



Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

| | |
|----------------|---|
| Asunto | Proceso ordinario de acción de repetición |
| Radicación No. | 11001-33-43-060-2017-00019-00 |
| Accionantes | Nación – Ministerio de Defensa Nacional |
| Accionado | Luis Fernando Osorio Giraldo |
| Sentencia No. | 2021-0219RD |
| Tema | Ausencia de prueba de dolo o culpa grave |
| Sistema | Oral |

Contenido

| | |
|--|----|
| 1. ANTECEDENTES | 2 |
| 2. PARTES | 2 |
| 3. LA DEMANDA | 2 |
| 3.1 HECHOS RELEVANTES | 2 |
| 3.1.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO | 2 |
| 3.1.3 ACERCA DEL PAGO DE LA CONDENA Y COMITÉ DE CONCILIACIÓN | 4 |
| 3.2 PRETENSIONES..... | 4 |
| 3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO | 5 |
| 3.3.1 CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN CONTRA DEL DEMANDADO EN ESTE PROCESO | 5 |
| 3.3.2 ANÁLISIS DEL DOLO Y/O CULPA GRAVE | 6 |
| A. LA CALIDAD DE AGENTES DEL ESTADO..... | 7 |
| B. EXISTENCIA DE UNA CONDENA JUDICIAL, UNA CONCILIACIÓN, UNA TRANSACCIÓN O DE CUALQUIER OTRA FORMA DE TERMINACIÓN DE CONFLICTOS QUE GENERE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR UNA SUMA DE DINERO A CARGO DEL ESTADO..... | 7 |
| C. PAGO EFECTIVO REALIZADO POR EL ESTADO | 8 |
| D. LA CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DETERMINANTE DEL DAÑO REPARADO POR EL ESTADO, COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA | 9 |
| 4. LA DEFENSA | 10 |
| 4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES | 10 |
| 4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES | 10 |
| 5. TRÁMITE | 11 |
| 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN | 11 |
| 6.1 PARTE DEMANDANTE | 11 |
| 6.2 PARTE DEMANDADA..... | 11 |
| 7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO | 12 |
| 8. CONSIDERACIONES | 12 |
| 8.1 TESIS DE LAS PARTES..... | 12 |
| 8.2 PROBLEMA JURÍDICO..... | 12 |
| 8.3 ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN..... | 12 |



| | |
|---|----|
| 8.3.1 CALIDAD DE AGENTES DEL ESTADO | 12 |
| 8.3.2 EXISTENCIA DE UNA CONDENA | 13 |
| 8.3.3 PAGO EFECTIVO REALIZADO POR EL ESTADO | 16 |
| 8.3.4 CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA | 17 |
| 8.4 CASO CONCRETO..... | 34 |
| 8.5 COPIAS Y ARCHIVO..... | 36 |
| 9. DECISIÓN..... | 36 |

1. ANTECEDENTES

Agotadas las etapas del proceso declarativo ordinario pasa a proferirse sentencia dentro del presente proceso.

2. PARTES

Son partes del proceso las siguientes:

| | |
|----|---|
| A. | Demandante |
| 1 | Nación – Ministerio de Defensa Nacional |
| B. | Demandada |
| 1 | Luis Fernando Osorio Giraldo |
| 2 | Julio Alexander Velandia Bernal |
| C. | Ministerio Público |
| 1 | Procuraduría 79 Judicial I para Asuntos Administrativos de Bogotá |

3. LA DEMANDA

Los elementos esenciales de la demanda se resumen a continuación

3.1 HECHOS RELEVANTES

Los hechos se resumen conforme los elementos propios de la acción de repetición.

3.1.1 ACERCA DEL HECHO DAÑOSO

Se relata en la demanda que el 30 de noviembre de 2006 la Compañía Ayacucho 2 del Batallón de Infantería No. 15 "Santander" y la Compañía Delhuyer 2, se encontraban prestando seguridad a la torre de comunicaciones Bitácora 2, en el sitio conocido como Alto del Pozo, que servía de enlace a las unidades militares, custodiando la repetidora y siendo hostigados por miembros de grupos al margen de la ley, dando un resultado de 17 militares muertos.

Se tiene que, para ese día el Sargento Primero LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y el Sargento Segundo JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, en su calidad de comandantes de las escuadras, habían desobedecido la orden que se les había dado de trasladarse de un



punto a otro, pues la orden de desplazarse era a las 18:00 horas, en tanto que la orden impartida por estos suboficiales a sus subalternos fue la de movilizarse a las 02:00 horas, habiéndose iniciado el ataque a las 22:30, queriendo decir esto que a la hora del ataque los escuadrones no debían encontrarse en el sitio del ataque, sino en el sitio a donde se les había ordenado trasladarse.

Como resultado de este ataque resultaron muertos los siguientes miembros del Ejército Nacional:

| Suboficiales | Soldados Profesionales |
|--|--|
| CS Niño Sánchez Luís CS Caballero Monsalve Javier | Javier Becerra Cruz Pabón Cayetano Cruz Miranda Stivenson Caro Arias Gerardo Macías Rocha Albeiro Talaigua Hernández Jesús Rico Cruz Omar Maldonado Sandoval Freddy Castilla Pava Daza Barreto Ramiro |

Por este hecho se inició investigación penal a cargo de Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar contra un coronel, dos mayores y a dos suboficiales, por los delitos de homicidio culposo, lesiones personales culposas, omisión en el abastecimiento y desobediencia.

Mediante providencia del 17 de abril de 2007 se resuelve la situación jurídica de los implicados, se abstiene de imponer medida de aseguramiento contra los oficiales y se impone medida consistente en detención preventiva en contra del Sargento Primero LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO por los presuntos delitos de homicidio culposo, lesiones personales culposas y desobediencia, y contra el Sargento Segundo JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL por los presuntos delitos de homicidio culposo, lesiones personales culposas.

Estos eran orgánicos del Batallón No. 15 "Santander".

Lo anterior en vista de que se encontró probado que los antes mencionados, en su calidad de comandantes de las escuadras involucradas en la masacre, habían recibido la orden de no estar a la hora de los hechos en ese sitio, para evitar rutinas aprovechables por el enemigo.

3.1.2 ACERCA DEL PROCESO EN QUE SE IMPUSO LA CONDENA AL ESTADO

Los señores AIDENIS SIERRA GALVIS y otros mediante varios procesos exigieron el reconocimiento del pago por los daños morales y materiales sufridos con ocasión de la muerte de los uniformados ALBEIRO MACIAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE, en hechos ocurridos entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2006 en el sector de "El Alto del Pozo", en límites de la jurisdicción de los municipios de Abrego y Villa Caro en el Departamento de Norte de Santander, presentando demanda de reparación directa que fue conocida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cúcuta, quien mediante fallo del 30 de septiembre de 2013 declaró responsable a la demandada, como consecuencia de los perjuicios causados a los demandantes, decisión que fue conciliada entre las partes como consta en acta del 20 de febrero de 2014, proceso radicado 54001-33-31-012-2007-00077-00.



3.1.3 ACERCA DEL PAGO DE LA CONDENA Y COMITÉ DE CONCILIACIÓN

Mediante Resolución 6342 del 18 de julio de 2016 el Ministerio de Defensa Nacional ordenó el pago de la condena por valor de \$1.314.868.036,57.

La Tesorería Principal del Municipio de Defensa certifica haber cancelado la suma de \$1.314.868.036,57 a través del Tesoro Nacional mediante transferencia a las cuentas del Banco BCSC 21500208945 y 215004311257 cuyos titulares eran los doctores WILBER ARMANDO ACEVEDO LEÓN y RAQUEL BETTER GIL, abogados autorizados por los demandantes para recibir el pago correspondiente.

El Comité de Conciliación y Defensa Judicial del Ministerio de Defensa Nacional en sesión del 24 de noviembre de 2016 autorizó repetir en contra los señores LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, por considerar que la conducta desplegada por estos militares fue gravemente culposa.

3.2 PRETENSIONES

Las pretensiones han sido planteadas de la siguiente forma:

"PRIMERA: Que se declare responsable a los señores LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, por los perjuicios ocasionados a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, como consecuencia de la condena proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cúcuta, mediante fallo de 30 de Septiembre de 2013, y conciliada entre las partes el 20 de Febrero de 2014, proceso bajo el expediente No. 54001333100120070007700, donde se le imputó a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, la responsabilidad por la muerte de los Soldados Profesionales ALBEIRO MACIAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y el Cabo Segundo JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE, en hechos ocurridos el 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2006, en el sector de "El Alto del Pozo", en límites de la jurisdicción del Municipio de Abrego y Villa Caro del Departamento de Norte de Santander.

SEGUNDA: Que se condene a los demandados señores LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, por los perjuicios ocasionados a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL, a cancelar la suma de OCHOCIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO CON 16 M/CTE. (\$808.527.775.16), a favor de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, suma que pagó esta entidad por concepto de capital (SIN INTERESES), a favor de los doctores Wilber Armando Acevedo León y Raquel Better Gil Roberto Fernando Paz Salas, mediante Resolución No. 6342 de fecha 18 de Julio de 2016, en cumplimiento a la condena proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cúcuta, mediante fallo de 30 de Septiembre de 2013, y conciliada entre las partes el 20 de Febrero de 2014, proceso bajo el expediente No. 54001333100120070007700.

TERCERA: Que se condene a los señores LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELAN DIA BERNAL, al pago de los intereses comerciales a favor de LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, desde la ejecutorio de la providencia que ponga fin al presente proceso, hasta que se verifique el cumplimiento de la obligación impuesta.



CUARTA: Que se ajuste la condena tomando como base el índice del - precio al consumidor."

3.3 FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se invocan como fundamentos de derecho el Inciso Segundo del Artículo 90 de la Constitución Política, norma que consagra la filosofía jurídica de ampliar la responsabilidad estatal hacia su agente, con el fin de recuperar para aquel, el monto proporcional de los perjuicios imputables al autor del hecho en cuestión.

La Ley 678 de 2001 "Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la Acción de Repetición o de Llamamiento en Garantía con Fines de Repetición" en el Numeral 10 del Artículo 6º se refiere a la "violación manifiesta e inexcusable de las normas de Derecho" y en el Numeral 4 del Artículo 5º, indica que existe dolo cuando el funcionario público ha sido declarado penal o disciplinariamente responsable por los mismos hechos que sirvieron de fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por consiguiente, el ejercicio de esta acción busca asegurar los principios de moralidad y eficiencia, además de recuperar una gran parte del valor cancelado por el Estado consecuencia del fallo de uno de sus agentes.

3.3.1 CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN CONTRA DEL DEMANDADO EN ESTE PROCESO

El proceso adelantado ante el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cúcuta finalizó con sentencia del 30 de septiembre de 2013, condenando a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional bajo el título de imputación de falla del servicio, considerando que se encontró acreditado el comportamiento negligente y descuidado de la demandada en cuanto a la atención del deber de protección y seguridad que ha de brindar a sus funcionarios para el momento del hecho dañoso, dándose los presupuestos necesarios para establecer que entre el daño y la falla del servicio existió nexo de causalidad. Se dice en la providencia:

"(...) En el caso bajo estudio, los soldados profesionales víctimas, atendiendo a las pruebas y a los hechos comprobados, el juzgado encuentra que el hecho dañoso no obstante que estuvo ligado por acción directa del enemigo estando en servicio, ha sido causado por falta del servicio como se encuentra demostrada con las pruebas antes reseñadas (...)"

"(...) El juzgado halló en el expediente pruebas que respaldan la afirmación de los demandantes; elemento de juicio que permite admitir que, efectivamente, el día de los hechos en los que perdieron la vida 17 militares fue consecuencia de falencias del servicio, ya que como bien lo ha sostenido el H. Consejo de Estado "que es distinto que un soldado voluntario resulte lesionado a consecuencia de un ataque de grupos ilegales, a que resulte lesionado a consecuencia de una irregularidad estatal, pues el riesgo que asumió el soldado voluntario al ingreso al Ejército, no fue el de la espera futura de los equívocos del Estado o la imposición irregular al soldado voluntario a la exposición a un riesgo mayor al normal, propio de la actividad que se desarrolla como militar en servicio (...)"

Concluye el Despacho:

"Conforme al acervo probatorio, se reitera, que tiene respaldo en la prueba aportada y recaudada, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a la entidad demanda, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero -grupo



subversivo- ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctico, que sigue residiendo en el resultado mismo atribuible al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho".

3.3.2 ANÁLISIS DEL DOLO Y/O CULPA GRAVE

El objeto de la Ley 678 de 2001 es que los servidores o exservidores públicos respondan patrimonialmente por los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones. La doctrina define el dolo como "la intención dirigida por el agente del Estado a realizar la actividad generadora del daño", y la culpa grave "como aquella conducta descuidada del agente estatal, causadora del daño que hubiera podido evitarse con la diligencia y cuidado que corresponde a quien debe atender dicha actividad en forma normal."

