio 182 Cuaderno No. 1

⁵ Folios 256 al 259 frente y vuelto y cd a folio 261 y 267 al 269 frente y vuelto y cd a folio 270 del Cuaderno No. 1

El apoderado de la parte demandante al alegar de conclusión⁶ realiza una valoración del material probatorio recaudado y practicado, para concluir que existió falla del servicio, situación que sustenta en las pruebas allegadas al proceso y en la jurisprudencia del Consejo de Estado que transcribe.

6.2. Parte demandada – MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Menciona la apoderada que con base en el contenido de las pruebas recaudadas que invoca, las cuales fueron recaudadas a lo largo del proceso, no se puede determinar la responsabilidad en cabeza del Municipio de Santiago de CALI, al margen de que se le haya causado la muerte a una menor de edad. Por el contrario existe prueba documental de que la Alcaldía no fue informada oportunamente del riesgo existente; así como de que el sector utilizado como vivienda de la menor no era adecuado para tal finalidad ya que correspondía a invasión de lugar prohibido y de que la documentación radicada para superar el riesgo, fue remitida con posterioridad al siniestro. Además la prueba testimonial ratifica la existencia del último riesgo mencionado.

6.3. Parte demandada EJÉRCITO NACIONAL

La apoderada del EJÉRCITO NACIONAL por su parte sostiene con base en las deficiencias probatorias advertidas por el apoderado de la demandada municipio de SANTIAGO DE CALI, que no hay lugar a responsabilidad estatal, por ausencia del nexo causal entre el hecho ocurrido y el daño atribuido en cabeza de organismo estatal y debido a la imprudencia de los padres de la víctima, por invadir un predio que no era apto para vivienda por corresponder a un Parque Natural y Recreacional.

6.4. Ministerio Público

El Agente del Ministerio Publico asignado a este Despacho, no rindió concepto sobre el particular.

7. CONSIDERACIONES

⁶ Folios 271 al 272 Cuaderno No. 1

7.1. DECISIÓN DE EXCEPCIONES DE MERITO:

Por confundirse con el fondo del asunto, los medios exceptivos de mérito propuestos por las demandadas serán resueltos en el desarrollo de la presente providencia, sin ser necesaria su individualización.

7.2. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si son responsables administrativa y extracontractualmente las entidades demandadas, por el presunto daño causado a los demandantes con ocasión a la muerte violenta, causada por la caída de una roca sobre vivienda urbana de la niña KAREN NATALIA GORDILLO.

7.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;
- (ii) Efectuar una valoración probatoria y a su vez, determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a los demandantes el derecho reclamado.

7.3.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la Administración; siendo el daño el primero de ellos, es

necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico, sobre este tema, el Consejo de Estado ha discurrido bajo el siguiente temperamento⁷:

"(...) El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

"Así las cosas, el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es "la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera"⁸ (...)

(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas" (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

"(...) La antijuridicidad⁹ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho"¹⁰, "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad"¹¹, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño¹².

"En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero¹³, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

"Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, "la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos"^{14,15} (...)"

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).

⁸ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: "El daño es la lesión a un interés jurídico."

⁹ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

¹⁰ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

¹¹ Nota del original: "Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>". BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

¹² Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: "En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como "el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo."

"Gschnitzer entiende por antijuridicidad "una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores".

"En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad -injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico."

¹³ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

¹⁴ Nota del original: "así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106."

¹⁵ VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento y,
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Así, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado; resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, o en el caso concreto, a las entidades demandadas, con ocasión de un hecho o culpa en los que haya podido incurrir.

En cuanto a los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo excepcional*; y el subjetivo, es aquel en el cual si es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable u omisiva; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad por parte del agente estatal bajo el título de *falla en el servicio*.

Ahora bien, sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado¹⁶:

"(...) En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos "títulos de imputación" como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

"En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...)" (Se resalta).

Así, será el juez quien en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*, determine en cada caso concreto el régimen de responsabilidad aplicable y por ende el título de imputación que deba emplearse.

7.3.1.1. Responsabilidad por falla del servicio

Desde el punto de vista jurisprudencial, se sostiene¹⁷ que la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención – deberes negativos como de acción – deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo:

- i) El incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos,
- ii) La omisión o inactividad de la administración pública, o
- iii) El desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

7.3.1.2. Responsabilidad por riesgo excepcional

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁷ Sentencia de enero 28 de 2015, Proceso No. 050001233100020020348701 (32912). Actor DANIEL DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL

Para comprender el alcance de la responsabilidad por riesgo excepcional, el Despacho se remite a pronunciamiento efectuado por el Consejo de Estado¹⁸, como criterio de imputación en los casos de daños antijurídicos causados en enfrentamientos armados, habrá lugar a la aplicación del mismo cuando el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de naturaleza anormal, o que resulta excesivo bien sea porque incrementó aquel que es inherente o intrínseco a la actividad, o porque en el despliegue de la actividad se crean riesgos que en atención a su exposición e intensidad desbordan o excedan lo razonablemente asumible por el perjudicado.

Así mismo, el doctor EDUARDO SUESCÚN MONROY a través de sentencia emitida durante el año 1984 sobre la responsabilidad del Estado, cimentada en el riesgo excepcional o hecho de las cosas, al no encontrar en la tesis de falta o falla del servicio un soporte suficiente para su decisión señaló:

"(...) El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra o servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual, dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia del servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio.

