



JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA
San José de Cúcuta, tres (03) de marzo de dos mil veinte (2.020)

SENTENCIA

Ref. Radicación No. : 54-002-23-31-004-2002-01285-00
Actor : Gladys Pineda y otros
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; Policía Nacional
Medio de control : REPARACIÓN DIRECTA

De conformidad con lo establecido en el Artículo 170 del Código Contencioso Administrativo, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de la referencia, previos los siguientes:

1. ANTECEDENTES

1.1. DEMANDA

Los señores Gladys Pineda, Aleida María Avendaño Pineda y Nelson Avendaño Pineda a través de apoderado judicial debidamente designado, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y Policía Nacional, en aras de obtener el despacho favorable de las siguientes:

1.1.1. DECLARACIONES Y CONDENAS

El Despacho las sintetiza de la siguiente manera:

“1. Que se declare a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – Policía Nacional, administrativa y patrimonialmente responsable de todos los daños y perjuicios causados a los demandantes por la muerte de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, ocurrida el día 14 de agosto del año 2000 perpetrada por grupos armados al margen de la ley.

2. Que se reconozca a favor de la señora Gladys Pineda, la indemnización que corresponda por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro, en atención a la ayuda económica que su esposo Orlando Avendaño le procuraba. Así como la debida actualización de tales sumas, de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor y las fórmulas establecidas para el efecto por la jurisprudencia.

3. Que se reconozca a favor de la señora Gladys Pineda la indemnización que corresponda por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro, en atención a la ayuda económica que su hijo José Orlando Avendaño Pineda le procuraba, en proporción al 60% del salario que devengaba como transportador y chofer del vehículo que prestaba el servicio público a los usuarios de la Gabarra, El Tarra, etc.

4. Que se reconozca por concepto de perjuicios materiales, el valor equivalente de 160 cilindros de gas de 40 libras y 18 de 100 libras, más el

valor de cada cilindro que fueron hurtados por la subversión el día 02 de agosto del año 2000.

5. Que se reconozca a favor de los demandantes, la suma correspondiente a 100 SMLMV para cada uno, por concepto de perjuicios morales por la muerte del señor Orlando Avendaño.

6. Que se reconozca a favor de los demandantes, la suma correspondiente a 100 SMLMV para cada uno, por concepto de perjuicios morales por la muerte del señor José Orlando Avendaño Pineda.

7. Que se reconozca a favor de los demandantes, la suma correspondiente a 100 SMLMV para cada uno, por concepto de perjuicios morales derivados del sufrimiento físico, psíquico, angustia y desesperación que sufrieron las víctimas, los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, cuando su dignidad humana era degradada antes de ser fusilados, padecimiento transmisible a la comunidad compuesta por su núcleo familiar.

8. Que las entidades demandadas den cumplimiento a la sentencia, ordenándoles reconocer y pagar en los términos de los Artículos 177 y 178 del C.C.A.

9. Que se condene al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia, de acuerdo a la modificación jurisprudencial contenida en la sentencia C-188 de 1999."

1.1.2. HECHOS

Los hechos narrados en la demanda los resume el Despacho así:

El señor Orlando Avendaño, se dedicaba al comercio y transporte de Gas en la zona del Catatumbo, además, era miembro del Concejo Municipal de Tibú. Contrajo matrimonio con la señora Gladys Pineda, con quien procreó a sus hijos: Aleida María, Nelson, José Orlando, y Ender Leonardo Avendaño Pineda.

El día 17 de julio de 1999, hombres fuertemente armados protagonizaron una masacre en el Municipio de Tibú, dejando a siete (07) víctimas mortales dentro de las cuales se encontraba su hijo Ender Leonardo Avendaño Pineda.

El 04 de septiembre de 1999, Nelson Avendaño, quien al igual que su padre se dedicaba al transporte de gas, denunció ante la Policía Nacional - Comando de la Estación de Policía de Tibú (N.S), el hurto de cilindros de gas de 40 y 100 libras, ocurrido en el caserío "El Mirador" ubicado en la vía que de la Gabarra conduce a Tibú, por miembros de las FARC.

El día 02 de agosto del año 2000, la empresa NORGAS S.A. E.S.P. de la que era contratista el señor Orlando Avendaño, despachó con destino a La Gabarra un vehículo (camión) Marca: Dodge 600 – Placas: XKE-901 afiliado a la referida empresa y propiedad de la familia Avendaño, conducido por José Orlando Avendaño Pineda, con 160 cilindros de 40 libras y 18 cilindros de 100 libras.

Seis días después, es decir, el 08 de agosto del año 2000 durante el recorrido, exactamente en el kilómetro 22 de la vía, fueron sorprendidos por hombres armados pertenecientes a las FARC, quienes les hurtaron la carga de gas combustible. Ese mismo día, el señor José Orlando Avendaño Pineda denunció lo ocurrido ante la

Policía Nacional, agregando que al encontrarse con el Comandante del Ejército, le comunicó verbalmente lo ocurrido.

El día 12 de agosto de 2000, motivados por las versiones de los transeúntes de la vía, el señor José Orlando Avendaño en compañía de su padre Orlando Avendaño, se dirigieron al kilómetro 25 de la vía, donde se encontraba el camión vacío con el objeto de recuperarlo. Dos días después, el 14 de agosto de 2000, aproximadamente a las 11:30 a.m., fueron asesinados en la vía a La Gabarra y sus cuerpos abandonados a un lado de la vía.

Desde entonces, la familia Avendaño Pineda se encuentra en razón del crimen padecido, primero por la muerte de su hijo menor Ender Leonardo Avendaño Pineda, luego por la muerte simultánea de Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, desplazada y sin residencia fija.

1.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se invocaron en la demanda como fundamentos de derecho, los siguientes:

- ✓ Artículos 86, 176, 178, 206 y concordantes del C.C.A.
- ✓ Artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13, 22, 42, 44, 90, 216 inc. 1, 217 inc. 1y 2 de la C.P.
- ✓ Artículos 86, 136, 137, 176, 177, 178, 206 y concordantes del C.C.A.
- ✓ Artículos 4 y 8 de la Ley 153/87 art. 8, fuentes formales del derecho.
- ✓ Ley 446/98 en lo pertinente.
- ✓ Art. 2341, 2343, 2347, 2356 y concordantes del CC.

Adicionalmente, señala el apoderado de la parte demandante que las fuerzas militares y de policía tienen una posición de garante, derivada de su obligación de cumplir los deberes irrenunciables en un Estado Social de Derecho, por lo que conforme lo establece el Artículo 217 constitucional, deben garantizar el orden constitucional, y en consecuencia, participar activa y eficazmente en la defensa de los derechos constitucionales de los asociados.

De esta manera, queda claro que las fuerzas militares tienen la obligación de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario y los derechos que conforme a la Constitución no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción, pues permitir que ocurran, ya sea porque intervengan activamente en ellas, o porque omitan su deber de protección a los asociados, constituye una flagrante violación a su posición de garante.