Desde el punto de vista subjetivo el dolo y la culpa grave deben ser probados y no pueden presumirse, debiendo individualizarse la responsabilidad a fin de identificar el funcionario que actuó con culpa grave o dolo.

Igualmente, la Ley 678 define claramente que "La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado", y se habla de conducta gravemente culposa "cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la Ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones."

Se tiene entonces que la conducta de los funcionarios siempre tiene que estar regida por los principios de moralidad y eficacia en el cumplimiento de sus funciones.

El Numeral 4 del Artículo 5 de la Ley 678 de 2001 indica que existe dolo cuando el funcionario público ha sido declarado penal o disciplinariamente responsable de los mismos hechos que sirvieron de fundamento para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado.

La Corte Constitucional en Sentencia C-965 de 2003 indica que se debe tener claro que una es la responsabilidad del Estado y otra la de sus agentes, pues la responsabilidad del Estado sobreviene de la antijuridicidad del daño, mientras que la responsabilidad del agente ocurre bien sea por acción o por omisión, que trae como consecuencia el daño que da lugar a la condena, bien sea porque fue dolosa o gravemente culposa.

En sentencia del 10 de noviembre de 2005 el Consejo de Estado señaló:

"(i) que el Estado se encuentra obligado a repetir contra sus agentes, siempre que se dicte una condena a su costo y cuando se hubiere acreditado que el agente que dio lugar a ella actuó con dolo o culpa grave; y (ii) que los agentes estatales que ocasionen un daño deben responder patrimonialmente, siempre y cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo del agente".



Si bien el Estado está obligado a repetir contra el funcionario que da origen a la declaración de responsabilidad, esta repetición se debe hacer identificando plenamente la agente o funcionario sobre el cual se pretende repetir, por cuanto el juez va a observar que la entidad haya sufrido una condena en su contra y que el funcionario haya realizado una conducta dolosa o gravemente culposa.

La repetición, es una acción patrimonial que se ejerce contra el servidor o exservidor público que en virtud de su conducta haya dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente bien fuera de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, y que busca garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo que le son inherentes.

Al tenor de lo previsto por la Ley 678 de 2001 y de conformidad con los criterios jurisprudenciales, para el ejercicio de la acción de repetición deben cumplirse cuatro requisitos: i) La calidad de agente del Estado y su conducta determinante en la condena, ii) la existencia de condena judicial, conciliación, transacción o cualquier forma de terminación de conflictos que genere la obligación de pagar una suma de dinero a cargo del Estado, iii) El pago efectivo realizado por el Estado, iv) La cualificación de la conducta del agente determinante del daño reparado por el Estado, como dolosa o gravemente culposa.

Se analizan a continuación estos presupuestos para el caso concreto:

A. LA CALIDAD DE AGENTES DEL ESTADO

Los señores LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, fungían para la época de los hechos como suboficiales del Ejército Nacional adscritos al Batallón No. 15 "Santander".

Los hechos se enmarcan en uno de los presupuestos de la acción de repetición, pues los demandados actuaron de forma gravemente culposa al haber desconocido la orden que se les había dado, la cual era desplazarse del sitio donde se encontraban, y al no hacerlo se expusieron a un ataque que resultó en la muerte de los militares ALBEIRO MACÍAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE, en hechos ocurridos entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2006 en el sector de "El Alto del Pozo", en límites de la jurisdicción de los municipios de Ábrego y Villa Caro en Norte de Santander.

Se evidencia que efectivamente los demandados incurrieron en culpa grave toda vez que, al desplegar un acto de desobediencia, lesionaron sin justa causa el bien jurídico tutelado del personal militar a cargo, infringiendo así de manera directa la Constitución y la Ley.

Además, los demandados en su calidad de miembros activos del Ejército Nacional, estaban en obligación de acatar las órdenes dispuestas por sus superiores.

B. EXISTENCIA DE UNA CONDENA JUDICIAL, UNA CONCILIACIÓN, UNA TRANSACCIÓN O DE CUALQUIER OTRA FORMA DE TERMINACIÓN DE CONFLICTOS QUE GENERE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR UNA SUMA DE DINERO A CARGO DEL ESTADO

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, fue condenada mediante la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cúcuta el 30 de septiembre de 2013 y conciliada el 20 de febrero de 2014 dentro del radicado 5400133310012007000700, como responsable por la muerte de los uniformados ALBEIRO MACÍAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY



CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE, en hechos ocurridos entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2006 en el sector de "El Alto del Pozo", en límites de la jurisdicción del Municipio de Abrego y Villa Caro del Departamento de Norte de Santander, situación que se ajusta a lo previsto en el Artículo 21 de la Ley 678 de 2001.

C. PAGO EFECTIVO REALIZADO POR EL ESTADO

Se encuentra acreditado el pago de la condena, pues mediante Resolución 6342 del 18 de julio de 2016 la demandante reconoció y ordenó el pago de los perjuicios causados por la muerte de los señores ALBEIRO MACÍAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE en hechos ocurridos entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2006.

El pago se realizó por parte de la entidad como consta en certificación suscrita por la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa, en la cual se indica que en efecto se dio cumplimiento a lo resuelto en la Resolución 6342 del 18 de julio de 2016, indicando que se canceló la suma de \$1.314.868.036,57 a través del Tesoro Nacional mediante transferencia electrónica a las cuentas corrientes 21500208945 y 215004311257 del Banco BCSC S.A., cuyo titulares eran los doctores WILBER ARMANDO ACEVEDO LEÓN y RAQUEL BETTER GIL, profesionales autorizados por los demandantes para recibir el pago correspondiente.

Igualmente se aporta cuenta de cobro del 12 de junio mayo (sic) de 2014, así como certificaciones bancarias del 9 y 10 de junio de 2014, documentos aportados en su momento por los mencionados profesionales.

LEGISLACIÓN Y PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL EN EL TEMA DE LA CERTIFICACIÓN DE PAGO

Sobre este punto, el Artículo 142 de la Ley 1437 de 2011 determina que la acreditación del pago se produce con la certificación de pago proferida por el pagador de la entidad.

El Artículo 142 de la Ley 1437 determina que debe acreditarse el pago, lo cual se demuestra con la certificación de pago proferida por el pagador de la entidad¹.

Así mismo resulta conveniente precisar que en este único requisito exigido por el Artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la procedencia de la acción de repetición, se ha indicado en salvamento de voto del doctor ENRIQUE GIL BOTERO lo siguiente:

¹ Artículo 142 de la ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo): "Cuando el Estado haya decidido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex - servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la Entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la Entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorera o servidor público que cumpla tales funciones en el cuál conste que la Entidad realizó el pago será prueba suficiente, para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.



"Sin lugar a dudas, las resoluciones mediante las cuales se ordena el pago, suscritas por el ordenador del gasto, o el Secretario o el Director o el jefe de presupuesto de la Entidad pública, u otro servidor público con las funciones de rigor, así como los certificados expedidos por la Entidad en los que se acreditó el pago, constituyen documentos públicos vinculantes, que contienen y reflejan la propia manifestación de voluntad de la Entidad condenada, en el sentido de hacer constar el cumplimiento de la condena. Esta clase de documentos, en la medida en que fueron emanados por funcionarios de la Entidad pública, ostentan la condición de documentos públicos, en los términos del artículo 251 del C.P.C., al señalar que: "documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención".

Y en otro de los apartes señala:

"...Como se desprende de lo anterior, resulta incuestionable la fuerza probatoria, en cuanto al pago de la condena se refiere, de las órdenes suscritas por el ordenador del gasto, el secretario, el director o el jefe de presupuesto de la Entidad. Lo anterior máxime si el ordenador del gasto y el jefe de presupuesto, de conformidad con sus funciones, se encuentran a cargo de las finanzas de la entidad, concretamente del recaudo y pago de los derechos y obligaciones de la misma..."

Con fundamento en lo expuesto, no cabe duda de que la demandante cumple a cabalidad con este presupuesto en pleno acatamiento del Artículo 142 de la Ley 1437 de 2011. Se acredita además con la cuenta de cobro presentada por el apoderado de los demandantes en reparación directa, que el dinero en efecto se consignó en la cuenta señalada por el mandatario en su cuenta de cobro, por lo tanto y para cualquier interpretación adicional por parte del Despacho, también se acredita que el dinero fue recibido por el acreedor.

D. LA CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DEL AGENTE DETERMINANTE DEL DAÑO REPARADO POR EL ESTADO, COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

En los términos del Artículo 60 de la Ley 678 de 2001 se presume la culpa grave del agente cuando su conducta corresponde a una omisión o violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

Frente a este punto, se tiene que los demandados actuaron de forma gravemente culposa al haber desconocido la orden dada por sus superiores de desplazarse del sitio en que se encontraban, pues al no tomarse esta medida, se expuso al personal militar a un ataque, ataque que resultó en la muerte de los uniformados ALBEIRO MACIAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE, en hechos ocurridos el 30 de Noviembre y 1 de Diciembre de 2006, en el sector de "El Alto del Pozo", en límites de la jurisdicción del Municipio de Ábrego y Villa Caro del Departamento de Norte de Santander.

De igual forma, se tiene que de las pruebas recaudadas en el proceso de reparación directa 54001333100120070007700, se estructuró la responsabilidad bajo el título de imputación de falla en el servicio, destacándose la investigación penal militar adelantada por el Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar, quien mediante providencia del 17 de abril de 2007 da cuenta de una serie de errores tácticos y de disciplina militar, haciendo énfasis en que el primer error de tipo táctico militar tuvo que ver con la desobediencia e inobservancia de la Orden de Operaciones Fragmentaria No. 098 "Estaño", que de acuerdo con lo allí ordenado, la Unidad atacada en el Cerro el Alto del Pozo, debía haberse desplazado el 30 de noviembre de 2006 hacia el sector conocido como "La Curva" a partir de las 18:00 horas, luego para la hora en que ocurrió el ataque, hacia



las 22:30, el grupo militar no debía estar en ese lugar sino realizando el desplazamiento, situación que no fue así, y que conllevó al desafortunado hostigamiento.

En la providencia del 17 de abril de 2007 proferida por el Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar se indica:

"Según lo obrante y demostrado como se encuentra con las declaraciones y las indagatorias el Homicidio de los diecisiete (17) militares y las lesiones de tres soldados profesionales más, fue la consecuencia de la actitud negligente de los sindicados anteriormente señalados al no montar el dispositivo de seguridad conforme a lo ordenado en las normas y reglamentos militares de acuerdo con la preparación que ostentaban los citados suboficiales, el primero sargento Primero Osorio Giraldo Luis Fernando en su calidad de Comandante de Pelotón y más antiguo en el sector del Alto del Pozo, y quien debía hacer entrega del área bajo su mando al señor sargento segundo VELANDIA BERNAL JULIO ALEXANDER, con fundamento en los siguientes lineamientos, que debían haberse tenido en cuenta para seguridad de base militar del Alto del Pozo..."

En este caso se observa que la causa del resultado fue la culpa grave, documentada tanto en el proceso contencioso como en el penal militar en la que incurrieron los suboficiales ahora demandados, al no acatar las órdenes de sus superiores, lo que generó un error táctico que fue aprovechado por el enemigo.

Por ende, se causó un daño particular como fue la muerte de los uniformados ALBEIRO MACIAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS y JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE, daño antijurídico que reúne las calidades de cierto, particular, anormal y que se encuentra protegido por el derecho, presentándose también el nexo de causalidad, pues el hecho se produjo como consecuencia de un desafortunado error por parte de los suboficiales demandados, pues obedeció a un error táctico.

Así establecidos los presupuestos de la acción, la demandante al hacer uso del medio de control de repetición, cumple a cabalidad los presupuestos señalados en las leyes 678 de 2001, 1437 de 2011, precedente jurisprudencial y demás disposiciones al respecto.

4. LA DEFENSA

La parte demandada descurre el traslado de la siguiente forma:

4.1 ACERCA DE LOS HECHOS RELEVANTES

La curadora ad litem señaló que no posee elementos de juicio para aceptar o controvertir los hechos de la demanda, por lo que se atiene a lo que resulte probado en el proceso.

4.2 ACERCA DE LAS PRETENSIONES

La curadora ad litem manifestó que no se opone ni se allana a las pretensiones al carecer de elementos de juicio o probatorios, no obstante, solicita que se declare probada de oficio cualquier excepción que se estructure probatoriamente.