"(...) El riesgo excepcional o de naturaleza especial es otro de los campos en los cuales se desenvuelve el régimen de la responsabilidad objetiva del Estado, en el que no entra a jugar papel alguno el concepto de la falla del servicio y que sólo permite como exoneración de responsabilidad, la demostración, por parte de la entidad oficial demandada, de la fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Tampoco aquí se tiene como factor liberatorio el caso fortuito (...)"

7.3.1.3. Daño Especial

Para la jurisprudencia¹⁹, corresponde a un criterio de imputación en donde el desequilibrio de las cargas públicas, la equidad y la solidaridad son sus fundamentos, *"como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado"*.

Así, en cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico éste se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad.

¹⁸ Ob. Cit. Sentencia de enero 28 de 2015, Proceso No. 050001233100020020348701 (32912). Actor DANIEL DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL

¹⁹ Sentencia de enero 28 de 2015, Proceso No. 050001233100020020348701 (32912). Actor DANIEL DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL. Consejero Ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

7.3.2. CAUSALES DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD

En materia contenciosa administrativa es posible encontrar fundamentos de exoneración de responsabilidad, en eventos en los que concurra caso fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Como las entidades demandadas invocaron el caso fortuito o la fuerza mayor como causal de exoneración, la misma jurisprudencia emitida por el Consejo de Estado y anteriormente reseñada, con ponencia del doctor EDUARDO SUESCÚN MONROY, y a través de sentencia emitida durante el año 1984 ha precisado:

*“(…) Y es que la distinción entre la fuerza y el caso fortuito adquiere su mayor interés dentro del marco de la responsabilidad fundada en el riesgo excepcional. La fuerza mayor, en efecto, es causa exterior, externa al demandado, que lo exonera de responsabilidad en todos los casos, al paso que el caso fortuito es causa desconocida pero no exterior al demandado por cuando, precisamente, la causa inmediata del daño es imputable de todas maneras a la estructura misma de la cosa o actividad por la cual debe responder el demandado. Si bien la causa desconocida demuestra la ocurrencia de culpa del demandado, por no serle exterior, no suprime la imputabilidad del daño. Como acertadamente lo expresa el eminente profesor francés **Jacques Moreau**, “en el caso fortuito el por qué es ignorado (…)”*

7.3.3. VALORACION PROBATORIA Y ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

La información recaudada a lo largo del proceso a solicitud de las partes, presta el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo. Finalmente, se dará valor probatorio a la totalidad de testimonios recepcionados en este proceso a solicitud de ambas partes y con sustento en las reglas de la sana crítica.

En relación a lo expuesto, con el material probatorio allegado al dossier se encuentra probado en términos generales lo siguiente:

7.3.3.1. Registro Civil de Nacimiento y de Defunción de KAREN NATALIA ENRIQUEZ²⁰ y de Nacimiento de JHON ESTIVENS GORDILLO.

7.3.3.2. Comunicaciones de prensa y de medios de comunicación que informan acerca del fallecimiento en diciembre 1 de 2012, falleció la niña de 1 año de edad, KAREN NATALIA ENRÍQUEZ, como consecuencia de impacto por caída de roca sobre la vivienda que ocupaba²¹.

7.3.3.3. Certificación suscrita por FRANCIA HELENA GORDILLO, WINSTON MONCADA, MARGARITA CALVACHE y ALFONSO CUEVAS, en el

²⁰ Folios 3, 4 y 241 y 242 Cuaderno No. 1

²¹ Folios 6 al 11, Cuaderno No. 1

sentido de que informaron como representantes de la Junta Administradora Local de la Comuna 18 de CALI, al EJÉRCITO NACIONAL hace años, acerca del peligro que representaban las rocas ubicadas en la base militar sector Tanque No. 3, dentro del cual se presentó un deslizamiento de roca que acabó con la vida de KAREN GORDILLO y dejó herida a VALENTINA GORDILLO²².

- 7.3.3.4. Derecho de petición de noviembre 21 de 2014 suscrito por el señor ALIRIO GUTIERREZ como Presidente de la JAL y otros ediles dirigido a RODRIGO GUERRERO Alcalde de SANTIAGO DE CALI, para intervenir la zona de riesgo en la que resultó fallecida la niña KAREN NATALIA GORDILLO y herida la niña VALENTINA GORDILLO, ya que continúa presentándose el riesgo²³.
- 7.3.3.5. Constancia de práctica de diligencia de conciliación extrajudicial de FRANCIA HELENA GORDILLO Y OTRO contra EJÉRCITO NACIONAL y MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI²⁴.
- 7.3.3.6. Copia de comunicaciones y respuesta a trámite de comunicaciones dirigidas entre diciembre 3 de 2012 y junio 25 de 2013, acerca de medidas a asumir con ocasión de la existencia de rocas que ponen en peligro a la comunidad²⁵, reiteradas para noviembre 21 de 2014²⁶.
- 7.3.3.7. Oficio No. 225 de enero 23 de 2018, a través del cual el Teniente Coronel OMAR ARCINIEGAS PINILLA Comandante de Policía Militar No. 3, destacando que el predio donde se ubica la Base Militar CERRO ANTENA no pertenecía al Ejército Nacional; ni cumplen funciones de mitigar daños ambientales; el sector de ladera donde se ubica la Base Militar CERRO ANTENA, no tiene condiciones para construir vivienda; no hay ninguna petición respecto a alerta que se haya generado por parte de la comunidad²⁷.
- 7.3.3.8. Oficio de enero 26 de 2018 suscrito suscrito por RODRIGO ZAMORANO SANCLEMENTE Secretario de Gestión del Riesgo Emergencia y Desastres informando trámite de medidas asumidas con ocasión de