Particularmente en las masacres del Catatumbo, se ha ofendido la coexistencia pacífica de los habitantes, su existencia misma, su derecho a la autodeterminación, la libertad, dignidad y el trato digno que merece todo ser humano. Los organismos de inteligencia del Estado se han convertido en cómplices y resultan ser administrativamente responsables de todos los daños causados a los habitantes de la región, pues a pesar de las denuncias públicas e investigaciones realizadas, el Estado sigue ausente y ha demostrado su ineficacia en la protección de la población civil.

En el caso de la familia Avendaño Pineda, no es de recibo que las autoridades se hayan limitado a recepcionar las denuncias, pues debieron implementar las acciones necesarias para asegurar a los integrantes del núcleo familiar sus derechos fundamentales, dado que desde septiembre de 1999 habían denunciado hechos similares cuando les fueron hurtados los cilindros de gas que transportaban.

De acuerdo a lo anterior, señala el apoderado en su argumentación, que la responsabilidad del Estado en el presente caso se enmarca bajo el título de imputación específica de falla del servicio, que dada su gravedad excede las cargas que han de soportar los administrados, y finalmente, que debe darse plena aplicación al principio *iura novit curia*, en virtud del cual, el Juez debe aplicar el derecho que corresponda, aunque no se encuentre expresamente citado en la demanda.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha 26 de junio de 2003¹, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander admitió la demanda en el proceso de la referencia presentada por los señores Gladys Pineda, Aleyda María Avendaño Pineda y Nelson Avendaño Pineda contra la Nación – Ministerio De Defensa – Policía y Ejército Nacional, y al mismo tiempo, rechazó la demanda presentada en representación de la menor Angeli Yineth Avendaño Mora, de acuerdo a lo solicitado por el apoderado de la parte actora.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. DEL EJÉRCITO NACIONAL

Mediante memorial de fecha 08 de noviembre de 2004², la apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional presentó contestación de la demanda, a través de la cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepción la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Adujo la apoderada que en el presente caso se configura la causal exonerativa de responsabilidad de hecho de un tercero, pues el Ejército Nacional, nada tuvo que ver en el desarrollo de los hechos que dieron origen a la demanda, tal como fue expresado en el relato contenido en la misma.

Por otro lado, señaló puntualmente que para que se configure la responsabilidad administrativa del Estado, deben concurrir los elementos que jurisprudencialmente la integran, a saber: i) una culpa, falla o falta en el servicio, ii) un daño o perjuicio cierto y particular y iii) un nexo causal entre la actuación y el daño.

En este orden de ideas, como quiera que lo ocurrido obedece al actuar irracional de personas al margen de la ley y en consecuencia, no existe vínculo o nexo causal entre el daño y el hecho generador del mismo, considera la apoderada que mal podría endilgarse responsabilidad alguna a la administración.

1.3.2. DE LA POLICÍA NACIONAL

La apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, mediante memorial de fecha 25 de enero de 2007³, presentó contestación de la demanda, a través de la cual señaló inicialmente que de acuerdo a la jurisprudencia del Consejo de Estado, para que pueda declararse la responsabilidad administrativa del Estado, se requiere que se encuentren probados los elementos que la identifican, a saber: i) una falla o falta en la prestación del servicio, bien sea por omisión, retardo, irregularidad o ausencia en dicha prestación, ii) un daño que implique una lesión a un bien

¹ A folios 50 y 51 del Cuaderno Principal 1.

² A folios 59 a 66 del Cuaderno Principal 1.

³ A folios 81 a 83 del Cuaderno Principal 1.

jurídicamente tutelado y iii) un nexo causal entre el daño y la falta o falla en la prestación del servicio.

Así mismo, como quiera que de acuerdo a lo dicho en la demanda, la muerte de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda se produjo cuando *“grupos al margen de la ley los asesinaron en la carretera que de Tibú conduce a la Gabarra”*, resulta claro que los hechos que generaron los perjuicios cuya indemnización se reclama, fueron producto del actuar delincencial de sujetos ajenos a la administración, lo que configura la existencia de una causal exonerativa de responsabilidad denominada *“hecho de terceros”* y en consecuencia, el rompimiento del nexo causal entre el hecho y el daño, lo que obligatoriamente conduce a la negación de responsabilidad alguna por parte del Estado.

Finalmente, propuso como excepción la falta de legitimación por pasiva, dado que en su opinión la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional no es la llamada a responder por los perjuicios reclamados, en virtud de las consideraciones esbozadas de forma precedente.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Surtida la etapa de pruebas, mediante auto de fecha 22 de agosto de 2019⁴, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión, los cuales fueron aportados de la siguiente manera:

1.4.1. DE LA PARTE ACTORA

Mediante memorial de fecha 09 de septiembre de 2019⁵, el apoderado de la parte actora reiteró los planteamientos señalados en la demanda y adicionalmente, realizó un recuento histórico del conflicto armado en el Departamento Norte de Santander, donde la región más afectada ha sido precisamente *“El Catatumbo”* a la cual pertenecen los municipios de: El Carmen, El Tarra, Hacarí, La Playa, Ocaña, San Calixto, Sardinata, Teorama, Tibú y más de 20 corregimientos y veredas.

Resaltó el apoderado que, la conducta omisiva de las entidades demandadas causó un daño a personas que no tienen el deber de soportarlo, y que si bien es cierto, el daño fue causado por un tercero, también lo es que esto ocurrió después de las masacres de Socoavó el 27 de mayo de 1999, la masacre del 17 de julio de 1999 en el casco urbano de Tibú, la ocurrida el 21 de agosto de 1999 en el casco urbano del corregimiento de La Gabarra y el desplazamiento de más de 5000 personas que huyeron de La Gabarra, ante la inminente llegada de las AUC, que fueron sorprendidas a la entrada de Socoavó Norte, muertes causadas por ese mismo tercero *a quien el Estado ignoró y/o fue su brazo armado*.

Así mismo señaló que es responsable el Estado por haber faltado al deber de vigilancia y protección de la población civil, pues la fuerza pública integrada por las Fuerzas Militares y de Policía, que ostentan autoridad y mando en el territorio, debieron adoptar las medidas especiales requeridas para evitar que la población que se encontraba bajo su efectiva tutela y control, fueran sujetos pasivos de conductas violatorias de Derechos Humanos.

⁴ A folio 343 del Cuaderno Principal 2.

⁵ A folios 352 a 362 del Cuaderno Principal 2.

1.4.2. DE LA POLICÍA NACIONAL

El apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa Policía Nacional mediante memorial de fecha 06 de septiembre de 2019⁶, presentó alegatos de conclusión, reiterando en primer lugar lo expresado en la contestación de la demanda en el sentido de aclarar que no es admisible predicar responsabilidad en cabeza de su representada, como quiera que no se configura la actuación u omisión del Estado por alguno de sus agentes, siendo este un elemento indispensable para declarar su responsabilidad.