5. TRÁMITE

Las principales actuaciones dentro del proceso se surtieron de la siguiente forma:

| Actuación | Fecha |
|------------------------|------------|
| Admisión de la demanda | 2017/03/16 |
| Audiencia inicial | 2020/08/26 |
| Audiencia de pruebas | 2021/10/27 |
| Al Despacho para fallo | 2021/11/16 |

Se produjo la suspensión de términos judiciales de la siguiente forma durante el año 2020:

| Acuerdo | Fecha | Desde | Hasta |
|---|------------|------------|------------|
| PCSJA20-11517 Consejo Superior de la Judicatura | 15/03/2020 | 16/03/2020 | 20/03/2020 |
| PCSJA20-11518 Consejo Superior de la Judicatura | 16/03/2020 | 16/03/2020 | 20/03/2020 |
| PCSJA20-11521 Consejo Superior de la Judicatura | 19/03/2020 | 21/03/2020 | 03/04/2020 |
| PCSJA20-11526 Consejo Superior de la Judicatura | 22/03/2020 | 04/04/2020 | 12/04/2020 |
| PCSJA20-11532 Consejo Superior de la Judicatura | 11/04/2020 | 13/04/2020 | 26/04/2020 |
| PCSJA20-11546 Consejo Superior de la Judicatura | 25/04/2020 | 27/04/2020 | 10/05/2020 |
| PCSJA20-11549 Consejo Superior de la Judicatura | 04/05/2020 | 11/05/2020 | 24/05/2020 |
| PCSJA20-11556 Consejo Superior de la Judicatura | 22/05/2020 | 25/05/2020 | 08/06/2020 |
| PCSJA20-11567 Consejo Superior de la Judicatura | 05/06/2020 | 08/06/2020 | 01/07/2020 |

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En la oportunidad para alegar de conclusión, las partes se pronunciaron de la siguiente forma:

6.1 PARTE DEMANDANTE

La parte actora se abstuvo de alegar de conclusión.

6.2 PARTE DEMANDADA

El alegato de conclusión de la parte demandada fue planteado de la siguiente forma:

"Efectivamente el Señor Sargento primero OSORIO GIRALDO LUIS FERNANDO, incurrió en la comisión del punible de DESOBEDIENCIA, al no dar cumplimiento a lo ordenado en la orden de operaciones No. 098 Estaño de fecha noviembre 28 de 2006, salir con su pelotón Ayacucho dos en infiltración a las dieciocho horas, con destino al sitio la curva. Con esto se puede determinar que el citado suboficial incumplió ordenes legítimas del servicio que les había sido impartidas por sus superiores y en especial por el superior inmediato el Mayor Oficial de sección tercera ESTUPIÑÁN SEPÚLVEDA FABIO ROBERTO.

Las ordenes incumplidas por el hoy demandado, eran del perfecto conocimiento del mismo, tal y como los procesados lo manifestaron en las respectivas diligencias de indagatorias que les fuera recepcionada.

El demandado sabía, conocía y había recibido la orden de salir del sitio del Alto del Pozo, a las dieciocho horas, y con conocimiento de causa, no cumplió con la orden señalada y como consecuencia de ello, perdió diez de sus hombres, ante su aptitud



negligente y omisiva de haber cumplido con lo ordenado y por ende no haber dispuesto de los mecanismos de seguridad necesarios para la seguridad de sus hombres y la del pelotón entrante como suboficial más antiguo y que aun ostentaba el mando en el sitio de los hechos.

Hasta aquí lo expuesto su Señoría, pues con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra la existencia de los indicios graves de responsabilidad del demandado y la negligencia del Señor LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO en su proceder, por lo tanto, su Señoría, quedan presentados mis ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.”

7. CONCEPTO DE LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto en el presente caso.

8. CONSIDERACIONES

Pasa a resolverse el problema jurídico y a emitirse pronunciamiento de fondo acerca de las pretensiones de la demanda.

8.1 TESIS DE LAS PARTES

La autoridad accionante sostiene que los demandados incurrieron en conducta gravemente culposa al desconocer sus órdenes de desplazamiento e incurriendo en un error táctico que permitió que el enemigo aprovechara la situación y provocara la muerte de varios efectivos del Ejército Nacional.

La parte demandada, representada por curador ad litem indica que no le constan los hechos de forma que pueda pronunciarse acerca de ellos.

8.2 PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente caso consiste en establecer si los suboficiales del Ejército Nacional demandados, incurrieron en dolo o culpa grave en los hechos en virtud de los cuales se produjo una condena al Estado, y consistentes la muerte de varios uniformados del Ejército Nacional entre el 30 de noviembre y el 1 de diciembre de 2006, como consecuencia de hostigamiento por parte de grupos al margen de la ley.

Específicamente, se indica que los demandados actuaron desconociendo órdenes directas, en virtud de las cuales tendrían que haberse desplazado al lugar en que se encontraban, pues ello implicaba la generación de un riesgo en virtud de la vulnerabilidad que surge de la rutina en zonas de orden público.

8.3 ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

La acción de repetición exige el cumplimiento de varios presupuestos que a continuación se analizan.

8.3.1 CALIDAD DE AGENTES DEL ESTADO

Sobre este particular, se tiene que la demanda está dirigida contra los ciudadanos LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, quienes indica la parte actora eran para la época de los hechos suboficiales del Ejército Nacional.



No obstante, no se indica en la demanda cuáles son los números de cédula de ciudadanía de estos uniformados, ni se aportan certificados laborales en los que conste que estas personas eran parte del Ejército Nacional para la época de los hechos y se encontraban cumpliendo funciones relacionadas con los mismos.

8.3.2 EXISTENCIA DE UNA CONDENA

En el presente caso correspondería a la conciliación de la condena impuesta por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Norte de Santander, proferida el 30 de septiembre de 2013 dentro del radicado 54001-33-31-001. 2007-0077, 2007-00065, 2007-00075, 2007-00079, 2007-00151, 2008-00094 y 2008-00209 ACUMULADOS.

En dicha providencia se dispuso lo siguiente:

"FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, responsable administrativa y patrimonialmente de la muerte de los señores ALBEIRO MACÍAS ROCHA, JAIR BECERRA, JESÚS TALAIGUÁ HERNÁNDEZ, FREDDY CASTILLA PAVA, RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO, GERARDO CARO ARIAS Y JAVIER CABALLERO MONSALVE (Q.E.P.D.); en hechos ocurridos el 30 de noviembre y 01 de diciembre de 2006, en el Sector de "El Alto del Pozo" en límites de la jurisdicción entre el Municipio de Abrego y Villa Caro del Departamento Norte de Santander, conforme a lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, CONDÉNASE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, a reconocer y pagar a favor de los demandantes o a quien o quienes sus derechos representen, las siguientes sumas de dinero.

POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES

POR LA MUERTE DE:

❖ *ALBEIRO MACÍAS ROCHA*

PRIMER GRUPO FAMILIAR

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|--|-----------|------------------------------------|--|------------------|------------------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Aldenis Sierra Galvis | Compañera | 100 S.M.M.L. | \$80.223.752,41 | \$149.753.698,30 | \$223.977.450,70 |
| Johnatan Andrés Macías Sierra | Hijo | 100 S.M.M.L. | \$80.223.752,41 | \$90.119.728,35 | \$170.343.480,80 |
| Francisco Macías Cañas | Padre | 100 S.M.M.L. | | | |
| Flor María Rocha Salas | Madre | 100 S.M.M.L. | | | |
| Isaura, Annis, María Erosilda y Pablo Macías Rocha | Hermanos | 35 S.M.M.L. para cada uno de ellos | | | |

❖ *JAIR BECERRA*

SEGUNDO GRUPO FAMILIAR

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|---------------------|---------|--------------------|--|--------|-------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| María Anyul Becerra | Madre | 100 S.M.M.L. | | | |



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|---|----------|------------------------------------|--|--------|-------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Carlos Andrés, Ana Josefa, Gustavo Anyul, Carmen Rosa, Alejandra Becerra e Imar Carrascal Becerra | Hermanos | 35 S.M.M.L. para cada uno de ellos | | | |

❖ **JESÚS TALAIGUA HERNÁNDEZ**

TERCER GRUPO FAMILIAR

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|--------------------------------|---------|--------------------|--|--------|-------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Rosa Amelia Talaigua Hernández | Hermana | 35 S.M.M.L. | | | |

❖ **FREDDY CASTILLA PAVA**

CUARTO GRUPO FAMILIAR

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|--|----------|------------------------|--|--------|-----------------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Mélida Pava Pérez | Madre | 100 S.M.M.L. | \$20.659.852,45 | | \$20.659.852,45 |
| Ricardo Pérez Pava, Noreisi Castilla Pava y Kelby Johana Cárdenas Pava | Hermanos | 35 S.M.M.L. a cada uno | | | |
| Ana Leonor Pérez Trillos | Abuela | 50 S.M.M.L. | | | |
| Luz Mery Arias Pérez | Tía | 35 S.M.M.L. | | | |

❖ **RAMIRO ENRIQUE DAZA BARRETO**

QUINTO GRUPO FAMILIAR

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|--------------------------|-----------|--------------------|--|-----------------|-----------------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Rosa Emilse Rojas Rivera | Compañera | 100 S.M.M.L. | \$27.834.945,54 | \$52.824.506,35 | \$80.659.451,89 |
| Yojan Yaid Daza Rojas | Hijo | 100 S.M.M.L. | \$27.834.945,54 | \$31.405.139,29 | \$59.240.084,83 |
| Karol Juliana Daza Rojas | Hija | 100 S.M.M.L. | \$27.834.945,54 | \$36.865.384,25 | \$64.700.329,79 |

❖ **GERARDO CARO ARIAS**

SEXTO GRUPO FAMILIAR

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|---|----------|---------------------------------|--|--------|-------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Catalina Arias Contreras | Madre | 100 S.M.M.L. | | | |
| Luis Alberto Caro | Padre | 100 S.M.M.L. | | | |
| Rubén Darío, Luis Albert y Lesly Vanessa Caro Arias | Hermanos | 35 S.M.M.L. a cada uno de ellos | | | |

❖ **JAVIER AUGUSTO CABALLERO MONSALVE**

SÉPTIMO GRUPO FAMILIAR



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO

-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

| Actor | Calidad | Perjuicios morales | Perjuicios Materiales Lucro Cesante | | |
|--|-----------|---------------------------------|--|------------------|------------------|
| | | | Consolidado | Futuro | Total |
| Alexandra Patricia Flórez García | Compañera | 100 S.M.M.L. | \$77.094.450,85 | \$144.656.840,40 | \$221.751.291,00 |
| Javier Alexander Caballero Flórez | Hijo | 100 S.M.M.L. | \$77.094.450,85 | \$70.914.507,35 | \$148.008.958,20 |
| Isleny Magaly Caballero Flórez | Hija | 100 S.M.M.L. | \$77.094.450,85 | \$79.283.772,15 | \$156.378.223,00 |
| Heliodoro Caballero | Padre | 100 S.M.M.L. | | | |
| Myriam Monsalve Galvis o Myriam Monsalve de Caballero | Madre | 100 S.M.M.L. | | | |
| José Manuel Monsalve Reyes | Abuelo | 50 S.M.M.L. | | | |
| Flor María Galvis Muñoz o Flor de María Galvis de Monsalve | Abuela | 50 S.M.M.L. | | | |
| Zaira Paola y Julián David Caballero Monsalve | Hermanos | 35 S.M.M.L. a cada uno de ellos | | | |

El Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, corresponde al de la fecha de ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: La NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

CUARTO: DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia, EXPÍDANSE copias auténticas con destino a las partes, a su costa, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: Si no fuere apelada la presente, providencia, CONSULTESE ANTE EL SUPERIOR.