²² Folio 12 Cuaderno No. 1

²³ Folios 13 y 14 Cuaderno No. 1

²⁴ Folios 15 y 16 Cuaderno No. 1

²⁵ Folios 25 al 70 Cuaderno No. 1

²⁶ Folios 71 y 72 Cuaderno No. 1

²⁷ Folios 203 al 209 Cuaderno No. 1

solicitud de diciembre 13 de 2012, relacionada con la muerte de KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ²⁸.

7.3.3.9. Copias de proceso penal No. 7600160001932012 – 31664 adelantado por Fiscalía General de la Nación archivado desde febrero 28 de 2013 por tratarse de una conducta atípica²⁹.

7.3.3.10. Testimonios³⁰ de ALFONSO CUEVAS MENDEZ, WINSTON MONCADA, MARGARITA CALVACHE, quienes si bien destacan la ocurrencia del siniestro, no fueron testigos presenciales de los hechos y aluden que las familias se ubican en sectores de ladera por carecer de vivienda.

7.4. FALLA DEL SERVICIO

Teniendo en cuenta los hechos probados relatados, y toda vez que en el presente asunto se alega en la demanda, la existencia de hechos omisivos en el que intervinieron tanto el EJÉRCITO NACIONAL como la ALCALDÍA MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI, constitutivos de falla del servicio, por haber sido informados del riesgo que representaba frente a la comunidad, la existencia de rocas en predios de propiedad del EJÉRCITO NACIONAL, el régimen de responsabilidad aplicable a dicho tema es de carácter subjetivo aplicable a los casos de daños antijurídicos causados como consecuencia de acción u omisión atribuida a las autoridades. Para el caso concreto relacionados con las medidas de mitigación y de protección del riesgo referido que se afirma en el libelo, fueron solicitadas por la comunidad.

En aplicación de dicho régimen, la parte actora debe demostrar la culpa de las autoridades referenciadas traducida en la omisión referenciada, por tanto los elementos de la responsabilidad a analizar son:

- i) La existencia de un hecho constitutivo de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido;
- ii) El hecho o culpa realizado por la Administración;

²⁸ Folios 210 al 237 Cuaderno No. 1

²⁹ Folios 1 al 76 Cuaderno No. 3

³⁰ Folios 256 a 261 y cd a folio 262 y 267 al 269 y cd a folio 270 Cuaderno No. 1

- iii) El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

Como ya se explicó con anterioridad, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

Al respecto es importante acotar el texto del artículo 2355 del Código Civil Colombiano, conforme al cual:

"El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola. Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción."

Al respecto, ha referido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del doctor WILLIAM NAMEN VARGAS³¹ que este tipo de responsabilidad civil dada en sentido amplio, está directamente inclinada a la obligación de reparar, resarcir o indemnizar un daño que, aunque causado injustamente, tiene asidero en la búsqueda de la justicia, de la lógica conceptual y jurídica y la equidad, en aras de restablecer la armonía que fue alterada dentro de la violación de la norma jurídica que protege.

Es evidente, precisa la jurisprudencia, que se encuentra inserta la solidaridad de los responsables del daño y en relación al artículo 2355 del Código Civil este tipo de solidaridad es colectiva, especialmente por los que habiten la parte superior del edificio, en donde la culpa asume el papel de imputación que está orientada a la falta de diligencia por acción u omisión, ligada a la imprudencia, a la negligencia o impericia,

³¹ Expediente 11001-3103-038-2001-01054-01

siendo el acto culposo moralmente reprochable, la responsabilidad su sanción y la reparación del daño la compensación a la conducta negligente.

Sobre la base entonces de los hechos expuestos en la demanda que se resumen en la caída de una piedra ubicada en predios del Ejército Nacional que le produjo la muerte a la niña KAREN NATALIA GORDILLO ENRÍQUEZ, al caso que nos ocupa le resulta aplicable la teoría de la falla del servicio, dado que considera el Despacho, el daño ocurre como consecuencia de la actividad legítima de la administración pública, que comporta un riesgo de culpa por acción o por omisión frente a las rocas existentes en proximidades de una base militar.

De otra parte, desde el punto de vista probatorio, tenemos que decir que conforme al artículo 211 de la Ley 1437 de 2011 en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil, actualmente Código General del Proceso.

A través del oficio suscrito por el Teniente Coronel OMAR ARICINIEGAS PINILLA, Comandante de Policía Militar No. 3 Gr. EUSEBIO BORRERO COSTA, que se sustenta en informe del Teniente Coronel CARLOS JAVIER SOLER PARRA igualmente comandante de dicha guarnición militar, reconoce que el predio habitado por la víctima se encuentra ubicado en "zona de ladera donde se ubica la base militar"³².

Así las cosas se considera que existe un principio de prueba de localización del objeto causante del daño en predios, donde se ubica una base militar.