Por otro lado señaló que, en el presente caso se está frente a una causal exonerativa de responsabilidad, cual es el hecho exclusivo y determinante de un tercero, situación que rompe el vínculo causal entre el hecho y el daño, y consecuentemente la existencia de responsabilidad administrativa del Estado, pues aunque se causó un perjuicio a los demandantes, este no resulta imputable a las entidades demandadas, pues aunado a lo anterior, no existe prueba en el plenario que demuestre la existencia de medidas o solicitudes de protección de los señores Orlando Avendaño y su hijo José Orlando Avendaño Pineda.

Finalmente, hizo referencia a algunos pronunciamientos del Consejo de Estado sobre responsabilidad del Estado por hechos de terceros y los requisitos para realizar imputaciones bajo el título de falla del servicio.

1.4.3. DEL EJÉRCITO NACIONAL

La apoderada de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, mediante memorial de fecha 09 de septiembre de 2019⁷, presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos presentados en la contestación de la demanda sobre la ausencia de responsabilidad por tratarse de hechos exclusivos de un tercero.

Así mismo, hizo un análisis sobre la misión institucional de las Fuerzas Militares, recalcando que su finalidad primordial es la defensa de la soberanía, la independencia e integridad del territorio nacional y del orden constitucional, por ende, su fin primordial no es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas de manera individualizada, ni proporcionar seguridad o protección particular a las personas residentes en el territorio nacional.

Finalmente recordó que, el sólo hecho de haberse generado la muerte de una persona a manos de terceras personas, no conlleva a que el Estado deba responder por ello, dado que no se configura una responsabilidad objetiva, sino subjetiva en la cual se deben probar los presupuestos de la responsabilidad (hecho, daño y nexos causal), teniendo en cuenta además que, la responsabilidad patrimonial del Estado requiere no sólo la existencia de un daño antijurídico, sino que este le sea imputable.

1.4.4. DEL MINISTERIO PÚBLICO

Guardó silencio en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES

⁶ A folios 344 a 348 del Cuaderno Principal 2.

⁷ A folios 349 y 350 del Cuaderno Principal 2.

2.1. CUESTIÓN PREVIA

No observándose causal de nulidad alguna y agotadas las etapas procesales, previamente, el Despacho se pronunciará sobre la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por las entidades demandadas, quienes señalaron que se configura tal medio exceptivo en atención a que los hechos objeto de la demanda fueron desarrollados exclusivamente por terceros.

2.1.1. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA

A nivel jurisprudencial sea explicado en reiteradas oportunidades que la figura de la legitimación en la causa tiene dos dimensiones; **la de hecho y la material**, entendiendo la primera como aquella que se deriva de la formulación de los hechos y las pretensiones de la demanda, y la segunda, como la condición necesaria para proferir una decisión favorable a las mismas. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, en sentencia de fecha 14 de marzo de 2019, dentro del radicado número: 05001-23-31-000-2004-00770-01(49617), señaló que:

“La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

*A su vez, **la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.***

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endiligada desde el libelo inicial.” (Negrita y subrayado fuera de texto)

Partiendo de lo anterior, y teniendo en cuenta lo obrante en el expediente, considera el Despacho que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional – Ejército Nacional, se encuentran legitimadas en la causa por pasiva de **hecho**, pues de acuerdo al contenido de la demanda, se advierte que es a dichas entidades a quienes se les imputa el daño alegado.

Sin embargo, respecto a la falta de legitimación **material** de las demandadas, debe advertir el Despacho que no se analizará *ab initio* o de forma previa tal excepción propuesta, dado que como se explicó anteriormente, esta determina el sentido de la sentencia, por lo que lo procedente es realizar el respectivo estudio o análisis de fondo, para determinar si existió o no participación de las entidades demandadas en la producción del daño objeto de controversia.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que en esta oportunidad el Despacho se contrae a determinar es el siguiente:

¿Hay lugar a declarar la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la muerte de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, ocurrida el día 14 de agosto del año 2000, bajo el título de imputación de falla del servicio por omisión, o por el contrario, deben negarse las súplicas de la demanda por configurarse alguna causal exonerativa de responsabilidad?

2.3. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

2.3.1. DE LA PARTE DEMANDANTE

Considera la parte demandante que existe responsabilidad del Estado por falta o falla del servicio por omisión, debido a la ineficacia o ausencia del servicio prestado, dado que la muerte en forma violenta de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, ocurrida el 14 de agosto de 2000 en el Corregimiento de la Gabarra, Municipio de Tibú (Norte de Santander) a manos de un grupo armado al margen de ley, fue producto de la inactividad de la Policía y el Ejército Nacional para contrarrestar la actividad delincuencia en la zona en que fallecieron. Por lo tanto, se presenta el daño antijurídico, y este es imputable a la administración por omisión de las autoridades públicas.

2.3.2. DE LA POLICÍA NACIONAL

Por su parte, considera la Policía Nacional que en el presente asunto no se encuentran plenamente demostrados los elementos estructurales de responsabilidad extra contractual del Estado, y en consecuencia, deben negarse las pretensiones de la demanda, dado que la muerte de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda fue producto del actuar irracional y delictivo de terceros que actúan al margen de la Ley, por lo que emerge como causal exonerativa de responsabilidad, el hecho de un tercero.

2.3.3. DEL EJÉRCITO NACIONAL

El Ejército Nacional, plantea que se configura la causal de exoneración de responsabilidad por el hecho de un tercero, por cuanto nada tuvo que ver la institución con los hechos planteados en la demanda, lo que implica el rompimiento del nexo causal entre el hecho y el daño alegado, y por lo tanto, la falta de configuración de uno de los elementos de la responsabilidad, sin el cual no es posible declaratoria alguna de responsabilidad.

2.3.4. DEL DESPACHO

Considera el Despacho que en el presente caso no hay lugar a declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional; Ejército Nacional, por los daños ocasionados a los demandantes por la muerte violenta de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda ocurrida el día 14 de agosto del año 2000 en el corregimiento de La Gabarra del Municipio de Tibú - Norte de Santander, por cuanto los hechos dañinos no son atribuibles al Estado, en atención a que no se encontraron acreditados los presupuestos necesarios para adecuar la actuación de las entidades demandadas bajo el título de imputación de falla del servicio, y por el contrario, si se encontró probado que los mismos derivaron del actuar temerario de las víctimas al exponerse de forma imprudente ante miembros de

grupos armados al margen de la ley, configurándose la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva y determinante de la víctima.