SEPTIMO: Una vez en firme la presente providencia, DEVUELVASE a la parte actora el valor consignado como gastos ordinarios del proceso o su remanente, si lo hubiere y ARCHÍVESE el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

OCTAVO: RECONOZCASE a la Doctora DIANA MARCELA VILLABONA ARCHILA, como apoderada judicial de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra en autos." (Sic)

En audiencia del 20 de febrero de 2014, celebrada ante el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cúcuta, se resolvió aprobar acuerdo conciliatorio en los siguientes términos:

"RESUELVE: PRIMERO: APRUÉBASE el acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL y los señores demandantes dentro de los procesos radicados bajo números: 54001-33-31-001. 2007-00077-00 ACUMULADOS 2007-00065, 2007-00075, 2007-00079, 2007-00151 - 2008-00094 y 2008-000209, beneficiarios de la Sentencia de condena de fecha treinta (30) de septiembre de 2013, representados por el Doctor WILBER ARMANDO ACEVEDO LEÓN, apoderado judicial, según decisión tomada en sesión de Comité de Conciliación de fecha 31 de enero del 2014. SEGUNDO: La conciliación aquí aprobada se cancelará por la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, dentro de los dieciocho (18) meses, como plazo máximo, contados a partir de la ejecutoria del auto que apruebe la conciliación, devengando intereses moratorios a



partir de la fecha de ejecutoria del auto que aprueba la presente conciliación hasta el pago efectivo y total de la obligación. TERCERO: DESE POR TERMINADO LOS PROCESOS RADICADOS BAJO LOS NÚMEROS 54001-33-31-001. 2007-00077-00 ACUMULADOS 2007-00065, 2007-00075, 2007-00079, 2007-00151 - 2008-00094 y 2008-000209, por conciliación total e integral celebrada entre las partes, conforme a lo establecido en la Ley 446 de 1998. CUARTO: DEVUELVASE a la parte actora la suma que fue consignada para gastos del proceso, o su remanente, si a ello hubiere lugar. QUINTO: Previo pago de las expensas requerida, EXPIDANSE las copias auténticas solicitadas. Igualmente, expídase constancia ejecutoria, vigencia del poder y primera copia que preste mérito ejecutivo de las referida Sentencia y del Acta de Conciliación y su auto aprobatorio, conforme lo reglado en el inciso segundo del artículo 115 del C. de P.C. HÁGASE entrega de las referidas copias y constancias solicitadas a la Señorita SANDY YURLEY GUTIERREZ SARMIENTO, quien para el efecto fue autorizada por el señor apoderado judicial de la parte actora. SEXTO: NOTIFIQUESE la presente decisión en ESTRADOS. SEPTIMO: Cumplido lo anterior, ARCHIVASE el presente proceso.” (Sic)

Se tiene entonces por acreditado este requisito, en tanto existió sentencia condenatoria y conciliación de sus efectos ante autoridad judicial competente.

8.3.3 PAGO EFECTIVO REALIZADO POR EL ESTADO

Se aportó con la demanda copia de la Resolución 6342 del 18 de julio de 2016 “Por la cual se da cumplimiento a una Conciliación a favor de AIDENIS SIERRA GALVIS Y OTROS”, cuya parte resolutive consigna lo siguiente:

RESUELVE:

ARTICULO 1º.- Reconocer, ordenar y autorizar el pago de la suma de UN MIL TRESCIENTOS CATORCE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TREINTA Y SEIS PESOS CON 57/100 M/CTE (\$1,314,868,036.57), en la forma como quedó expuesta en la parte motiva a favor de la señora AIDENIS SIERRA GALVIS Y OTROS, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.514.760, a través de los apoderados Doctor WILBER ADO ACEVEDO LEON, identificado con cédula de ciudadanía No.91.475.761 de Bucaramanga (Santander) y portador de la Tarjeta Profesional No. 112210 del Consejo Superior de la Judicatura y la Doctora RAQUEL BETTER GIL, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.759.658 de Envigado (Antioquia), y portadora de la Tarjeta Profesional No. 115373 del Consejo Superior de la Judicatura.

ARTICULO 2º.- La Tesorería Principal de la Dirección Administrativa del Ministerio de Defensa Nacional-Gabinete, pagará la suma liquidada previo los descuentos de ley con cargo al rubro presupuestal de sentencias mediante consignación así:

- *La suma de QUINIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTISIETE MIL SETENTA Y SIETE PESOS CON 49/100 M/CTE (\$563,827.077.49), a favor del Doctor WILBER ARMADO ACEVEDO LEON, identificado con cédula de ciudadanía No.91.475.761 de Bucaramanga (Santander), en la cuenta corriente No.21500208945 del Banco BCSC S.A., cuyo comprobante reemplazará en sus efectos al paz y salvo que expide la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa Nacional.*
- *La suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES CUARENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS CON 08/100 M/CTE (\$751,040,959.08), a favor de la Doctora RAQUEL BETTER GIL, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.759.658 de Envigado (Antioquia), en la cuenta*



corriente No. 21500431257 del Banco BCSC S.A., cuyo comprobante reemplazará en sus efectos al paz y salvo que expide la Tesorería Principal del Ministerio de Defensa Nacional.

ARTICULO 3º.- Contra la presente resolución no procede recurso alguno por la vía gubernativa, por tratarse de un acto de ejecución (Artículo 75 del CPACA).

ARTÍCULO 4º.- La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.”

Se tiene entonces que se ha ordenado el pago y no se ha desvirtuado que este haya sido efectivamente recibido por los beneficiarios de la conciliación.

8.3.4 CUALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA COMO DOLOSA O GRAVEMENTE CULPOSA

Frente a este punto, se tiene que la demandada indica que la conducta que dio lugar al hecho dañoso y que se tiene como falla del servicio, consistiría en la omisión de los demandados en su calidad de suboficiales del Ejército Nacional, de movilizar las escuadras a su cargo en el momento en que se había dispuesto, de forma que incurrieron en desobedecimiento directo de las órdenes impartidas y dieron lugar a un error táctico que fue aprovechado por el enemigo, resultando en el hostigamiento que causó un gran número de bajas.

Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que no se aportan medios de prueba tendientes a demostrar que se impartieron tales órdenes, que estas fueron puestas en conocimiento de los ahora demandados y que además si tal incumplimiento se produjo, este no fue inexcusable.

En efecto, no se aporta prueba que permita concluir que la conducta fue dolosa, pues solamente se aportó copia de una providencia mediante la cual se impuso una medida de aseguramiento, sin que se acreditara que los demandados fueran sancionados penal o disciplinariamente.

Frente al estado de la investigación, el Juzgado 37 Penal Militar mediante Oficio 122-/MD-DEJPM-DGDJ-J37IPM -746 del 14 de enero de 2021 señaló:

"Con toda atención me permito dar respuesta a su oficio No. 302, relacionado con la solicitud de copias de la investigación adelantada en contra de los señores, LUIS FERNANDO OSORIO GIRALDO y JULIO ALEXANDER VELANDIA BERNAL, según hechos ocurridos el día 30 de noviembre del 2006, en el sitio conocido como Alto del Pozo; se informa que revisados los libros de procesos penales, se registra la investigación bajo el radicado No. 147-06, adelantada por los hechos ocurridos el día 30 de noviembre del 2006, en el sitio conocido como Alto del Pozo jurisdicción del municipio de Abrego, Norte de Santander; por el delito de Homicidio Culposo, Lesiones Personales Culposas, Omisión en el abastecimiento y Desobediencia; en contra de, TC. SÁNCHEZ PÉREZ LUIS FERNANDO, MY. VILLEGAS FLORES CARLOS ARTURO, MY. ESTUPIÑAN SEPÚLVEDA FABIO ROBERTO; SV. OSORIO GIRALDO LUIS FERNANDO y SV. VELANDIA BERNAL JULIO ALEXANDER. La cual se encuentra archivada.

Por lo anterior se informa que, este Despacho mediante auto que antecede autoriza a su coste las copias de la investigación, dejándola a su disposición en la Secretaría de este Juzgado; en el entendido que no se cuenta con la papelería suficiente para la expedición de las mismas, al igual que no se cuenta con escáner, toda vez que el proceso contiene veinticinco 25 cuadernos, cada uno con 200 folios útiles.”



La parte actora se abstuvo de suministrar las copias del expediente del proceso penal.

Igualmente, se abstuvo de aportar copia del expediente del proceso adelantado ante el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cúcuta, por lo que no se cuenta con los medios de prueba de los que se valió el juez del proceso ordinario para concluir que se produjo una falla del servicio.

De lo consignado en la parte considerativa de la sentencia se destaca lo siguiente:

"En la demanda se reprocha a la Nación, que la muerte de los soldados profesionales y un Cabo Segundo, estando en cumplimiento de funciones propias del servicio, es decir custodiando y vigilando la torre de comunicaciones Bitacora 2 en el sitio del Alto del Pozo en jurisdicción del Municipio de Abrego Norte de Santander, fueron sorprendidos por guerrilleros, siendo masacrados 2 suboficiales y 15 soldados, que tuvo su causa en falla del servicio debido a los errores de tipo táctico, logístico y de disciplina militar que se traducen en la no adopción de las medidas necesarias exigidas en una zona de orden público complicada, y con la consabida presencia de grupos al margen de la ley, como se incorporó en la Orden de Operaciones Fragmentaria N° 098 "ESTAÑO". Este hecho, según los términos de la demanda causó un daño que legalmente los demandantes no estaban obligados a soportar motivo - antijuridicidad- por el cual el Estado tiene el deber constitucional de indemnizarlos plenamente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 90.

Con los informes del 03 de diciembre de 2006 suscritos por el Comandante Segundo Pelotón Compañía Ayacucho y del Comandante (E) Segundo Pelotón Compañía Deluyer, que obran en los procesos Nos. 2007-00065, 2007-00075, 2007-00079, 2007-00151 y 2008-00209 acumulados, se da cuenta sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar como sucedieron los hechos, ocurridos el 30 de noviembre del citado año 2006 donde resultaron muertos varios militares.

A su vez en el informe también del 03 de diciembre de 2006, del Comandante Batallón Santander, dirigido al Comandante Trigésima Brigada, se le pone en conocimiento sobre los hechos sucedidos el 30 de noviembre del referido año 2006 y de las gestiones adelantadas, consignándose lo siguiente:

"(...)

Ya posteriormente como a eso de las 23:30 por persistencia del Oficial S3 el señor Sargento Viceprimero Osorio contesta el celular quien me informó sobre algunos disparos que se estaban escuchando en la parte de arriba del cerro del Alto el Pozo donde el tenía dos escuadras de soldados profesionales, acompañadas de una escuadra de soldados regulares.

Ante este reporte y ausencia de comunicación con la parte alta del cerro le insistí al SARGENTO VICEPRIMERO OSORIO sobre su apreciación acerca de lo que estaba pasando arriba y el me manifestó que seguramente era un hostigamiento pero que no se volvió a escuchar nada, siempre con una información muy vaga, insegura y poco puntual, razón por la cual tome la decisión junto al Oficial de operaciones de desplazarnos con un pelotón de reserva de la compañía Córdoba hasta el Alto el Pozo para verificar lo que realmente estaba sucediendo.

Cuando se llegó allí, aproximadamente a las 02:15 AM del día 1 de Diciembre, al preguntar a las tropas del Grupo Meteoro que había pasado, no había



claridad ni precisión sobre lo realmente sucedido, limitando los comentarios tan solo a indicar que no se había vuelto a escuchar nada.

(...)

Es así como aproximadamente a las 03:00 se efectuó el apoyo y a las 05:00 inició a subir con el pelotón de Córdoba 1 donde a la mitad del cerro encontré 03 soldados muertos, los cuales ya se encontraban sin armamento de dotación dificultando en igual forma el ascenso, la circunstancia de encontrar varios campos minados sobre esa trocha hizo más demorado el ascenso.

Ya en la parte alta me encontré con un sin número de cadáveres de soldados asesinados por los bandidos en diferente puntos del área del vivac y otros tantos sobrevivientes de los pelotones...

dejando en claro que los dos comandantes de pelotón incumplieron un sin número de ordenes emitidas a fin de evitar este fracaso partiendo de la misma orden que había impartido el Oficial de Operaciones por instrucciones más consistentes en iniciar movimiento Ayacucho dos a partir de las 18:00 horas con dirección a la curva a fin de darle movilidad al dispositivo y evitar el atrincheramiento de la tropa.

Por otra parte durante mi estadía en el sitio de los hechos pude evidenciar la falta de responsabilidad de los comandantes de pelotón, quienes incumplieron las órdenes dadas con anterioridad, las cuales demostraré durante el desarrollo de la investigación.

(...)"

Por su parte obra en los procesos Nos. 12007-00065 y 2007-00075, se observa la Orden de Operaciones Fragmentaria N° 098 "ESTAÑO", suscrita por el Oficial de Batallón de Infantería N° 15 SANTANDER, del 28 de noviembre de 2006 N° 5178 DIV2-BR30-BISAN-S3-OP-375, de COBISAN Referencia: "PLAN DE CAMPAÑA CARTA NORTE DE SANTANDER CARTA SANTANDER. 1 ORGANIZACIÓN PARA EL COMBATE 2PEL CP. "A" SV. OSORIO GIRALDO LUIS FERNANDO (0-4-33) 2 PEL CP "D" SS. VELAN DIA BERNAL ALEXANDER (00-3-30), en donde se indica:

"2. SITUACION

a. Enemigo:

En el área encontramos bandoleros de la ONT-FARC, ELN, EPL integrantes de las BANDAS DELINCUENCIALES AL SERVICIO DEL NARCOTRAFICO Y DELINCUENCIA COMÚN ORGANIZADA y algún otras disidencias en una cantidad no determinadas, las cuales están en capacidad de efectuar acciones terroristas..., especialmente en aquellos lugares o puntos límites entre unidades tácticas, donde realizan presencias esporádicas incidiendo negativamente en el normal funcionamiento del transporte terrestre atentado contra la economía y seguridad democrática principal objetivo del gobierno nacional."