Adicionalmente a lo expresado, tenemos que de conformidad con el artículo 246 del Código General del Proceso, las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

En el caso que nos ocupa, también se solicitó copia del proceso penal radicado bajo el No. 760016000193201231664, el cual fue remitido por parte de ALEJANDRA GARCÍA CORREA Asistente de la Fiscalía 33 Seccional de SANTIAGO DE CALI, que por consiguiente tiene el valor probatorio de contenido similar al original.

Dentro del proceso penal, se produjo como medio de prueba de referencia, la entrevista rendida por parte del soldado MAURICIO MINA JARAMILLO identificado con la cédula

³² Folios 203 al 207 Cuaderno No. 1

de ciudadanía No. 1060417720, quien refiere a propósito de los hechos invocados en la demanda, que la roca que le produjo la muerte a KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ, estaba ubicada a una distancia de 10 metros de la Garita ubicada a su vez en el lugar donde opera el Ejército Nacional y que para la fecha de los hechos no había llovido no obstante se desprendió la roca sobre el inmueble afectado que queda a unos 50 metros de distancia hacia abajo. También refiere que el señor Comandante de la Unidad MARCO VILORIAS MATUIS había pedido mediante volantes ayudantes que pudieran derribar la piedra sin causar daño y anuncia la presencia de otra roca en el filo³³.

Garita, según el Diccionario Wikipedia, en arquitectura militar, consiste en una pequeña torre con troneras o saeteras, generalmente levantada en el ángulo más saliente del baluarte de una fortaleza, que sirve de abrigo y protección a los centinelas que resguardan el recinto y por tanto si se afirma por el soldado citado que dicha piedra estaba a unos 10 metros de la garita, es evidente que se encontraba bajo el área de influencia del Ejército Nacional.

Así las cosas, también se prueba que la autoridad tenía conocimiento del riesgo y que incluso había desplegado sin éxito actividades en procura de evitarlo.

Lo anterior se sustenta en la prueba trasladada³⁴, ordenada en audiencia pública de noviembre 27 de 2018³⁵, diligenciamiento que fuera reiterado en audiencia de práctica de pruebas de febrero 26 de 2018³⁶ y que una vez allegado al proceso en audiencia de abril 9 de 2018³⁷, las partes tuvieron la oportunidad de contradecirlo y de cuestionarlo inclusive al momento de alegar de conclusión, sin que se hubiera hecho referencia al mismo, sino únicamente para dar cuenta del archivo del proceso penal³⁸, o sin hacer referencia al mismo³⁹, aclarando que el apoderado del Ejército Nacional no se hizo presente a las audiencias inicial, ni de práctica de pruebas referenciadas, ni presentó escrito de alegatos de conclusión, y no obstante haber contestado oportunamente la demanda, no hizo ninguna referencia a dicha prueba, es decir no manifestó ningún interés frente al tema.

³³ Folio 32 Cuaderno No. 3

³⁴ Artículo 174 del Código General del Proceso

³⁵ Folios 157 al 161 y cd a folio 182 Cuaderno No. 1

³⁶ Folios 256 al 260 y cd a folio 261

³⁷ Folios 267 al 269 y cd a folio 270

³⁸ Folio 276, escrito de CLAUDIA PATRICA ASTUDILLO apoderada de SEGUROS LA PREVISORA

³⁹ Escritos de ARMANDO CAMACHO apoderado de la parte actora a folios 271 y 272; de MARICEL LEGRO VINASCO a folios 281 y 282, apoderada del Municipio de SANTIAGO DE CALI

En tal sentido, considerando la normatividad reseñada y el contenido de la prueba enunciada como trasladada, que se complementa con lo informado por la propia autoridad del Ejército Nacional, el Despacho dará valor legal a dicha entrevista como documento de referencia, que además con sustento en los artículos 275 y 276 del Código General del Proceso, como persona que con el grado de soldado, custodiaba el sitio donde operaba el Ejército Nacional, puede tener alcance igualmente de informe de servidor público.

Para sustentar la tesis del Juzgado, además se invocará el valor de la entrevista dentro del proceso penal, sobre cuyo particular la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal⁴⁰, ha sostenido:

"(...) También ha hecho hincapié en la estrecha relación entre el concepto de prueba de referencia y el ejercicio del derecho a la confrontación (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 16 Mar. 2016, Rad. 43866, entre otras), al punto que la posibilidad o no de su ejercicio constituye uno de los principales parámetros para establecer en qué eventos una declaración anterior al juicio oral encaja en la definición del artículo 437.

"En los pronunciamientos atrás citados se estableció la necesidad de diferenciar la prueba de referencia (la declaración rendida por fuera del juicio oral, que se presenta en este escenario como medio de prueba...), de los medios de conocimiento utilizados para demostrar la existencia y contenido de la declaración anterior. A manera de ejemplo, se dejó sentado que si una persona rindió una entrevista ante los funcionarios de policía judicial, la existencia y el contenido de esa declaración puede demostrarse con el documento donde fue plasmada o registrada (audio, video, escrito, etcétera) y/o con la declaración de quien la haya escuchado y, en general, de quien tenga "conocimiento personal y directo" de esa situación (...)"

Teniendo en cuenta entonces el enunciado probatorio y el precedente jurisprudencial citados, es claro para el Despacho que en el caso concreto, el Ejército Nacional actuaba lícitamente, no obstante en el momento que cumplía sus funciones operativas se produjeron daños concretados en la muerte de la menor, como consecuencia de una roca ubicada a 10 metros de la garita del sitio ocupado por dicha autoridad.