3. HECHOS PROBADOS

Previo a señalar los fundamentos que desarrollan la tesis del Despacho, se hará referencia a los hechos que se encuentran plenamente acreditados en el presente caso, de acuerdo a las pruebas obrantes en el plenario, así:

3.1. PRUEBAS DOCUMENTALES

- ✓ Que el señor Orlando Avendaño contrajo matrimonio con la señora Gladys Pineda el día 16 de mayo de 1981. De acuerdo al Registro Civil de Matrimonio obrante a folio 25 del expediente.
- ✓ Que los señores Orlando Avendaño y Gladys Pineda, procrearon a sus hijos: Nelson, José Orlando, Aleida María y Ender Leonardo Avendaño Pineda, de conformidad con los Registros Civiles de Nacimiento obrantes a folios 27, 28, 30 y 31 del expediente.
- ✓ Que los señores José Orlando Avendaño Pineda y Orlando Avendaño fallecieron el día 14 de agosto del año 2000, de conformidad con los Registros Civiles de Defunción obrantes a folios 26 y 29 del expediente, respectivamente.
- ✓ Que de acuerdo a la certificación obrante a folio 32 del expediente, de fecha 21 de marzo del año 2000, suscrita por el Personero del Municipio de Tibú, el señor Hender Leonardo Avendaño Pineda falleció el día 17 de julio de 1999 *"en el perímetro urbano de Tibú, víctima de masacre discriminada, por motivos ideológicos y políticos, en el marco del conflicto armado interno"*
- ✓ Que el día 05 de septiembre de 1999, el señor Nelson Avendaño Pineda presentó denuncia ante el Quinto Distrito de Policía de Tibú por el hurto de un vehículo y unos cilindros de gas que transportaba, cometido presuntamente por miembros de las FARC⁸.
- ✓ Que el día 08 de agosto del año 2000, el señor José Orlando Avendaño Pineda presentó denuncia ante el Quinto Distrito de Policía de Tibú por el hurto de unos cilindros de gas que transportaba, cometido presuntamente por miembros de las FARC⁹, dentro de la cual expuso lo siguiente:

"(...) PREGUNTADO: Haga un relato claro, preciso y conciso sobre los hechos que dieron origen a su Denuncia. CONTESTO: Yo salí el 2 de Agosto del 2000 con rumbo a la Gabarra, por el mal estado de la vía me ha tocado hacer cola con una cantidad de vehículos hacía adelante y atrás y hemos alcanzado a llegar hasta el kilómetro veinte halados por una maquina bulldozer que se encuentra en la vía, en ese trayecto llevábamos seis días por el mal estado de la vía y el día de hoy a las 2:00 de la tarde llego un grupo de hombres armados los cuales dijeron pertenecer a las FARC y se llevaron los cilindros al hombro, hurtándoselos con rumbo desconocido, ellos dijeron pertenecer al FRENTE 29 de MAYO, ahí mismo los transbordaron a vehículo y arrancaron hacia adentro con rumbo hacia la Vereda San Luis Beltrán. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho como iban vestidos los subversivos y que clase de armamento portaban. CONTESTO: Iban vestidos con uniformes de la policía y del

⁸ A Folio 42 del Cuaderno Principal 1.

⁹ A Folio 43 y 44 del Cuaderno Principal 1.

Ejército y portaban armamento de corto y largo alcance, asimismo portaban un brazalete blanco con las iniciales de las FARC. PREGUNTADO: Que cantidad de subversivos alcanzó usted a divisar y en que se movilizaban. CONTESTO: Iban aproximadamente unos cincuenta subversivos y todos llegaron a pata (pie). PREGUNTADO: Diga al Despacho que cantidad de cilindros movilizaba, en que vehículo y cuanto es el valor de los cilindros, lo mismo que su cilindraje. CONTESTO: la cantidad de cilindros son 160 cilindros de 40 libras llenos, el valor de cada uno son \$60.000 por unidad y de cien libras son 18 cilindros llenos con un valor de \$180.000 pesos cada uno, para un total de \$11.760.000 pesos en total. Dichos cilindros los movilizaba en el Camión 600 DODGE, color verde, de placas XKE901, el camión es de servicio público pero afiliado a la Empresa NORGAS, y el lo deje el kilometro 20 con el resto de camiones que se encuentran allí enterrados. PREGUNTADO: Diga al Despacho que le manifestaron los subversivos al momento en que los interceptaron a ustedes para robarles los cilindros. CONTESTO: ellos nos dijeron pertenecer a las FARC, FRENTE 29 de Mayo y que necesitaban los cilindros y para ellos hacer constar que si eran ellos nos firmaron la Guía del Transporte de los mismos en la parte de atrás y de la cual anexo una fotocopia a la denuncia. PREGUNTADO: diga al despacho si usted antes de venir acá denunció el hecho ante alguna otra autoridad. CONTESTO: denuncie al Comandante del Ejército que se encontraba de Patrulla por la Avenida Motilones o Avenida principal de tibú y se encontraban al frente de la Alcaldía, pero de manera verbal para que tuviera conocimiento y me dirigía la Estación de Policía a colocar el denuncia. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho si los subversivos les dijeron que objetivo o uso específico les iban a dar a estos cilindros. CONTESTO: No me dijeron nada. PREGUNTADO: Hace cuanto tiempo viene usted laborando para la Empresa NORGAS y si anteriormente le había sucedido algún hecho similar. CONTESTO: Tengo más o menos de estar trabajando en NORGAS hace aproximadamente diez años junto con mi papa y nunca me había pasado algo semejante, es la primera vez. PREGUNTADO: con que frecuencia viajaba en esta ruta y en compañía de quien. CONTESTO: Yo viajaba con mi ayudante el cual se llama HERBERTO HENAO y el cual también vive acá en tibú, yo viajaba cada ocho días pero ahora en temporada de invierno bajaba por ahí cada quince días. PREGUNTADO: Diga al Despacho si tiene algo más que agregar corregir o enmendar a la presente diligencia. CONTESTO: No, no señor no más. (...)"

- ✓ Que las autoridades del Departamento Norte de Santander realizaron consejos de seguridad los días 23 de agosto de 1999, 15 de marzo, 02 de abril y 14 de abril del año 2000, durante los cuales se trató entre otros temas, la difícil situación de orden público que se presentaba para la época especialmente en la región del Catatumbo, donde se presentaron diversas masacres originadas según la información allí contenida en *"la lucha que vienen sosteniendo grupos insurgentes con AUC, ratificándonos que el problema gira alrededor de los cultivos ilícitos y el precio de la coca para su recolección y comercialización, pues las AUC prohibieron la venta de éste producto en el perímetro urbano de la Gabarra."*¹⁰
- ✓ Que de acuerdo al oficio obrante a folio 146 del expediente, emanado del Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., se encontró que los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda no registran antecedentes judiciales.
- ✓ Que de acuerdo a la certificación obrante a folio 152 del expediente, aportada al proceso por el Subgerente de la empresa NORTESANTANDEREANA DE GAS S.A. E.S.P. "NORGAS", el señor Orlando Avendaño prestó sus servicios como contratista transportador y posteriormente distribuidor de GLP en cilindros desde el año 1983 y hasta el 02 de agosto del año 2000, actividad que desarrollaba con el vehículo de su propiedad de placas XKE-901 en los pueblos aledaños a Tibú. Así mismo, que la retribución pactada, se liquidaba mensualmente con los precios que

¹⁰ A Folios 126 a 143 del Cuaderno Principal 1.

allí se estipulan, y que el día 02 de agosto del año 2000, fue despachado de la planta de la empresa ubicada en el Municipio de Tibú con destino a La Gabarra una carga de 160 cilindros de 40 libras y 18 cilindros de 100 libras avaluados en (\$10.355.189.17).