INSTRUCCIONES DE COORDINACION

- 1.- Salida del personal en la infiltración 18:00 horas*
- 2.-*
- 3.-*
- 4.-*
- 5.-*



06.-Extremar las medidas de seguridad con el personal, verificando durante el descanso y al final de los movimientos el dispositivo de seguridad y el plan de reacción y contraataque.

12. se debe tener un escrito control con el personal de soldados y saber a todo momento que están haciendo los soldados.

Precisamente, algunos de los reparados que hace la parte actora, es que se presentaron una serie de errores tácticos y de disciplina militar, de los que se derivan la responsabilidad de la entidad demandada, bajo el título de falla del servicio y riesgo excepcional, haciendo énfasis en que el primer error de tipo táctico militar, tuvo que ver con la desobediencia e inobservancia de la Orden de Operaciones Fragmentaria N° 098" ESTAÑO", que de acuerdo con lo allí ordenado, la Unidad atacada en el cerro el Alto del Pozo, debería haber realizado desplazamiento ese mismo 30 de noviembre de 2006 hacía el sector conocido como la curva, a partir de las 18:00 horas, luego para la hora en que se presentó el ataque, 2Z-3,0 el grupo militar no debía estar en ese lugar, sino realizando el desplazamiento.

A folio 152 del proceso 2007-00077, corre publicado el Oficio N° 353 MDN-JPM-F1 1 E-774 del 27 de junio de 2008 del Fiscal 11 Penal Militar de Inspección Ejército, en donde se informa que cursa proceso penal N° 161, seguido contra el TC Sánchez Pérez y otros, por el delito de homicidio culposo y otros, por los hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2006 en el sector conocido como Alto del Pozo jurisdicción del Municipio de Abrego, perdiendo la vida el soldado profesional Albeiro Macías Rocha, como resultado de un ataque perpetrado presuntamente por miembros pertenecientes a la organización terrorista FARC, informando a la vez que no se ha emitido fallo de primera ni segunda instancia, solamente se resolvió situación jurídica de los procesados, el 17 de abril de 2007 por el Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar, allegando fotocopia autenticada y que es la que obra a folios 153 a 187.

Resulta de interés conocer algunos apartes de dicha decisión, pues en ella al resolver la situación jurídica provisional de los inculpados, se hizo un análisis del material probatorio, citándose entre otras pruebas, los testimonios rendidos por los militares, la indagatoria del Teniente Coronel Luis Fernando Sánchez Pérez, de los Mayores Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda y Carlos Arturo Villegas Flórez y de los Sargentos Luis Fernando Osorio Giraldo y Julio Alexander Velandia Bernal, como de la Orden Fragmentaria N° 098 Estaño, a efectos de determinar la posible responsabilidad que se le podía endilgar a los sindicados, lográndose establecer plenamente la materialidad de la conducta, esto es, la muerte de 17 militares y heridas causadas a 3, orgánicos del Batallón Santander, a su vez se analizó la existencia del nexo causal entre la conducta del agente y el resultado lesivo y no querido por el sujeto activo, es decir que el agente obre con culpa, sea consciente o inconsciente, debiéndose presumir en la violación de reglamentos, trayendo a cuento la imprudencia o falta de previsión del resultado, siendo previsible, la impericia, violación de reglamentos, en donde se resolvió imponer medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en contra del Sargento Primero Osorio Giraldo Luis Fernando por los presuntos delitos de homicidio culposo, lesiones personales culposas y desobediencia; y al Sargento Segundo Velandia Bernal Julio Alexander por los citados delitos, excepto el de desobediencia; y se abstuvo de imponerla a los Señores Teniente Coronel Sánchez Pérez Luis Fernando y a los Mayores Estupiñan Sepúlveda Fabio Roberto y Villegas Flórez Carlos Arturo, y fue como así discurrió:

"(...)

Es decir que, salvo casos excepcionales, por aspecto de la fenomenología naturalista, no se ocasiona el resultado, porque la omisión como ya lo veremos,



no es causante, sino que, por una ficción jurídica, es considerada como causa, pues una conducta distinta habría impedido la producción de un resultado.

Suele decirse que la negligencia se tiene, no solamente por dejar de hacer algo, sino también por el modus operandi, esto es por el descuido en la propia conducta, en cuanto se obra de manera distinta a como se debería actuar, pero esto también puede verificarse por inferioridad técnica, en cuyo caso se hablará de impericia o por ligereza y se hablará de imprudencia. En cambio, si se han descuidado normas comunes de la vida civil, se hablará de negligencia.

Ahora bien en cuanto a la conducta de Desobediencia en que pudo incurrir el señor sargento Primero OSORIO GIRALDO LUIS FERNANDO Y EL SARGENTO SEGUNDO VELANDIA BERNAL JULIO ALEXANDER, se puede determinar con meridiana claridad que el señor sargento Velandia Bernal Julio Alexander, cumplió la orden de desplazarse del lugar de su ubicación el sitio la curva y bajo el mando del Pelotón D'Luyer dos con sus hombres se desplazó de acuerdo con lo ordenado por el señor Mayor Estupiñan Sepúlveda Fabio Roberto, comandante de la sección tercera al lugar del Alto del Pozo, con el fin de tomar posesión del citado cerro, más no así lo hizo el señor sargento Osorio quien según la orden de operaciones la misión era salir con sus hombres una vez hiciera entrega de la base del Alto Del Pozo, a las 18:00 horas, con el fin de tomar posesión de el sitio de la Curva, tal como esta ordenado ella Orden de Operaciones Fragmentaria N° 098 'ESTAÑO', de fecha Noviembre 28 de 2006.

Efectivamente el señor Sargento Primero OSORIO GIRALDO LUIS FERNANDO, incurrió en la comisión del punible de DESOBEDIENCIA, al no dar cumplimiento a lo ordenado en la orden de Operaciones N° 098 Estaño, de fecha Noviembre 28 de 2006, salir con su Pelotón Ayacucho dos en infiltración a las dieciocho horas, con destino al sitio la Curva. Con esto se puede determinar que el citado suboficial incumplió ordenes legítimas del servicio que les había sido impartidas por sus superiores y en especial por el superior inmediato el señor Mayor oficial de sección tercera ESTUPIÑAN SEPULVEDA FABIO ROBERTO.

Las ordenes incumplidas por el hoy sindicado, eran del perfecto conocimiento del mismo, tal y como los procesados lo manifestaron en las respectivas diligencias de indagatoria que les fuera recepcionada.

El sindicado sabía, conocía y había recibido la orden de salir del sitio del Alto de Pozo, a las dieciocho horas, y con conocimiento de causa, no cumplió con la orden señalada, y corrió consecuencia de ello, perdió diez de sus hombres, ante su actitud negligente y omisiva de haber cumplido con lo ordenado y por ende no haber dispuesto de los mecanismos de seguridad necesarios para la seguridad de sus hombres y la del pelotón entrante como suboficial mas antiguo y que aún ostentaba el mando del sitio de los hechos.

(...).

Es importante analizar frente al delito de Omisión en el Abastecimiento imputado a los señores Teniente Coronel SANCHEZ PERES LUÍS FERNANDO Y AL MAYOR VILLEGAS FLOREZ CARLOS ARTURO, lo siguiente: En primer lugar el señor sargento Osorio Giraldo Luis Fernando, manifiesta en su injurada que cuando le pidió apoyo al señor mayor Villegas Carlos Arturo, en



su calidad de Ejecutivo y Segundo Comandante del Bisan, este lo apoyo con solo setecientos sacos para construir una trinchera, que fue la de comunicaciones, y le manifestó que si se iba a gastar todo el presupuesto del Bisan, negándole el apoyo suficiente para construir una buenas defensas, lo que indica que frente a las solicitudes de apoyo para la construcción de trincheras y defensas del Alto del Pozo, no se le hizo solicitud alguna al señor Teniente Coronel Sánchez Pérez, por parte del citado suboficial Osorio, ya que según su dicho dicha exigencia fue hecha al señor mayor Villegas, razón por que no es posible hacer dicha imputación de Omisión en el Abastecimiento al señor Teniente Coronel Sánchez Pérez Luis Fernando, ya que basta en leer detenidamente la indagatoria rendida al día 20 de febrero de 2007 al señor Teniente Coronel Sánchez, en donde en forma clara este expresa cuales son sus funciones y quien ostenta las funciones en la parte administrativa, afirmando que el en su condición de Comandante del Bisan, nunca recibió solicitud alguna de costales por parte del señor Sargento Osorio, ni en forma verbal ni escrita, pese a que diariamente se realizaban programas radiales... En cuanto al mayor Villegas Flórez Carlos Arturo, este en diligencia de indagatoria afirma que apoyo al señor Osorio en la base móvil del Alto del Pozo con trescientos a cuatrocientos costales terreros, ya que los costales aportados por la Brigada Treinta venían con destino específico que era la base fija de Oro que, y no existe una disponibilidad presupuestal para la compra de esos elementos, dentro de las partidas del batallón Santander... razón por la cual no se le puede imputar responsabilidad por una actitud negligente u omisiva al señor Mayor Villegas Flórez Carlos Arturo..."

Bajo el marco de lo antes vistos, la parte actora está asistida de razón, cuando alega que se presentaron errores tácticos, ya que fueron demostrados con las medios de probanza obrantes en el plenario y de los cuales se hizo ya referencia en la providencia cuyos apartes arriba se transcribieron, leíbles de igual manera en el proceso Penal Radicado bajo el N° 147.06 seguido por el Juzgado 37 de Instrucción Militar, por los hechos sucedidos el 30 de noviembre de 2006 y que son los que dieron origen a los procesos acumulados, estos es, los testimonios de los soldados que tuvieron conocimiento directo por cuanto estaban presentes en el combate, indagatorias, calidades militares, informes rendidos por los Comandantes del 03 de diciembre del citado año 2006, todos los cuales dan cuenta de los hechos que hoy se investigan, de los cuales como se dijo en la providencia del 18 de abril de 2007 del Juzgado 37 de Instrucción Militar, análisis que en esta oportunidad hace suyos este Despacho, precisó lo siguiente:

«Según lo obrante y demostrado como se encuentra con las declaraciones y las indagatorias el Homicidio de los diecisiete (17) militares y las lesiones de tres soldados profesionales más, fue la consecuencia de la actitud negligente de los sindicados anteriormente señalados al no montar el dispositivo de seguridad conforme a lo ordenado en las normas y reglamentos militares de acuerdo con la preparación que ostentaban los citados suboficiales, el primero sargento Primero Osorio Giraldo Luis Fernando en su calidad de Comandante de Pelotón y más antiguo en el sector del Alto del Pozo, y quien debía hacer entrega del área bajo su mando al señor sargento segundo VELANDIA BERNAL JULIO ALEXANDER, con fundamento en los siguientes lineamientos, que debían haberse tenido en cuenta para seguridad de base, militar del Alto del Pozo así: 1.- La base del Alto del Pozo, es considerada como una base móvil de patrullaje en operaciones de contraaguerrilla.... Se explora antes de ocuparla para verificar si es adecuada y la seguridad se establece mediante un dispositivo de defensa en perímetro", MANUAL DE SEGURIDAD DE BASES FIJAS Y BASES MÓVILES EMC-03-MC FUERZA



MILITARES DE COLOMBIA, EJERCITO NACIONAL, ESCUELA MILITAR DE CADETES".- 2.2... -CONSIDERACIONES PARA LA SELECCIÓN DE LA BASE MÓVIL DE PATRULLAJE ... 3.- RECONOCIMIENTO... 5-PRIORIDAD DEL TRABAJO... 1.- SEGURIDAD 2.-REORGANIZACIÓN DEL DISPOSITIVO... 3. COMUNICACIÓN CON EL COMANDO SUPERIOR... 4.- CENTINELAS... 5.- POSICIÓN DEL COMBATE..., 6.- MANTENIMIENTO DE ARMAS Y EQUIPO CONSIDERANDO LOS SIGUIENTES ASPECTOS:...».

Así las cosas, la muerte de las víctimas directas, soldados profesionales, que aunque se vincularon con el ejercicio de una actividad peligrosa, y conforme lo ha destacado la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que en principio, el soldado voluntario y los militares de profesión están sometidos a un régimen de prestaciones laborales determinadas en la ley, respecto a los hechos dañinos que padezcan con ocasión del servicio; pero cuando los hechos dañinos tengan como causa una falla del Estado hay lugar a la responsabilidad patrimonial; que "la relación laboral, engendra una serie de derechos autónomos independientemente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime por cuanto este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados y refiriéndose además a las diferencias entre la indemnización a for fait y la responsabilidad extracontractual ha manifestado que:

"La doctrina en caso de accidentes sufridos por agentes del Estado ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación que los derechos a pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. La aplicación de esta regla, llamada 'Forfait de la pensión' naturalmente hace referencia a los daños sufridos por el funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común. Por esta razón, el régimen de prestaciones suele estar en armonía con la actividad que se cumple. Así al asumir mayores riesgos profesionales se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de los militares, por ejemplo, este principio se cumple, no sólo destinando a un régimen de mayores prestaciones, dados sus riesgos especiales, sino también un régimen de excepción para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas."²

En principio el régimen de indemnización refleja estas ideas. Si las heridas o la muerte sufrida, por un militar son causadas dentro del servicio que prestan, las prestaciones por invalidez o muerte las cubren satisfactoriamente. Tal es el caso del militar que sufre lesiones en combate o el agente de policía que muere en la regresión del delito.