Aunque se afirma por parte de los testigos convocados al proceso que la roca causante del daño antijurídico se encontraba en predios pertenecientes al EJÉRCITO NACIONAL Base Militar LA ANTENA⁴¹, ninguno ofrece certeza sobre la localización precisa del objeto causante de la tragedia que nos ocupa⁴² y si bien dentro del proceso penal también se solicitó oficiar al Instituto Geográfico AGUSTÍN CODAZZI, certificar propietario del predio que ocupa la Base Militar LA ANTENA JOSÉ MARÍA CABAL ubicada en la Carrera 82 Oeste No. 3 F 021 Tanque III, Alto Nápoles, no obstante la

⁴⁰ PATRICIA SALAZAR CUELLAR NÚMERO DE PROCESO : 44950 NÚMERO DE PROVIDENCIA : SP606-2017 CLASE DE ACTUACIÓN : CASACIÓN TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA FECHA : 25/01/2017

⁴¹ Folio 38 Cuaderno No. 3

⁴² Sentencia de enero 28 de 2015, Proceso No. 050001233100020020348701 (32912). Actor DANIEL DE JESÚS JIMÉNEZ GIRALDO Y OTROS. Demandado MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL

Fiscalía de conocimiento mediante providencia de febrero 28 de 2013, determinó archivar el asunto por atipicidad de conducta, sin practicar la mencionada prueba aunque reconociendo la proximidad del objeto al lugar donde se ubica la garita⁴³, y dado que no se consideró relevante la prueba desde el punto de vista de la posibilidad de imponer una sanción penal.

De conformidad con lo expuesto desde el punto de vista probatorio, resulta evidente que la menor KAREN NATALIA GORDILLO, fue víctima por herida con una roca que se deslizó sobre la vivienda que ocupaba y para el efecto basta con remitirnos a la copia del registro civil de defunción⁴⁴ y a la copia del proceso penal No. 760016000193201231664⁴⁵ dentro del cual se concluyó que el acto causante del fallecimiento mencionado, efectivamente causado por la caída de la roca sobre la vivienda ocupada por la menor, se consideró atípico desde el punto de vista penal⁴⁶.

En cuanto al hecho o culpa de la Administración, como conocía del riesgo y no asumió medidas eficaces, es evidente la responsabilidad de la autoridad militar por omisión o falla del servicio, con sustento en las características expuestas, derivadas de la valoración probatoria y normativa efectuada que se sustenta además en el principio iura novit curia “(...) corresponde al juez la aplicación del derecho con prescindencia del invocado por las partes (...)”,⁴⁷ entendido en materia contenciosa administrativa como la posibilidad de analizar los hechos de la demanda, para adaptarlos a tal o cual título de imputación, con el fin de hallar la mejor adecuación jurídica del caso y, consigo, la verdad procesal⁴⁸.

Se aclara no obstante, que al proceso no se allegó copia de reportes de solicitud de apoyo a ninguna de las autoridades demandadas ni a ninguna otra autoridad, incluyendo la Alcaldía Municipal de CALI, en cuanto adoptar medidas de protección que impidieran el deslizamiento de las rocas sobre la comunidad residente en el sector “DE VÍA A LA REFORMA LA CHOCLONA SECTOR TANQUE No. TRES”⁴⁹, reportado como lugar dentro del cual estaba la vivienda dentro de la cual cayó la roca causante de las heridas de KAREN NATALIA GORDILLO, con anterioridad a la fecha de ocurrencia de tales

⁴³ Folios 49 y 50 Cuaderno No. 3

⁴⁴ Folio 4 Cuaderno No. 1

⁴⁵ Folios 1 al 76 Cuaderno No. 3

⁴⁶ Folios 49 y 50 Cuaderno No. 3

⁴⁷ Sentencia T 851 de 2010

⁴⁸ David Peñuela Ortiz, www.asuntoslegales.com.co

⁴⁹ Folio 15 Cuaderno No. 3

hechos, es decir diciembre 1 de 2012⁵⁰, aunque si se allegó información de reportes posteriores^{51, 52, 53}.

Se menciona por los testigos que se extraviaron las comunicaciones remitidas en su oportunidad por la Junta Administradora Local, pero al responder las autoridades demandadas las solicitudes respectivas se indica que solicitudes presentadas formalmente en dicho sentido, solamente se verificaron con posterioridad al fallecimiento de la víctima.

Así las cosas, en principio el Despacho no accederá a las pretensiones formuladas en contra del municipio de SANTIAGO DE CALI, con sustento en la teoría de la falla del servicio.

En el proceso que nos ocupa, no aplican las causales de exoneración de responsabilidad de fuerza mayor o caso fortuito o hecho de un tercero en cuanto se reitera, la autoridad conocía el riesgo frente a la comunidad y por ende no pueden alegarse tales causales de exoneración de responsabilidad.