- ✓ Que de acuerdo a la certificación obrante a folio 155 del expediente, expedida por la secretaria del Concejo Municipal de Tibú, el señor Orlando Avendaño fue presidente del Concejo Municipal del 01 al 11 de agosto del año 2000, y se desempeñó como concejal en los periodos que allí se estipulan.
- ✓ Que de acuerdo al oficio obrante a folio 157 del expediente, suscrito por el Fiscal Jefe de Unidad, por el homicidio de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, la Fiscalía Tercera de Terrorismo Especializada adelantó investigación preliminar bajo el radicado No. 24444, la cual fue archivada por decisión inhibitoria el 18 de octubre del año 2001.
- ✓ Que en el diario La Opinión se realizaron diversas publicaciones a través de las cuales se ponían en conocimiento las masacres ocurridas en la región del Catatumbo, especialmente en el Municipio de Tibú y sus alrededores¹¹.
- ✓ Que de acuerdo a la información suministrada por la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional¹²: *“la señora PINEDA GLADYS, actuando en calidad de esposa, así como los señores AVENDAÑO PINEDA NELSON y AVENDAÑO PINEDA ALEIDA MARIA en calidad de hijos de la víctima, presentaron solicitud de ayuda humanitaria por muerte del señor AVENDAÑO ORLANDO, a quienes se entregó la suma de \$10.999.629 desde el 13 de febrero de 2006 correspondiendo el 50% a la cónyuge y el otro 50% a los hijos en partes iguales. (...) Igualmente, la señora PINEDA GLADYS, actuando en calidad de madre, presentó reclamación de ayuda humanitaria por muerte del señor AVENDAÑO PINEDA ORLANDO, a quien se entregó la suma de \$10.999.629 desde el 13 de febrero de 2006, como única beneficiaria.”*
- ✓ Que de acuerdo al informe de necropsia aportado por la E.S.E. Hospital Regional del Norte, los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda fallecieron debido a: *“shock neurogénico agudo debido a lesión masiva hemisferio cerebral derecho, por herida proyectil arma de fuego”*¹³
- ✓ Que de acuerdo a la información suministrada por el Jefe Seccional de Inteligencia de la Policía Nacional: *“no existen registros de informes de inteligencia con anterioridad y que permitieran advertir la situación registrada en la Gabarra el 210599”*¹⁴
- ✓ Que el Departamento de Policía de Norte de Santander adoptó algunas acciones en relación con los hechos acaecidos durante el mes de mayo en el Corregimiento de La Gabarra, referente a medidas de seguridad, desplazamientos, combate de actividades delictivas, presencia de grupos armados y el deber constitucional de acatar las disposiciones sobre cualquier acto contrario a la ley, dentro de un marco que garantice la seguridad de la población y de los uniformados¹⁵.

¹¹ A folios 163 a 169 del Cuaderno Principal 1.

¹² A folios 180 y 181 del Cuaderno Principal 1.

¹³ A folios 184 a 189 del Cuaderno Principal 1.

¹⁴ A folio 194 del Cuaderno Principal 1.

¹⁵ A folios 195 a 197 del Cuaderno Principal 1.

- ✓ Que en el diario El Tiempo¹⁶, se realizaron diversas publicaciones donde se informaba sobre la incursión de los paramilitares en la región del Catatumbo, especialmente en el Municipio de Tibú y sus alrededores.
- ✓ Que mediante Oficio No. 07432 de fecha 16 de julio de 2007¹⁷ el Segundo Comandante y JEM de la Trigésima Brigada del Ejército Nacional informó que las tropas del Grupo Mecanizado No. 5 Maza no tuvieron ninguna injerencia en los hechos ocurridos para el año 1999, y que en ese lugar operaba el Batallón de Contraguerillas No. 46 "Héroes de Saraguro".
- ✓ Que mediante Oficio No. 363 MDN-CE-DIVII-BR30-GMMAZ de fecha 16 de julio de 2007¹⁸ del grupo de Caballería No. 5 Maza del Ejército Nacional suscrito por el Comandante de la Caballería, se informó que no se hallaron informes físicos en relación a las masacres ocurridas el 21 de agosto de 1999, 17 de julio de 1999 y 6 de abril de 2000.
- ✓ Que de acuerdo a la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, en la tabla de muertes selectivas (obrante a folio 211 del expediente) aparece el doble homicidio de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, hechos ocurridos el 14 de agosto del año 2000. *"Los cuerpos sin vida fueron encontrados en el kilómetro 18 al 20 sobre la vía Tibú – La Gabarra, con heridas de arma de fuego."*¹⁹
- ✓ Que mediante oficio No. 402501/00315 de fecha 14 de mayo de 2007²⁰, la Defensoría del Pueblo, informó que, en los archivos de alerta temprana de la entidad, no obran informes que hagan referencia a las masacres ocurridas en el Catatumbo, entre el 29 de mayo de 1999 y 06 de abril de 2000.
- ✓ Que mediante Oficio No. 302 de fecha 26 de junio de 2007²¹, la Personería Municipal de Tibú informó que en su despacho no reposan copias de los consejos de seguridad realizados en el Municipio.
- ✓ Que mediante Oficio No. 13997 de fecha 18 de octubre de 2007²², suscrito por el Comandante de la Quinta Brigada de Bucaramanga, se informó a este Despacho que revisado el archivo de la sección de operaciones de la Unidad Operativa, respecto a la masacre ocurrida el 21 de agosto de 1999, no se encontraron informes del Comandante de la Quinta y ni del Comandante del Grupo Mecanizado "Hermógenes Maza".
- ✓ Que mediante Oficio No. 277 del 8 de junio de 2007²³, suscrito por la Personera Municipal de Tibú, se informó que revisados los archivos de la entidad, no se hallaron quejas o denuncias por la violencia desatada en el Corregimiento de La Gabarra o sus veredas, ni requerimientos efectuados a otras entidades del Estado para que hicieran presencia, investigaran o encontraran responsables.
- ✓ Que mediante Oficio No. 126 de fecha 10 de marzo de 2014²⁴, el Inspector Superior de Policía de Tibú, informó que una vez revisados los archivos, no se

¹⁶ A Folios 201 a 206 del Cuaderno Principal 2.