No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio, sino que ha sido causada por falla del servicio, el funcionario o el militar en su caso que la sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud.

Ejemplos típicos de esta situación se presentan en todos los casos en que el accidente se produce por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente tales como el militar que perece al pasar un puente en construcción, sin señales de peligro, o aquel que muere víctima de un agente de policía ebrio en horas de servicio y cuando el militar no interviene en el operativo sino que cruza

² Sentencia del 10 de marzo de 2005. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Actor Ángel de Jesús Barrera H. Demandada: Nación, Mindefensa Ejército.



accidentalmente por el lugar. En todos estos casos, la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompe el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En el caso bajo estudio, los soldados profesionales víctimas, atendiendo a las pruebas y a los hechos comprobados, el Juzgado encuentra que el hecho dañoso no obstante que estuvo ligado por acción directa del enemigo estando en servicio, han sido causadas por falla del servicio como se encuentra demostrada con las pruebas antes reseñadas.

Al respecto, cabe anotar que en caso, en que un miembro de la Fuerza Pública sufre un daño en ejercicio de sus funciones, El H. Consejo de Estado, ha sostenido que "quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y solo habrá lugar a la reparación cuándo dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho, tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (Indemnización a forfait)³. En los eventos en los cuales se ha decidido la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por estas personas, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se ha centrado en la verificación de la existencia o no de una falla del servicio, y fue como así dijo:

"...A la parte actora le correspondía la carga de demostrar que se presentaban los elementos necesarios para imputar responsabilidad patrimonial a la Nación, por la muerte del Dragoneante NOEL PAREDES CASTAÑEDA y así no lo logró dentro del proceso. No acreditó que su muerte hubiera ocurrido por la muerte de uno de sus funcionarios, al contrario, aparece plenamente demostrado que la muerte la causaron terceros ajenos a la institución. Tampoco demostró que la muerte fuera consecuencia de una omisión de la demandada, para que entonces pudiera endilgársele responsabilidad. No obra en el plenario ninguna prueba que permita concluir que la Policía Nacional hubiera omitido el cumplimiento de algún deber y que como consecuencia de tal incumplimiento se hubiera presentado el hecho del ataque guerrillero"⁴

Para que pueda imputarse responsabilidad patrimonial al Estado, es necesario acreditar, fundamentalmente, dos extremos: el daño antijurídico sufrido por el demandante, entendido como aquel que no está en el deber legal de soportar, y la imputabilidad del mismo al Estado, en virtud de alguno de los regímenes tradicionalmente manejados por la jurisprudencia para determinarla.

El Juzgado, halló en el expediente pruebas que respaldan la afirmación de los demandantes; elemento de juicio que permiten admitir que, efectivamente, el día de los hechos en los que perdieron la vida 17 militares, fue consecuencia de falencias del servicio, ya que como bien lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado "que es distinto que un soldado voluntario resulte lesionado a consecuencia de un ataque de grupos ilegales, a que resulte lesionado a consecuencia de una irregularidad estatal, pues el riesgo que asumió el soldado voluntario al ingreso al Ejército, no fue el de la espera futura de los equívocos del Estado o la imposición irregular al soldado

³ Ibidem

⁴ Sentencia del 15 de abril de 1995, expediente N° 10.286



voluntario a la exposición a un riesgo mayor al normal, propio de la actividad que se desarrolla como militar en servicio.⁵

Así las cosas, en aquellos eventos en los que el daño surge de las lesiones o muerte de un soldado voluntario, le corresponde a los demandantes acreditar no sólo el deceso, sino también que el mismo se produjo por una falla del servicio o un riesgo excepcional, puesto que aquí no resulta aplicable un régimen de responsabilidad objetivo, como sí sucede cuando quien fallece estaba en condiciones de conscripto, prestando el servicio militar obligatorio, y por lo tanto privado de la facultad de decidir si enfrenta los riesgos de dicha actividad o no, se repite en el sub examine está debidamente acreditada ésta.

En consecuencia, dado que en el sub-lite se alegó una falla del servicio y toda vez que la misma en estos eventos no se presume, le correspondía a la parte actora, en virtud del principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 177 del C.P.C. - aplicable en los procesos contencioso administrativos por la remisión que a las normas de este código hace el artículo 267 del CCA-, norma conforme a la cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", y fue lo que sucedió en el caso bajo estudio, se acreditaron los tres elementos propios de este tradicional régimen de imputación de responsabilidad estatal: la falta del servicio propiamente dicha, el daño antijurídico, y el nexo de causalidad entre estos dos, es decir, que fue la actuación u omisión de la Administración, la causa eficiente del daño antijurídico, acreditándose con ello., la falta del servicio alegada por la parte actora.

El Despacho estima que no se configura la causal de exoneración de responsabilidad propuesta por la parte demandada consistente en el hecho de un tercero, resultado de interés conocer la posición asumida por el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, donde se fijaron los presupuestos para su configuración, el que debe estar revestido de cualidades como son que sea i) imprevisible, ii) irresistible y iii) ajeno a la entidad demandada, resultando aplicable al caso bajo examen, y cuya posición, es del siguiente tenor:

"5.5. El hecho del tercero en el caso concreto no exime de responsabilidad.

Con base en los anteriores presupuestos... cabe analizar la configuración del hecho del tercero. Se destaca que el hecho del tercero debe estar revestido de cualidades como que sea i) imprevisible, ii) irresistible y iii) ajeno a la entidad demandada. Es acertado que algunas decisiones sostengan que no se requiere que el hecho del tercero sea culposo para que proceda como eximente, y por otra parte, se tiene como exigencia que la causa (la actuación del tercero) sea adecuada. También se indica que corresponde a la entidad demandada probarlos elementos constitutivos de este eximente de responsabilidad.

La problemática que plantea el hecho del tercero radica en su análisis desde la óptica de la causalidad, o bien en el marco de la tendencia moderna de imputación objetiva, o en la construcción de los deberes positivos del Estado⁶. Sin embargo, la tendencia es a reducirla discusión a la determinación de las

⁵ Providencia del 29 de noviembre de 2004 C.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez.

⁶ La responsabilidad 'consiste en una técnica de imputación que con el auxilio de un factor de atribución permite cargar las consecuencias perjudiciales de un evento dañoso a un sujeto, que con su comportamiento lo ha provocado, o que por su particular situación jurídica se estima oportuno responda, o que por haber aportado las condiciones idóneas para que el menoscabo se consumase, se entiende, es económicamente lo repare. MAYO, Jorge Alberto; PREVOT, Juan Manuel. Responsabilidad contractual. Buenos Aires, Ley, 2007, p.8 y 9.



condiciones para que el hecho del tercero opere, y si cabe exigir que se reúnan las mismas condiciones que para la fuerza mayor. Esto resulta equivocado, ya que sería valorar el hecho del tercero desde la perspectiva propia al debate de la causalidad, de la determinación de si causalmente como eximente tiene la entidad para producir la ruptura de la "superada" relación de causalidad, cuyo lugar en el juicio de imputación que se elabora en la actualidad está en el ámbito fáctico de la imputabilidad del Estado.

Pero, ¿cómo superar el tratamiento causalista del hecho del tercero? En primer lugar, debe decirse que fruto de la constitucionalización de la responsabilidad extracontractual del Estado, la concepción del hecho del tercero como eximente no debe convertirse en elemento que no permita hacer viable el contenido del artículo 90 de la Carta Política, sino que debe advertirse que en la situación en la que se encuentra Colombia, de conflicto armado interno, no puede entronizarse como supuesto eximente el hecho del tercero, ya sea ligado a los presupuestos [equivocados] de la fuerza mayor [imprevisibilidad e irresistibilidad], o a la naturaleza de la actividad, o la relación del sujeto que realiza el hecho dañoso, sino que debe admitirse, o por lo menos plantearse la discusión, de si cabe imputar, fáctica y jurídicamente, al Estado aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquel no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones.

Las anteriores premisas derivan en las siguientes cuestiones,

El Estado no es un asegurador universal, simplemente obedece a unas obligaciones que se desprenden del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho que exige ya no sólo la garantía de los derechos y libertades, sino su protección eficaz, efectiva y la procura de una tutela encaminada a cerrar la brecha de las debilidades del Estado, más cuando se encuentra en una situación singular como la de Colombia de conflicto armado interno, que representan en muchas ocasiones violaciones sistemáticas, o la aceptación de las mismas por parte de actores que no haciendo parte del Estado, no dejan de ser ajenos a la problemática de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Actores que desvirtúan que el Estado es el único que viola derechos. De acuerdo con la idea del "tercero" en el marco de un conflicto armado interno, no hay duda que no se requiere que haya un acuerdo o una connivencia entre el Estado y los terceros que producen violaciones sistemáticas a los derechos humanos. En este sentido, la concepción del hecho del tercero debe superar como hipótesis la necesidad de determinar un vínculo material u orgánico para que pueda atribuirse la responsabilidad ya que lo sustancial es el rol que juega la administración pública su "posición de garante de vigilancia", de la que derivan todos los deberes de actor llamado de evitar, a ofrecer la protección debida a corresponderse con los deberes positivos, y que implica que debe actuar frente a situaciones que amenacen o puedan desencadenar un daño como consecuencia de las acciones de terceros, sino que sea admisible permitir que opere como cláusula de cierre de la eximente que se trate de actos indiscriminados, o que debe contarse con la verificación de la misma amenaza, sino que es el Estado él llamado a ejercer una intervención



mucho más profunda ante fenómenos de violencia, o de insurgencia que tiene plenamente definidos.

Por lo tanto, no es de recibo el argumento de las entidades demandadas y del a quo al estimar que se presentó el hecho del tercero, por cuanto se desvirtúa las cualidades de este tipo de causal de exoneración, esto es i) su imprevisibilidad, ii) la irresistibilidad y iii) que haya sido ajeno a la entidad demandada. Y esto así, teniendo en cuenta que efectivamente era previsible y no resistible para las autoridades la ocurrencia de actividades terroristas contra los vehículos de servicio público de transporte, de acuerdo con los reportes allegados por ellos mismos, por lo que debió incrementar las medidas de vigilancia, seguridad y control para la prestación del servicio público en forma normal y continua.

Si bien, no se trata, de hacer radicar en el Estado una responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto o hecho de los particulares (hecho de un tercero), pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo que es achacable directamente al Estado como garante principal.⁷

Por lo tanto, se presenta una responsabilidad del Estado de aquellos hechos en los que contribuyendo el hecho del tercero a la producción del daño antijurídico, se logra establecer que aquél no respondió a los deberes normativos, a los deberes positivos de protección, promoción y procura de los derechos de los administrados, y de precaución y prevención de las acciones de aquellos que encontrándose al margen de la ley buscan desestabilizar el orden democrático y, poner en cuestión la legitimidad de las instituciones".⁸

*Precisamente el Estado aceptó, en la Investigación penal adelantada, que se incumplieron órdenes a fin de evitar el fracaso, que aunque se ignora cuál fue la decisión final, dado el estado en que se encontraba ésta, para la fecha en que se allegó copia de la actuación al presente proceso, conforme consta a folio 223 del cuaderno N° 7, en donde se informa que el 27 de junio de 2008, que dentro radicado 147.06, no se ha emitido fallo de primera ni segunda instancia, solo la que resuelve la situación jurídica de los procesados, y a folio 237 obra oficio N° 039 MDN-F-11-1-775 del 30 de 8 enero de 2009 de la Fiscalía Once de Inspección Ejército, se envía en proceso N° 161 (Radicación de la fiscalía) al Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar con sede en el Batallón de Infantería N° 15 Santander; sobre los hechos ocurridos el 30 de noviembre de 2006 en el sector del Alto del Pozo jurisdicción del Municipio de Abrego Norte de Santander y en el informe rendido el 03 de diciembre de la misma anualidad, por el Comandante del Batallón Santander, en donde se consignó: "que los dos Comandantes de pelotón incumplieron un sin número de ordenes emitidas a fin de evitar este fracaso **partiendo de la misma orden que había impartido el Oficial de Operaciones por instrucciones más en iniciar movimiento Ayacucho dos a partir de las 18:00 horas con dirección a la curva a fin de darle movilidad al dispositivo y evitar atrincheramiento de la tropa.**" (Negrilla y subraya fuera de texto).*