Aunque no esté dentro del marco funcional del Ejército Nacional el deber de retirar piedras, el artículo 2355 del Código Civil si establece claramente la responsabilidad por caída de objetos y no hay que olvidar que con arreglo a la previsión constitucional contenida en el artículo 90 de nuestra Carta Política, el Estado debe resarcir el daño “antijurídico”, que por la acción u omisión de sus autoridades cause y eso fue precisamente lo que aquí aconteció, al demostrarse la existencia de hechos en los que intervino la Administración tratando de retirar las piedras por la posibilidad de caída sobre viviendas ubicadas debajo del lugar donde operaba el Ejército Nacional y se produjo la muerte de un particular ajeno a dicha actividad; situación que en criterio del Despacho fue la causa eficiente del daño antijurídico alegado, motivo por el cual se accederá a las pretensiones de la demanda, en la forma que adelante quedará expresado.

7.5. CONCURRENCIA DE CULPA DE LA VÍCTIMA

⁵⁰ Folio 14 Cuaderno No. 3

⁵¹ Folios 210 al 237 Cuaderno No. 1

⁵² Folios 13 y 14 Cuaderno No. 1

⁵³ Folios 6 al 11, Cuaderno No. 1

A propósito del hecho de la víctima como causal eximente de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado la ha definido como aquella que se genera cuando el afectado viola las obligaciones a las cuales estaba sujeto, causal que, al configurarse, puede conducir a la exoneración total o parcial de la responsabilidad del Estado, dependiendo de la trascendencia y grado de participación de la víctima en la producción del daño. Al respecto la alta Corporación realizó las siguientes precisiones:⁵⁴

“(…) Ahora bien, no toda conducta asumida por la víctima constituye factor que destruya el nexo de causalidad existente entre el hecho y el daño, toda vez que para que la culpa de la víctima releve de responsabilidad a la administración, aquella debe cumplir con los siguientes requisitos:

“1) Una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño. Si la culpa del afectado resulta la causa única, exclusiva o determinante del daño, la exoneración es total.

“Por el contrario, si esa culpa no tuvo incidencia en la producción del daño, debe declararse la responsabilidad estatal, a condición de que en el evento se configuren los restantes elementos estructurales de esa responsabilidad, según el régimen aplicable a la actividad administrativa, dentro de cuya órbita se produjo el hecho dañoso.

“Ahora bien, si la actuación de la víctima deviene causa concurrente en la producción del daño, se producirá una liberación parcial, por aplicación del principio de concausalidad y de reducción en la apreciación del daño, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2357 del Código Civil.

“2) El hecho de la víctima no debe ser imputable a la administración, toda vez que si el comportamiento de aquella fue propiciado o impulsado por la administración, de manera tal que no le sea ajeno a ésta, no podrá exonerarse de responsabilidad a la entidad demandada (…).” (Se resalta).

En la obra *“TESAURO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO”*⁵⁵, autoría del exmagistrado del Consejo de Estado, Dr. Enrique Gil Botero, se recopila jurisprudencia de dicha Corporación de los años 2012-2014, que trata, entre otros temas, sobre la falla del servicio y, en particular, sobre el hecho concurrente de la víctima. Así, en la página 448, al respecto se transcribió el siguiente aparte jurisprudencial contenido en la sentencia de febrero 27 de 2013, dictada dentro del expediente 26.470:⁵⁶

“Ahora bien, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario determinar si su conducta fue determinante en la producción del daño y en qué medida. En ese orden de ideas, resulta dable 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 del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa

⁵⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2002, C.P: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 05001-23-26-000-1998-04483-01 (13011), actor: Lucila Henao Cardona y Otros, demandado: Empresas Públicas de Medellín

⁵⁵ Tomo V, volumen 1, Editorial Temis S.A., Bogotá 2015.

⁵⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera, Subsección A-, Sentencia de febrero 27 de 2013, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicación número: 88001-23-31-000-2002-00146-01 (26.470) demandante: María Margot Vallejo de Sánchez, y demandado: ICBF.

adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima⁵⁷”.

En otra sentencia, referida en las páginas 470 y 471 de la obra en comento, el Consejo de Estado consideró que concurría la culpa tanto de la entidad demandada como de la víctima, por lo que redujo la condena a imponer. Esta decisión la motivó bajo la siguiente consideración:⁵⁸

“Así las cosas, se endilga responsabilidad al Estado por los daños causados al agente Luis Gonzaga Gañán Díaz y a su familia, con una reducción de la condena por concausa, debido a la falta de precaución por parte de los agentes que ejecutaron la operación, ya que la realizaron de manera voluntaria y consciente del peligro que ésta implicaba”.

De los anteriores precedentes jurisprudenciales se colige que cuando el hecho de la víctima se constituye en una concausa en la producción del daño no se exime al demandado de su responsabilidad, sino que lo procedente en tal evento es la reducción de la indemnización del daño en proporción al grado de participación de aquella. Dicho de otra manera, cuando se establece concurrencia de culpas entre el demandado y la víctima, el quantum indemnizatorio se disminuye en proporción a la participación de esta última.

Así, teniendo en cuenta el anterior parámetro jurisprudencial, advierte el Despacho que en el *sub lite* existe concurrencia de culpas (concausa), al evidenciarse que además de la falla del servicio atribuida al Ejército Nacional por omisión del deber de cuidado frente a la existencia de rocas en predios de su área de influencia, la propia víctima contribuyó en la causación del daño (muerte) por cuanto su familia desatendió la calificación del sector que invadieron como no apto para vivienda y que fue objeto de invasión.