¹⁷ Folio 207 del Cuaderno Principal 2.

¹⁸ Folio 208 del Cuaderno Principal 2.

¹⁹ A folios 210 a 214 del Cuaderno Principal 2.

²⁰ A folio 218 del Cuaderno Principal 2.

²¹ A folio 234 del Cuaderno Principal 2.

²² A folio 235 del Cuaderno Principal 2.

²³ A folio 237 del Cuaderno Principal 2.

²⁴ A folio 306 del Cuaderno Principal 2.

halló información referente a las actuaciones, quejas, denuncias en punto de la violencia desatada en la zona del Catatumbo.

- ✓ Que mediante Oficio No. 02122²⁵ del 27 de agosto de 1999, el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 Maza, aportó resumen semanal de inteligencia, en el que reportó diferentes actividades ocurridas en el Corregimiento de La Gabarra, ejecutadas por miembros de las AUC.
- ✓ Que mediante Oficio No. 0948 de septiembre 2 de 2000²⁶, el Comandante del Quinto Distrito de Tibú, presenta informe sobre estadística operacional, delincencial y Contravencional, en el mes de agosto de 2000 donde se refleja el homicidio de los señores José Orlando Avendaño Pineda y Orlando Avendaño.
- ✓ Que mediante Oficio No. 0571 de 04 de agosto de 1999²⁷, el Comandante del Quinto Distrito de Tibú, presentó informe de orden público de los hechos ocurridos en el mes de julio de 1999 en el Municipio de Tibú.
- ✓ Reposa en el expediente en once (11) cuadernos, copia del proceso penal adelantado por la Fiscalía General de la Nación Unidad Nacional de Derechos Humanos de Bogotá, bajo el radicado 759 contra Salvatore Mancuso y Armando Alberto Pérez, por los hechos ocurridos el 6 de abril de 2000, en el Municipio de Tibú, remitido mediante oficio No. 148 de 8 de junio de 2007²⁸

3.2. PRUEBAS TESTIMONIALES

- ✓ El día 01 de agosto de 2007 se recepcionó el testimonio del señor **Samuel Antonio Estupiñán**, durante el cual se absolvieron los siguientes interrogantes:

“PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si conoció de vista trato y comunicación al joven JOSE ORLANDO AVENDAÑO PINEDA, en caso afirmativo, porque, como y en que circunstancias. CONTESTO. Sí los conocí, tanto al papá Que se llamaba ORLANDO COMO al hijo que se llamaba JOSE ORLANDO, los conocí por el hecho de que éramos vecinos (...) ellos vivían del comercio, especialmente de la venta de gas, que lo vendían por cilindros y vendían para los corregimientos de la Gabarra (...) PREGUNTADO. A que se dedicaba el joven JOSE ORLANDO. CONTESTO. El se dedicaba a ayudarlo al papá, manejando el vehículo, ayudándole a transportar los cilindros de gas a los diferentes corregimientos que acabe de mencionar. PREGUNTADO. Conoce usted si el señor ORLANDO, le pagaba alguna suma de dinero a su hijo JOSE ORLANDO, por el trabajo que este le prestaba ayudándole en el negocio de la venta de gas. CONTESTO. No se cuanto le pagaban, pero lo que si se, es que ellos eran muy unidos y todos trabajaban para una sola causa, es decir lo que hacían era para ellos. Y para sufragar todos los gastos del hogar. PREGUNTADO. Tiene conocimiento usted como fue la muerte del señor ORLANDO AVENDAÑO Y de su hijo JOSE ORLANDO. CONTESTO. Yo lo que se, es que primero se fue el hijo, JOSE ORLANDO, para la gabarra, por allá lo detuvieron, un grupo de gente armada, no sabría decirle con precisión cual fue el grupo armado ilegal que lo detuvo, y fue cuando le avisaron al papá que al hijo se lo tenían detenido aparecer por los lados de la gabarra, con carro y todo, eso lo se yo por que el señor ORLANDO AVENDAÑO, como a las nueve de la noche fue a mi casa a convidarme, para que yo lo acompañara y yo le manifesté que no lo acompañaba, porque a mí me daba mucho miedo (...)”

- ✓ El día 01 de agosto de 2007 se recepcionó el testimonio del señor **José Alfredo Guerrero Roper**, durante el cual se absolvieron los siguientes interrogantes:

“PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si conoció de vista trato y comunicación al joven JOSE ORLANDO AVENDAÑO PINEDA, en caso afirmativo, porque, como y en qué

²⁵ A folios 313 a 315 del Cuaderno Principal 2.

²⁶ A folios 328 a 330 Cuaderno Principal 2.

²⁷ A folios 331 a 333 del Cuaderno Principal 2.

²⁸ A folio 170 del cuaderno principal 1

circunstancias. CONTESTO. Sí los distinguí, a don ORLANDO, lo distinguí como 20 años y al hijo JOSE ORLANDO, lo conocí pequeño, se encontraba estudiando para esa época. PREGUNTADO. A que se dedicaba el señor ORLANDO AVENDAÑO y el joven JOSE ORLANDO. CONTESTO. Bueno yo al principio conocí a don ORLANDO como vendedor de verduras en un carro y después como expendedor de gas propano para la gabarra, tenía como ayudante al hijo JOSE ORLANDO, ellos andaban los dos. PREGUNTADO. Conoce usted si el señor ORLANDO, le pagaba alguna suma de dinero a su hijo JOSE ORLANDO, por el trabajo que este le prestaba ayudándole en el negocio de la venta de gas. CONTESTO. No señor no tengo conocimiento en eso. PREGUNTADO. Tiene conocimiento usted como fue la muerte del señor ORLANDO AVENDAÑO Y de su hijo JOSE ORLANDO. CONTESTO. Yo me entere por la señora que se llama doña GLADYS PINEDA, ella me dijo que un grupo armado lo había retenido en el camino y que después de varios días de tenerlo retenido, el grupo armado optó por asesinarlos a don ORLANDO y a su hijo JOSE ORLANDO (...)"

- ✓ El día 01 de agosto de 2007 se recepcionó el testimonio de la señora **Olinta García**, durante el cual se absolvieron los siguientes interrogantes:

"PREGUNTADO. Manifieste al Despacho si conoció de vista trato y comunicación al joven JOSE ORLANDO AVENDAÑO PINEDA, en caso afirmativo, porque, como y en qué circunstancias. CONTESTO. Sí los conocí, Porque somos de acá del pueblo y todo el mundo se conoce, los conozco de toda la vida, PREGUNTADO. A que se dedicaba el señor ORLANDO AVENDAÑO y el joven JOSE ORLANDO. CONTESTO. El señor ORLANDO AVENDAÑO se dedicaba a vender bombonas de gas propano y el joven JOSE ORLANDO EN ESE ENTONCES ESTUDIABA. PREGUNTADO. Conoce usted si el señor ORLANDO, le pagaba alguna suma de dinero a su hijo JOSE ORLANDO, por el trabajo que este le prestaba ayudándole en el negocio de la venta de gas. CONTESTO. No tengo conocimiento si le pagaba o no. (...)"