⁷ Ver sentencia Consejo de Estado, Sección tercera, Subsección C de 25 de mayo de 2011, expediente: 15838 (acumulados 18075 y 25212)

⁸ Providencia del 10 de febrero de 2012. M.P. Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exped. 1996-02423-01 actor Álvaro Sandoval Ayala y otros. Demandado Nación - Mindefensa - Ejército Policía Nacional



Por su parte en la indagatoria y ampliación de la misma, rendida por uno de los implicados, el Teniente Coronel Luis Fernando Sánchez Pérez, refiriéndose al Comandante Osorio, quien era el que estaba al mando del pelotón Ayacucho dos, el día de los hechos, dijo que: "... en el momento de hablar conmigo no tenía claro que estaba sucediendo, de hecho entre las cosas que me dijo era que solo escuchaba unos disparos y unas explosiones y que confiando en Dios no había pasado nada, y así como él lo manifiesta en su informe inicial solo a las 23:00 pidió apoyo, deduzco que si el ataque se inició a las 22:30 horas, y él al no tener comunicación con su gente de arriba, jugo con la posibilidad que tan solo fuera un hostigamiento, por eso cuando hablo conmigo, no había medido la magnitud de lo que estaba sucediendo, claro sin comunicación como, en obvio que como ya estaña incumpliendo la orden que tenía de haber salido a las 18:00 como lo había ordenado el oficial de operaciones, temía que la primera pregunta que se hiciese de parte mía seria, usted que en ese sitio si no debería estar ahí, claro ante el error cometido, sus ideas, rodeadas de mentiras no le permitió, decir con claridad lo que realmente podía estar sucediendo." «...más sin embargo el sargento como comandante de las tropas no cumplió con su función, de recomendar, exponer data, conocer, o justificar tácticamente, la necesidad de ese material o sobre todo en lo absoluto nunca habló que requería mas hombres o necesitaba el apoyo de otro pelotón... el Comandante Sargento Osorio nunca me solicitó hombres, tropas o una mejor propuesta de dispositivo, para que ahora después de sucedidos los hechos, venga a justificar su incumplimiento, con afirmaciones que nunca me hizo... donde están las ordenes claras para ese pelotón, que sin ir tan lejos si tan solo el sargento hubiese cumplido dos ordenes puntuales y claras, como haber iniciado el desplazamiento a las 18:00, el curso, de la noche hubiese sido diferente, pero no se movió, no cumplió con esa orden..." -folios 170 Y 172 cuaderno N°3 -.

Por su parte el Mayor Villegas Flórez Carlos Arturo, dijo: "... una vez me llamó y me pidió el apoyo de unos costales a lo cual le dije que había que esperar ya que la unidad no contaba con estos elementos, ya que los únicos mil costales que se habían recibido a la base militar de Oro que, ya que esta si era una base fija, mientras que en la parte que el sargento Osorio estaba ocupando era considerada como un repetidor móvil, que en cualquier momento se quitaba o se tenía que desplazar de este punto, pero que para suplir esta falencia, diera instrucciones a sus hombres, de elaborar posición de tirados improvisada, ya que el tenía el conocimiento por el grado, y la preparación que había recibido, tanto en los cursos de combate como en los curso de capacitación para ascenso..." -Folio 185 cuaderno N° 3 -

El Mayor Fabio Roberto Estupiñan Sepúlveda, en su indagación dijo: "... Para el día 30 de Noviembre de 2006, Ayacucho 2 al mando del SV OSORIO, debía efectuar un movimiento de acuerdo a un cambio de dispositivo en desarrollo de una misión táctica que consistía en que Deluyer 2 al mando del SS VELANDIA tomaría la posición en la que se encontraba Ayacucho 2, por lo cual éste último debía hacer un movimiento, a pie por la parte alta mediante infiltración, en dirección hacia el sitio denominado como la curva, ordenado para que se cumpliera a partir de las 18:00 horas, no sin antes dejar completamente informado a Deluyer 2 de todo lo relacionado con la situación, de esa área en particular. A las 12:00 de día hice programa específicamente con estas unidades de lo cual es testigo el CS ARANGO que se encontraba de Suboficial COT en ese momento donde se dieron instrucciones claras, precisas y concisas del trabajo a desarrollar durante la noche con respecto a los movimientos antes relacionados; a las 16:00 horas nuevamente en el programa se dieron mas indicaciones con relación a ese movimiento, quedando completamente informados de la misión a cumplir para esa noche del 30 de Noviembre; Ya en la noche terminado una reunión de plana mayor con el comando del Batallón, se



verificó el reporte de las Unidades y se pudo constatar que Ayacucho 2 y Deluyer 2 en particular no había efectuado el reporte de las 22 horas, procedí a llamar de mi celular al SV OSORIO quien contesto en forma muy tranquila y despreocupada me informó que al parecer estaban hostigando la parte alta, por que se escucharon algunos disparos y explosiones, pero que no tenía comunicación con el personal que se encontraba en ese sector, para saber con seguridad que estaba sucediendo en esos momentos; Lo comuniqué con el Comandante del Batallón y este a su vez me ordenó alistar el pelotón que se encontraba de reserva, como la información no era puntual y el Comandante del pelotón no era preciso en las informaciones que transmitía ni sabía en realidad que era lo que estaba sucediendo... Existían bastantes recomendaciones tanto del Comandante del Batallón como mías las cuales están plasmadas en los diferentes libros y grabaciones hechas a los programas..." – Folios 114 y 115 cuaderno N° 3 -.

El Sargento Viceprimero Osorio Giraldo Luis Fernando, en la diligencia de indagatoria, manifestó lo siguiente: "... últimas actividades que hubiera hecho el enemigo en ese sector al SS. VELANDIA, Yo procedí a cumplir la orden de hacer el relevo y hacer el empalme con él, diciéndole cual era la misión y que se debía hacer, ya que Yo tenía en las torres 38 y 39 una escuadra de seguridad... Yo le dí la orden al C3 AMAYA de que alistara el personal lo preparara y que después de las 18:00 horas debía moverse hacía la parte alta de la repetidora.... A las 14:00 horas Yo le dí la orden por radio a los Comandantes de escuadra que tuvieran la gente lista para un movimiento que se iba a hacer en la noche, a las 17:00 horas Mi Mayor el de operaciones me ordenó por radio y me recalcó que debía hacer el movimiento en la noche... la tercera escuadra al mando del C3 AMAYA hizo el movimiento de las torres a la repetidora después de las 18:00, paso por mi lugar aproximadamente a las 19:00 a 19:15, me pregunto que donde iba a quedar o que debía hacer... Yo le di la orden a él de que a las 02:00 de la mañana tuviera listo el personal para que Yo subiera de la parte media del cerro a la repetidora y reuniéramos la contraguerrilla y dar las instrucciones clara del movimiento que se iba a realizar; A las 22:20 aproximadamente se escucharon unos disparos en la parte alta... Yo le di la orden al C3 AMAYA VILLALOBOS LEINER, que se moviera después de las 18:00 horas, ya que los movimientos diurnos están prohibidos... Yo como comandante soy autónomo en toma de decisiones, le dije al C3. AMAYA que dejara descansar los soldados y que a las 02:00 de la mañana Yo subía daba las instrucciones y las coordinaciones a la contraguerrilla e iniciaría con el movimiento, además cuando llegó mi mayor allá después, de que mataron los soldados me dijo que por que tenía soldados en las torres 38 y 39, Mi Mayor trata de echarme la culpa por que yo no arranque a las 18:00 horas entonces así como no reconocen y tenía conocimiento de ese personal cuidando las torres, dice que si Yo hubiera iniciado a las 18:00 horas hubiera sido diferente, si Yo me hubiera ido a las 18:00 horas que eso fue falso y son testigos... hubiera llegado la guerrilla y hubieran atacado a los soldados regulares Deluyer 2 que llegaron cansados de 2, 3 jornadas de caminar y los hubieran golpeado mas duro, por que la orden que dio mi Mayor era que Yo entregara ese dispositivo al SS. VELANDIA.." - Folios 122 y 129 del Cuaderno N° 3 -.

Conforme al acervo probatorio, se reitera, que tiene respaldo en la prueba aportada y recaudada, se encuentra que es imputable la responsabilidad patrimonial a la entidad demanda, pese a que en los hechos haya intervenido un tercero -grupo subversivo- ya que no fue esta la causa determinante o capaz de enervar la sustancia fenomenológica y fáctica, que sigue residiendo en el resultado mismo atribuible al Estado, que no sólo está llamado a enfrentar a la delincuencia, a los grupos irregulares, sino que también está obligado, principalmente, a adoptar las medidas de precaución, prevención y contención adecuadas para enfrentar todas las manifestaciones del delito, ya que de lo contrario estaríamos asistiendo a la



escenificación de una tragedia colectiva en la que los muertos y los heridos son compatriotas que en cumplimiento de un deber, o en la realización de una misión deben sacrificarse para mantener las instituciones, el sistema democrático, las libertades y el respeto de los derechos en el marco del Estado Social, Democrático y de Derecho.

Con fundamento en lo expuesto, se impone concluir que la imputación de responsabilidad a la entidad pública demandada en el presente asunto, se realizó con base en el título de falla del servicio⁹, toda vez que se encuentra acreditado el comportamiento negligente y descuidado de la entidad demandada en cuanto a la atención del deber de protección y seguridad que ha de brindar a sus funcionarios para el momento del hecho dañoso demandado, no obstante tratarse de soldados profesionales que ingresaron voluntariamente a engrosar las filas del Ejército Nacional.

El Honorable Consejo de Estado, ha dicho que "el mandato que impone la Carta Política en el artículo 20, referente a que. "... Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...", debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias, para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera. Por consiguiente, resulta exigible al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su desidia, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad¹⁰, con apoyo en la configuración de una falla en el servicio.

Así pues, las obligaciones que están a cargo del Estado —y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión—, deben mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Respecto de la previsibilidad de la Administración Pública en la producción de un hecho dañoso y en la no adopción de las medidas necesarias para evitarlo, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, ha precisado que:

"No es el Estado un asegurador general, obligado a reparar todo daño, en toda circunstancia, pues la administración de justicia, debe observar la ley sustantiva, consultar la jurisprudencia e inspirarse en la equidad, para aplicar los principios de derecho y fundamentar las decisiones en las diversas tesis sobre los cuales se edifica y sirve de razón a la imputación del deber reparador. Así en el caso presente la relatividad del servicio debe entenderse en cuanto no era exorbitante disponer, porque existían elementos materiales y humanos para una misión debida. Se ha dicho que al Estado se le deben

⁹ La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falle del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falle del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. Al respecto ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de julio de 1993, Exp. 8163 y del 16 de julio de 2008, Exp. 16423, entre otras.

¹⁰ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de abril de 1998, Exp. No. 11837, y del 18 de octubre del 2007 Exp. 15.828.



exigir los medios que corresponden a su realidad haciendo caso omiso de las utopías de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe hacer todo cuanto está a su alcance¹¹

Como se aprecia, la falla del servicio no puede ser analizada desde una perspectiva ideal, crítica o abstracta del funcionamiento del servicio, sino que debe ser estudiada desde un ámbito real que consulte las circunstancias de tiempo, modo, lugar y capacidad administrativa de la Administración Pública, al momento de producción del daño.

Bajo el marco de lo expuesto, no se presenta la existencia de alguna causal de justificación y por el contrario, se compromete la responsabilidad de la institución por haber producido un daño antijurídico a los demandantes.

Así las cosas, si bien es cierto, que las decisiones adoptadas en el proceso penal y disciplinario, en el evento en que éste último se inicie, ya que en el sub examine a folio 303 del cuaderno N° 5 solo se da cuenta que se inició de oficio indagación preliminar, radicada bajo el N° 02-06, por parte de la Segunda División del Ejército, en los términos del artículo 166 de la Ley 836 de 2003, siendo disciplinados los Sargentos Viceprimero y Segundo Luis Fernando Osorio Giraldo y Velandia Bernal Julio Alexander, en su orden, siendo leíbles a folios 306 a 357 actuaciones allí surtidas, pero ignorándose que suerte corrió la misma, si ésta se archivó o hubo mérito para dar inicio a la respectiva investigación disciplinaria; sin embargo, éstas no vinculan al Juez Administrativo, pues no hay que perder de vista que según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la valoración probatoria que, se realice en la sentencia que se profiera contra el funcionario, no puede ser desconocida en el proceso donde se persigue la reparación de los perjuicios causados con el hecho cometido por un funcionario, y de conformidad con el artículo 90 Constitucional, la responsabilidad de la Administración no deviene de la culpa personal del agente que produce el daño, sino de la antijuridicidad del perjuicio sufrido; sin que quede el menor espacio a duda que se debe dar la reparación integral y equitativa del daño, que exige el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Además, ha sido reiterativo que la acción penal, disciplinaria y contencioso administrativa, son totalmente independientes es decir la una no excluye la otra, pues una es la culpa penal y otra la civil o administrativa; y al obrar prueba de quien o quienes fueron los responsables del resultado fatal, como ocurrió en el caso bajo examen, se desprende la responsabilidad del Estado, por la comisión de una conducta de uno de sus agentes.