En efecto, de conformidad con el oficio de diciembre 13 de 2012, suscrito por LEÓN DARÍO ESPINOSA RESTREPO, Subdirector del Plan de Ordenamiento Territorial y Servicios Públicos de Planeación Municipal, el sector donde ocurrió el siniestro que produjo la muerte de la menor, es de invasión, situación probablemente constitutiva de delito, y que según el Acuerdo No. 69 de 2000 se trata de una zona definida como Parque Natural Recreacional, que no ha podido ser incorporado al desarrollo urbano de

⁵⁷ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, mayo 2 de 2007; expediente 24972.

⁵⁸ Sección Tercera, Subsección B-, Sentencia de mayo 31 de 2013, C.P: Danilo Rojas Betancourth, radicación número: 199600016 (20445), demandante: Alba Lucía García Quintero y otros.

la ciudad por diversos riesgos derivados de fenómenos naturales y de amenaza de movimientos en masa, y que hacen parte del área forestal protectora del Río MELÉNDEZ y no es posible dotarlo de los servicios de acueducto y alcantarillado⁵⁹.

Aunque la víctima es menor de edad de un año de existencia al momento de su deceso, la responsabilidad en la ubicación de vivienda se generó por voluntad de sus padres, quienes no demandaron dentro del proceso.

Tal situación implica un hecho que puede significar culpa concurrente de la víctima en el hecho que produjo el daño, ya que en el sector donde quedaba ubicada la vivienda no era permitido tal uso ni era probable su habitabilidad a futuro, siendo evidente el concurso de culpas dentro del caso que nos ocupa, situación que se analizará al momento de liquidar los perjuicios para afirmar que los mismos se reducirán en un 50 %.

8. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS

8.1. Perjuicios Inmateriales Morales

Los **perjuicios morales** se refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas. Respecto de su acreditación en casos de muerte, el Consejo de Estado ha indicado que:⁶⁰

*"(...) **tratándose de los padres, hermanos, hijos y abuelos basta la acreditación del parentesco para que se presuma el perjuicio moral**, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, por las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, surgidas en el ámbito de la familia (...)" (se resalta).*

Asimismo señala el Consejo de Estado que este perjuicio también se presume respecto de los nietos de la víctima:⁶¹

*"(...) en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos **y nietos**, cuando alguno de estos **hubiere fallecido o sufrido una lesión**, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda..." (Se resalta).*

⁵⁹ Folios 102 al 104 Cuaderno No. 1

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2015, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz, Radicación número: 47001-23-31-000-2002-01357-01(37569).

⁶¹ Cf. Sentencia del 11 de julio de 2012, exp. 23688, M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23998 y del 13 de febrero de 2013, exp. 24296, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, proferidas por la Subsección A de esta Sección, y en sentencia del 24 de julio de 2013, exp. 27289, M.P. Enrique Gil Botero.

Ahora, en el caso concreto, para acreditar la existencia del perjuicio moral reclamado por la demandante se allegaron copia Registro Civil de Nacimiento de KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ⁶², hija de JHON ESTIVENS GORDILLO y de YURI XIMENA ENRÍQUEZ LÓPEZ Y Registro Civil de Nacimiento de JHON ESTIVENS GORDILLO, hijo de FRANCIA HELENA GORDILLO identificada con cédula de ciudadanía No. 66.999.788 de CALI, quien actúa como demandante⁶³.

Así las cosas se presume que la abuela de la menor KAREN NATALIA GORDILLO ENRIQUEZ, que funge como demandante dentro de este asunto, se vio afectada emocional y anímicamente por la muerte de ésta, lo que lleva a inferir la existencia de un perjuicio moral que evidentemente debe repararse, máxime cuando la entidad demandada EJÉRCITO NACIONAL no desvirtuó la presunción de aflicción que se desprende del vínculo existente entre la víctima y la demandante citada.

Para este Despacho es claro que dados los vínculos afectivos anteriormente descritos, (la abuela de la víctima), sufrió dolor por la muerte violenta de la menor citada y por consiguiente les asiste el derecho a ser indemnizadas por el perjuicio moral padecido.

Al haberse verificado que los demandantes son acreedores del perjuicio moral invocado, a fin de verificar el *quantum* del mismo, se tendrán en cuenta los nuevos criterios adoptados por el Consejo de Estado, de la siguiente forma⁶⁴:

"(...) En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:

"Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 SMLMV.

"Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

"Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

"Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

⁶² Folios 3, 4 y 241 y 242 Cuaderno No. 1

⁶³ Folio 1

⁶⁴ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

"Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.
"La siguiente tabla recoge lo expuesto:

GRAFICO No. 1 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NVEL 1	NVEL 2	NVEL 3	NVEL 4	NVEL 5
Regla general en el caso de muerte	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
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

"Así las cosas, para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

"En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño. (...)" (se resalta).