4. FUNDAMENTOS QUE DESARROLLAN LA TESIS DEL DESPACHO

4.1. PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su "constitucionalización" al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro.

En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

4.2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DAÑO ANTIJURÍDICO

La idea de una responsabilidad fundada en la antijuridicidad del daño padecido por la víctima, y no en la ilegalidad de la conducta de quien lo causa, tiene arraigo en la doctrina española de mediados de siglo XX y se cimentó con ocasión de la inteligencia del artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa con el auspicio de una dogmática garantista de indemnidad patrimonial de las personas frente a la actuación administrativa. Parte en el entendimiento del daño como la aminoración o alteración negativa de un interés humano objeto de tutela jurídica, debido al cual, el derecho facilita la reacción de quien lo padece en orden a la reparación o compensación de su sacrificio. Bajo este entendimiento, ha señalado la jurisprudencia de la Sala, el daño incorpora dos elementos: uno, físico, material, y otro jurídico, formal²⁹.

El elemento físico o material, consiste en la destrucción o el deterioro que las fuerzas de la naturaleza, actuadas por el hombre, provocan en un objeto apto para satisfacer una necesidad. Pero esta afectación, que ocurre en el plano fáctico, deviene insuficiente para poner en acción al derecho en función de facilitar la reacción de quien lo padece en orden a la reparación o compensación del sacrificio que de él deriva.

Para que el daño adquiera una dimensión jurídicamente relevante (para que pueda predicarse su antijuridicidad) es menester que recaiga sobre un interés tutelado por el derecho; que no exista un título legal conforme al ordenamiento constitucional, que justifique, que legitime la lesión al interés jurídicamente tutelado; y que no haya sido determinado por el hecho de la propia víctima³⁰.

Si el daño no recae sobre un interés jurídicamente tutelado, si no se derivan de él consecuencias ciertas para el patrimonio económico o moral de quien lo sufre, e incluso si el daño tiene por causa o se encuentra determinado por el hecho o por la culpa de la víctima, tal daño no habrá trascendido el plano puramente fáctico, y en ninguno de estos casos se activará el ordenamiento jurídico para facilitar a la víctima la reparación del daño, mediante el traslado de sus consecuencias patrimoniales a un patrimonio diferente del suyo propio, a través de un juicio de imputación.

5. CASO EN CONCRETO

De conformidad con la metodología planteada por el Despacho, el estudio se centrará primordialmente en determinar si el daño padecido por los demandantes como consecuencia del fallecimiento de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, se encuentra provisto de antijuridicidad, mancomunadamente con la calificación de la conducta que estos desplegaron frente a su causación; para que el caso de probarse tal, se establezca a quien le es atribuible responsabilidad y de contera, sí es dable irrogársele el consecuente deber de reparar.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de noviembre de 2017, M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas, Expediente No. 40263

³⁰ Para quienes asimilen la noción de daño a la de perjuicio, habrá de exigirse un elemento adicional: que tenga consecuencias ciertas, en el patrimonio económico o moral de quien lo padece.

(i) Del daño antijurídico

Como primer elemento de responsabilidad estatal –encausado dentro de la previsión del artículo 90 constitucional- ha de estudiarse la figura consistente en la causación de un daño puro y simple, es decir, desde el punto de vista fenomenológico.

Se tiene que el extremo activo alegó como la ocurrencia del daño, la trasgresión palmaria del derecho a la vida de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, garantía que conforme el artículo 11 superior, se consagró: “*el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*”.

Ha quedado dicho, como colofón del recuento de pruebas militantes en el plenario en lo atinente al daño, que el Despacho tiene por debidamente probado, con pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso, que los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, fueron víctimas de homicidio en hechos ocurridos el 14 de agosto de 2000, punible en el que se demostró la participación del grupos armados al margen de la ley.

Para la acreditación de ese daño se aportaron las Actas de Levantamiento de Cadáver Nos. 091 y 092 del 14 de agosto de 2000, diligenciados por la Inspección Superior de Policía (fls.37-40) e informe de necropsia rendido por la ESE Hospital Regional del Norte (fls.184-189).

Teniendo en cuenta las pruebas referidas en precedencia, para esta instancia resulta claro que las víctimas no estaban en el deber jurídico de soportar el daño que les fue causado, por lo que procederá al juicio de imputación. Posteriormente, sí a ello hay lugar, estudiará en el acápite correspondiente a los perjuicios, si se encuentran acreditadas las consecuencias ciertas, que, según la demanda, causó este daño sobre el patrimonio moral y material de quienes obran como demandantes dentro del proceso de la referencia.

(ii) De la imputación

Establecido el primer elemento de la responsabilidad, el Despacho abordará el análisis de la imputación, con el fin de determinar si el daño causado a los demandantes le resulta atribuible o no a la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional y/o al Ejército Nacional y cuál es el fundamento jurídico de dicha determinación o si operó alguna causal eximente de responsabilidad.

Al respecto, se considera oportuno señalar que, tal y como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado, todo debate acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado debe resolverse con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política³¹, cláusula general de responsabilidad que no privilegió ningún título de imputación en específico:

«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

³¹ Según el cual «*el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*».

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»³².

De lo expuesto se desprende que el fundamento o régimen de responsabilidad aplicable no es el mismo en todos los casos, sino que su determinación dependerá de lo que el juez encuentre probado en cada caso concreto.

En ese orden de ideas, en atención a los cargos formulados en la demanda y a los elementos materiales probatorios que reposan en el expediente, se considera que el presente litigio reúne las características para estudiarse bajo el régimen de respetabilidad subjetiva, de cara al título de imputación de falla probada del servicio.

En el presente caso, la parte actora señala que los perjuicios ocasionados por la muerte de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, son imputables a las entidades demandadas a título de falla del servicio, como quiera que no tomaron las medidas de seguridad necesarias para cumplir con su deber de protección a la población civil, y en particular, a las víctimas en atención a que, debido a la actividad comercial que desempeñaban frecuentemente se encontraban en riesgo de ser atacados por miembros de los grupos armados al margen de la ley que operaban en la zona. Así mismo, se vincula la muerte de las víctimas con la actividad política del señor Orlando Avendaño, quien para la época de los hechos fungía como presidente del Concejo Municipal de Tibú.

Por su parte, las autoridades demandadas, centraron sus argumentos de defensa en que en que el hecho dañino, es decir, el homicidio de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, sucedió como consecuencia del actuar delictivo de grupos armados al margen de la ley, y como efecto de una acción u omisión en cabeza de estas, desde la competencia que por ministerio de la ley a cada uno le corresponde.