En efecto, los anteriores argumentos, encuentran eco en la Sentencia del H. Consejo de Estado, en donde se dijo que la valoración probatoria que se realice en la providencia que se dicte en contra del funcionario, no puede ser desconocida en el proceso que se reclama la reparación de perjuicios ocasionados por funcionario, siendo de interés conocer su parte pertinente:

"De acuerdo con la primera posición jurisprudencial, la valoración probatoria que realice el juez en la sentencia que se profiera contra el funcionario no puede ser desconocida en el proceso que se siga para reclamar la reparación de los perjuicios causados con el hecho cometido por ese funcionario y por

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, expediente 9.940, M.P. Jesús María Carrillo.



lo tanto, si éste fuere exonerado de responsabilidad delictual, no hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad a la cual pertenezca. Basta leer las normas que en el Código de Procedimiento Penal hablan del valor de los fallos condenatorios y absolutorios para confirmar este aserto. En primer término, la sentencia penal condenatoria no permitirá poner en duda en el proceso civil (o administrativo, se agrega) la existencia del hecho, ni la responsabilidad del condenado (art. 28), y la absolutoria tendrá efecto de cosa juzgada sobre los siguientes extremos: que el hecho causante del perjuicio no se realizó, que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa (art. 30). De allí que v.gr, si la sentencia penal dice que el agente X no cometió la infracción que se le imputa, en el proceso administrativo no podría declararse la fa/la del servicio de la administración por esos mismos hechos calificados por el juez penal e imputados a dicho agente, y para la absolución de la entidad demandada bastaría la copia de la sentencia y no la ratificación de las pruebas que le sirvieron de fundamento. Igual cosa puede decirse de la sentencia condenatoria".

En oposición, un segundo criterio jurisprudencial, que en este momento ha sido acogido unánimemente por la Sala, plantea que si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción contenciosa y que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado, y en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio (art. 57 C.P.P.), pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado. "Una es la responsabilidad que le puede tocar (sic) al funcionario oficial, como infractor de una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente.

Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil ,o administrativa". En sentencia del 18 de febrero de 1999, exp: 10.517, se añadió que la solución de la controversia en tal sentido tenía respaldo en lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución, de acuerdo con el cual la responsabilidad de la administración no deviene de la culpa personal del agente que produce el daño sino de la antijuridicidad del perjuicio sufrido. Además, porque en materia penal y contencioso administrativa rigen normas, principios y objetivos diferentes, de tal manera que bien podría el juez penal declarar en un caso concreto, por ejemplo, que el hecho se justifica porque ocurrió en legítima defensa o absolver al proceso por el beneficio de la duda, y el juez de la acción patrimonial considerar en los mismos supuestos de hecho, que la agresión de la víctima no es suficiente para exonerar de responsabilidad a la entidad demandada porque a pesar de ello, a la producción del daño contribuyó una falla del servicio, o resolver la duda a favor de la parte actora, en especial en los eventos en los cuales se aplica el régimen de responsabilidad objetiva, donde la falla del servicio no tiene incidencia. Por lo tanto, aunque en el proceso penal el funcionario haya sido absuelto por considerarse que actuó en legítima defensa, dicha decisión no puede ser desconocida en esta jurisdicción para juzgar su responsabilidad patrimonial,



pero esto no es óbice para que se profiera una decisión condenatoria en contra de la entidad a la cual pertenecía el autor del hecho".¹²

Es decir, si las decisiones adoptadas en el proceso penal y disciplinario no vinculan al Juez Administrativo, no hay que perder de vista que según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, la valoración probatoria que se realice en la sentencia que se profiera contra el funcionario, no puede ser desconocida en el proceso donde se persigue la reparación de los perjuicios causados con el hecho cometido por un funcionario, y de conformidad con el artículo 90 Constitucional, la responsabilidad de la Administración no deviene de la culpa personal del agente que produce el daño sino de la antijuridicidad del perjuicio sufrido.

En efecto se reitera, que para el caso, no se trata de que se le esté imputando responsabilidad al Estado por el sólo hecho de ser funcionario público el Comandante del Pelotón que sufrió el ataque subversivo, sino porque como quedó demostrado se dieron los presupuestos necesarios para establecer que entre el daño y la falta del servicio existió nexo de causalidad, luego la responsabilidad de la Administración encuadra bajo el título de imputación de falta del servicio.

En consecuencia, con base en lo afirmado, se impone declarar la responsabilidad administrativa de la Nación -Ministerio de Defensa Ejército Nacional-, por los hechos en que resultaron muertas las personas de que dan cuenta los libelos demandatorios, en el Sector "El Alto del Pozo" en límites entre la jurisdicción del Municipio de Abrego y Villa Caro del Norte de Santander, entre el 30 de noviembre y 01 de diciembre de 2006."

La lectura de la parte considerativa de la providencia de condena evidencia que para la época tampoco se demostró que se hubiese declarado la responsabilidad penal o disciplinaria de los ahora demandados.

La conclusión a la que llega el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión de Cúcuta es que se incurre en una falla del servicio, la que deduce de las declaraciones rendidas en el proceso penal.

No obstante, no se citan las declaraciones de los ahora demandados o el registro de sus indagatorias.

Ello resulta relevante toda vez que para la presunción de culpa grave se requiere que el incumplimiento de las normas de derecho sea inexcusable, y en este caso se desconocen las razones por las cuales las órdenes de desplazamiento se habrían incumplido.

La decisión proferida en el proceso de reparación directa se enfocó en el resultado y en el incumplimiento presunto de las órdenes impartidas por parte de los comandantes de escuadra, a pesar de lo cual, no puede tenerse por demostrado que de haberse cumplido tales órdenes el resultado hubiera sido distinto.

La responsabilidad en reparación directa analiza la actuación de la entidad en su conjunto, mientras que la acción de repetición se refiere a la conducta personal del agente o agentes de la Administración involucrados en los hechos.

Bajo el entendido de que las órdenes impartidas a través de la cadena de mando propia de las Fuerzas Militares es un imperativo propio de su funcionamiento, se entendería que la

¹² Sentencia del 24 de junio de 2004, M.P. Dr Ricardo Hoyos



norma de derecho a observar es aquella que prevé tal obediencia por parte de los subalternos en la ejecución de lo ordenado por los superiores.

No obstante, en este caso se tendría que demostrar que la orden impartida fue debidamente conocida por los ahora demandados y que desconocieron de forma inexcusable su cumplimiento, conducta que podría dar lugar a responsabilidad penal y disciplinaria cuya declaración no se ha demostrado.

Ante la falta de material probatorio que permita un análisis de forma directa sobre el mismo de manera que pueda acreditarse que los ahora demandados incurrieron en una conducta que pueda ser tenida como gravemente culposa, dado el conocimiento que tendrían de la situación táctica en el sector que se encontraban defendiendo y que a pesar de lo cual se hubieran abstenido injustificadamente de adoptar las medidas necesarias para contrarrestar la amenaza, de conformidad con la formación recibida y recursos disponibles.

La simple omisión en el desplazamiento no se explica como causa del resultado, pues las circunstancias en que se desarrolló el ataque no fueron detalladas en el presente proceso.

Las instrucciones genéricas de la orden de operaciones se limitan a expresar que en la zona operan varias organizaciones subversivas y de delincuencia común, sin ofrecer certeza acerca de la inminencia de un ataque u hostigamiento que exigiera tomar medidas específicas, más allá de las normales de precaución propias de operar en una zona de alteración de orden público por actividad de grupos al margen de la ley.

Resulta claro además que los oficiales vinculados al proceso penal desconocían la real posición de las tropas en el terreno, pues si se había impartido la orden de desplazamiento a iniciarse a partir de las 18:00, pasadas varias horas no habrían tenido conocimiento de si esta se había cumplido.

Concluye entonces el Despacho que no obra en el expediente prueba que permita inferir de forma concluyente que los dos suboficiales ahora demandados actuaron de forma gravemente culposa dando lugar al resultado, pues en primer lugar, este fue provocado por terceros, por lo que la conducta a asumir tendría que ser preventiva, sin que el simple desobedecimiento pueda ser tenido como causa del daño, pues este, se reitera, debe ser injustificado.

La disciplina propia de las Fuerzas Militares exige que la desobediencia sea sancionable independientemente del resultado, a pesar de lo cual la Constitución Política ha establecido la posibilidad de desobedecer las órdenes o separarse de la obediencia debida si existe justificación para ello.

8.4 CASO CONCRETO

Se resuelve el problema jurídico en el sentido de no tener por acreditada la configuración de la totalidad de los elementos necesarios para impartir condena en acción de repetición.

En primer lugar, no se identifica con precisión a los demandados, sin proporcionar números de cédula y sin certificar su condición de servidores públicos para la época de los hechos.

Tampoco se demostró que los accionados hubiesen actuado de forma dolosa pues no se acredita que su responsabilidad penal o disciplinaria fuese declarada, pese a que existía por lo menos un proceso ante la Justicia Penal Militar en curso.

No se aportaron los medios de prueba correspondientes a los expedientes de la investigación penal y del proceso ordinario al interior del cual fue impuesta la condena.



Es decir, que los medios de prueba son indirectos pues solamente se cuenta con la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo de Descongestión del Circuito de Cúcuta, sin que se cuente con aquellos valorados por dicho despacho al momento de proferir la condena a la Administración.

No puede aplicarse al caso las presunciones de dolo o de culpa grave previstas en la Ley 678 de 2001, pues no se acredita la configuración de alguna de estas posibilidades:

"ART. 5º—Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

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

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

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

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

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.*
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.*
- 4. Violar (manifiesta e inexcusablemente¹³)* el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal."*

La posibilidad que plantea la parte actora es aquella prevista en el Numeral 1 del Artículo 6, lo que necesariamente exige que se demuestre que la violación de norma de derecho (que debe ser debidamente identificada) fue violada de forma manifiesta e inexcusable, lo cual no puede deducirse del material probatorio aportado.

En consecuencia, se denegarán las pretensiones de la demanda.

¹³ Nota: Se declara inexecutable la expresión "manifiesta e inexcusablemente", contenida en el presente numeral 4, por la Corte Constitucional en Sentencia C-455 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra



8.5 COPIAS Y ARCHIVO

Ejecutoriada esta providencia, se enviará el expediente a la Oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá para su archivo.

9. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Sesenta (60) Administrativo del Circuito de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Para efecto de notificaciones, términos y comunicaciones, dese aplicación a lo previsto en los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y el Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

TERCERO: Se recuerda a las partes que para dar trámite a la recepción de memoriales y de correspondencia, es indispensable seguir las siguientes indicaciones¹⁴:

1. Enviar la solicitud a la UNICA DIRECCIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO AUTORIZADA PARA RECEPCIÓN DE MEMORIALES: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
2. Incluir los siguientes datos:
 - Juzgado al que se dirige el memorial
 - Número completo de radicación (23 dígitos)
 - Nombres completos de las partes del proceso
 - Asunto del memorial (Oficio, demanda, contestación, recurso, etc.)
 - Documento anexo (máximo 5000 kb). Si el anexo supera este tamaño, deberá incluirse el enlace compartió del drive del usuario, lo cual queda sometido a su responsabilidad. Formato PDF – OCR.
3. El incumplimiento de estos requisitos implicará la devolución del correo al iniciador del mensaje y no se le impartirá trámite.

CUARTO: Para el examen físico del expediente se podrá solicitar cita a través de la dirección de correo electrónico jadmin60bta@notificacionesrj.gov.co, previa justificación de las razones para el efecto y autorización del titular del mismo, en los términos del aviso que se incluirá con el mensaje de datos mediante el cual se notifique esta providencia. Se atenderán las disposiciones vigentes en materia de aforo.

¹⁴ Requerimientos para recepción de memoriales y correspondencia de la Oficina de Apoyo – Juzgados Administrativos de Bogotá D.C. – Sede Judicial AYDEE ANZOLA LINARES - CAN



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SESENTA (60) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
-SECCIÓN TERCERA-
BOGOTÁ D.C.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALEJANDRO BONILLA ALDANA
Juez

Firmado Por:

Alejandro Bonilla Aldana
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
60
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

9926671ef3e79268b9d4de7408d36ad2cd1bea2521c664544f2130f287907b91

Documento generado en 07/12/2021 09:27:52 PM

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