De conformidad con lo anterior, para efectos de efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de muerte, deberá tenerse en cuenta el grado de cercanía o parentesco que tenía la persona que reclame el perjuicio, con el fallecido, este criterio determinará según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Con base en estos parámetros, a los cuales se acoge plenamente el Despacho, y habida cuenta que se acreditó el parentesco entre los demandantes y la víctima directa, el monto establecido para cada uno de ellos, a efectos de resarcir el perjuicio moral causado, es el siguiente:

NOMBRE	PARENTESCO	MONTO
FRANCIA HELENA GORDILLO GUERRERO	Abuela	50 SMLMV

Como concurre culpa de la víctima, la indemnización se reduce a 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

8.2. PERJUICIOS INMATERIALES DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

A lo largo del tiempo el perjuicio inmaterial ha evolucionado constantemente en materia de lo Contencioso Administrativo, así, tan solo la sentencia del 14 de septiembre de 2011, emitida

por el Honorable Consejo de Estado, con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO puso fin a la confusión existente respecto a esta categoría de perjuicios indicando que:

*"(...)La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); **iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.**"*

Se colige de lo anterior, que tratándose de perjuicios inmateriales actualmente existen tres categorías a saber: i) perjuicios morales, ii) daño a la salud y iii) cualquier otra afectación a un bien o derecho jurídica o constitucionalmente tutelado que no se encuentre incluido en la reparación de perjuicios morales o daño a la salud (psicofísicos) y que ameriten un estudio y reconocimiento independiente, categoría en la que expresamente se incluyeron los perjuicios comúnmente denominados como "daño a la vida de relación" y "alteración a las condiciones de existencia", que actualmente se encuentran desechados por la jurisprudencia de esta jurisdicción, para pasar a hacer parte de una categoría mucho más definida y concreta cuyo resarcimiento, en términos del aparte transcrito se realizaría bajo los lineamientos que posteriormente fijaría el Consejo de Estado.

Pues bien, los lineamientos resarcitorios fueron establecidos por dicha Corporación a través de sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, en la cual además a dicho perjuicio en términos genéricos se le denominó ***Daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos***, señalándose las características del mismo de la siguiente forma:

"(...)15.4.1. El daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

*i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. **Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.***

*ii) **Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.***

*iii) **Es un daño autónomo:** no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y*

el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.(...)” (se resalta)

A su turno, sobre los aspectos que pueden ser reparados en el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos**, la misma providencia mencionó:

15.4.2. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales

imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

Queda claro entonces respecto a los criterios para tasar el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** que el fin de reparar el mismo es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos, valga decir, en la medida de lo posible, regresar todo a su estado natural como si jamás se hubiese generado el daño, razón por la cual las medidas de reparación no pecuniarias son preferentes respecto a las pecuniarias, pues estas últimas deben otorgarse de forma excepcional, solo cuando las primeras no sean **posibles, suficientes o adecuadas** para resarcir el daño y que en el evento de optarse por la medida de reparación pecuniaria, esta solo se dará en favor de la víctima directa hasta por un valor máximo de 100 SMLMV, **siempre y cuando no se hubiese reconocido rubro alguno por concepto de daño a la salud**, lo que quiere decir que el **daño a bienes convencional y constitucionalmente protegidos** cuando se pretenda reparar pecuniariamente y el **daño a la salud** se excluyen entre sí.

De otra parte, referente a las características de este tipo de perjuicios y la forma de repararlos, debe precisarse que no es necesario que su indemnización haya sido solicitada expresamente, ya que el Juez tiene el deber de ordenar su reparación en los eventos en que lo encuentre acreditado, valga decir, opera de manera oficiosa.

Descendiendo al estudio de este perjuicio en el caso concreto, tenemos que el apoderado de la parte actora solicita la indemnización del mismo a título de **“daño a la vida de relación”**, como consecuencia de la pérdida de la vida de la menor KAREN NATALIA GORDILLO ENRÍQUEZ.

En efecto, el Despacho considera que no se allegó al proceso prueba de vulneración de bienes constitucional y convencionalmente amparados, ya que bien, se acreditó el daño, lo cierto es que el mismo no reúne los requisitos para acceder a su reconocimiento, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado en cita, en cuanto el sustento fáctico y

probatorio planteado en la demanda, se confunde con la reparación del daño moral por el hecho de haber fallecido la niña KAREN NATALIA GORDILLO ENRÍQUEZ. Por tanto se denegarán las pretensiones en este sentido.

9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre dispondrá sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.⁶⁵, entre otras cosas, establece que:

"(...) se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)"

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁶⁶:

"Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales." (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

"ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

"(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

⁶⁵ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido. En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las EXCEPCIONES de fuerza mayor, caso fortuito y culpa exclusiva de la víctima planteadas por el EJÉRCITO NACIONAL.

SEGUNDO: DECLARAR ADMINISTRATIVA Y EXTRA CONTRACTUALMENTE RESPONSABLE a la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por los perjuicios morales ocasionados a la demandante, como consecuencia de la muerte de la niña KAREN NATALIA GORDILLO ENRÍQUEZ, derivada de los hechos a que se refiere la presente providencia, en concurrencia de culpa por el hecho de residir en lugar no permitido de la víctima KAREN NATALIA GORDILLO ENRÍQUEZ.

TERCERO: Consecuente con lo anterior, **CONDENAR** a la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a la demandante FRANCIA HELENA GORDILLO la suma de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones del libelo y ABSOLVER de toda responsabilidad al MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI.

QUINTO: La suma a la cual fue condenada la entidad demandada, deberán ajustarse tomando en cuenta el índice de precios al consumidor, de conformidad con lo señalado en el inciso final del artículo 187 del CPACA hasta el momento de la ejecutoria de esta providencia.

SEXTO: ORDENAR a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

SEPTIMO: SIN COSTAS en esta instancia según lo argumentado precedentemente.

OCTAVO: En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad condenada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

NOVENO: LIQUIDAR los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
JUEZ