Pues bien, en virtud de la posición de las partes, el material probatorio que reposa en el expediente de cara al elemento bajo estudio, el Despacho advierte que el daño que, en efecto, le fue irrogado a los demandantes no le puede ser atribuido al Estado, por cuanto fueron las mismas víctimas quienes de manera deliberada y sabiendas del riesgo latente en la zona donde residían, se autopusieron en un peligro que fue determinante para su muerte y que no era previsible a las autoridades demandadas.

A propósito de lo descrito, huelga traer a colación lo dicho por el Consejo de Estado, en relación con la causal de eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, así:³³

*“La culpa exclusiva de la víctima como elemento que excluye la responsabilidad del Estado, se ha entendido como **“la violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado”**, que se concreta en la demostración “de la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta”. Dicha postura de la Sección Tercera llevó a concluir:*

³² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación del 19 de abril de 2012, exp. 21.515. C.P. Hernán Andrade Rincón.

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-Subsección C. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-00292-02(55079). Sentencia del 01 de abril de 2016.

"[...] Por tanto puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor Mauro Restrepo Giraldo, quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño"

10.4.5.- Con posterioridad la jurisprudencia de la Sección Tercera [y sus Subsecciones], establece una serie de fundamentos o supuestos en los que cabe o no encuadrar el hecho o culpa de la víctima como eximente de responsabilidad de la administración pública: i) se concreta por la experiencia de la víctima en el manejo de objetos, o en el despliegue de actividades; ii) **la "ausencia de valoración del riesgo por parte de las víctimas"** puede constituir una "conducta negligente relevante"; iii) puede constituirse en culpa de la víctima el ejercicio por los ciudadanos de **"labores que no les corresponden"**; iv) debe contribuir "decisivamente al resultado final"; v) para "que la conducta de la víctima pueda exonerar de responsabilidad a la entidad demandada, la misma debe ser causa determinante en la producción del daño y ajena a la Administración", a lo que agrega, que en "los eventos en los cuales la actuación de la víctima resulta ser la causa única, exclusiva o determinante del daño, carece de relevancia la valoración de su subjetividad"; vi) la "violación por parte de ésta de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado", la que "exonera de responsabilidad al Estado en la producción del daño cuando ésta es exclusiva"; y, vii) por el contrario no se configura como eximente cuando no hay ni conocimiento de un elemento o actividad que entraña peligro, ni hay imprudencia de la víctima." (Negrita y subrayado fuera de texto)

Bajo esa perspectiva, colige el Despacho que en el asunto que se revisa el nexo de causalidad entre la muerte de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda y el Estado, es inexistente, habida consideración de la estructuración de la causal de eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, por las razones que pasaran a exponerse:

- Que la masacre ocurrida meses antes del deceso de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda y la consecuente situación de orden público que atravesaba el municipio de La Gabarra, fueron situaciones concomitantes al hecho dañino, más no la causa eficiente del daño.
- Que las víctimas no pueden tenerse como objetivo militar, por cuanto no existe prueba dentro del expediente que dé cuenta que fueron objeto de amenazas o que fueron ultimados con ocasión de su status en la sociedad o los cargos o labores que desempeñaran.

En el caso particular del señor Orlando Avendaño, para el día en que sobrevino su fallecimiento, ya no ostentaba una curul en el Concejo del Municipio de Tibú, conforme la certificación expedida por esa Corporación, reiterándose que, incluso cuando ello sí era así, no media elemento probatorio que diera cuenta de haber sido sujeto de amenazas y que este las hubiere denunciado ante las autoridades competentes.

De otra parte huelga precisar que a folio 45 reposa una noticia publicada en el Diario La Opinión, donde se relata las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que falleció el señor Orlando Avendaño, no obstante, a la misma no podrá dársele valor probatorio mayor de cara a lo que se pretende, habida cuenta de

que allí se asevera que el mismo era Presidente del Concejo Municipio de Tibú, cuando para el 14 de agosto de 2000, ya no fungía como tal o como concejal.

Ahora, en lo que incumbe al señor José Orlando Avendaño Pineda, el Despacho resalta la denuncia interpuesta por este, en atención al hurto del que fue objeto el día 08 de agosto de 2000, en la que relata: *(i)* que fue interceptado aproximadamente por cincuenta (50) subversivos, que identificó como pertenecientes a las FARC, quienes aun cuando lo despojaron de la mercancía que transportaba –cilindros de gas-, no atentaron contra su integridad física; *(ii)* que donde ocurrió ese hecho delictivo, era una ruta habitual para el suministro de gas, siendo esa la *primera* vez, que un suceso así le ocurría en los diez (10) años que llevaba dedicándose a esa labor y; *(iii)* que los perpetradores firmaron la planilla de reparto para que la empresa NORGAS para cual trabajaba, tuviese conocimiento de que la desaparición de los elementos, había sido por su mano.

Lo anterior, refuerza la teoría de que el señor José Orlando Avendaño Pineda, no era objetivo militar y su muerte no ocurrió como consecuencia de un proceso selectivo, toda vez que de ser así, al haber sido emboscado por 50 hombres, su deceso hubiere sucedido allí y no después.

- Que sobre los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, no recaía una condición especial que los hiciera beneficiarios de protección reforzada por parte de la fuerza pública, más allá de la que le debían a la comunidad en general.
- Que los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, fueron quienes de manera imprudente, decidieron trasladarse a las afueras del casco urbano de La Gabarra, luego de que alguien les informara sobre el paradero del camión que días atrás le había sido hurtado al segundo de estos, sin que mediara solicitud ante las autoridades de la fuerza pública de acompañamiento o para que intentaran el rescate de ese vehículo.

Quiere decir lo descrito, que el proceder irreflexivo de los señores Orlando Avendaño y José Orlando Avendaño Pineda, de dirigirse a un lugar que era de su conocimiento y toda la comunidad altamente peligroso, en busca del rescate de un vehículo que había sido hurtado por personal de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC, fue la causa eficiente del daño, al auto colocarse en una situación desfavorable, al punto de que conminó en su muerte, hecho que no es dable atribuírsele al Estado en cabeza de la Policía Nacional y el Ejército Nacional, al desconocer el actuar de las víctimas y al serle imposible proveerlo.

De tal manera, no puede predicarse el nexo de causalidad entre el hecho que alega el extremo activo como dañino y las presuntas omisiones por parte de las entidades demandadas, materializada en la inexistencia de la imputación como elementos esencial de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, luego entonces, la decisión no puede ser otra que la de *negar* las súplicas de la demanda.

6. COSTAS

Teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Artículo 171 del C.C.A., sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado de forma temeraria, y en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente caso el Despacho se abstendrá de imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: NIÉGUENSE las súplicas de la demanda, conforme las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: DEVUÉLVASE a la parte demandante el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si a ello hubiere lugar.

CUARTO: Una vez en firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ALEXA YADIRA ACEVEDO ROJAS
Juez