

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE:

RADICADO: **68001233100020040171800**

PONENTE: IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

DEMANDANTE: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL

DEMANDADO: HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ, HUGO BAHAMON DUSSAN Y OTROS

NATURALEZA: Acción de Repetición

FECHA SENTENCIA: 07 DE ABRIL DE 2022

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL EN LA SECCIÓN SECRETARÍA GENERAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, POR EL TÉRMINO DE TRES (03) DIAS, COMPRENDIDO ENTRE LAS 08:00 A.M DEL **11 DE JULIO DE 2022** HASTA LAS 04:00 P.M DEL **13 DE JULIO DE 2022**, HORA EN LA CUAL SE DESFIJA.

Firmado Por:

Daissy Paola Díaz Vargas

Secretario

Mixto

Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander

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: **d9968685787dc1b3f3fe4bce209ddb721a69eb414dd982344c7385c5129dd4a5**

Documento generado en 08/07/2022 04:10:57 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARIA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER POR MEDIO DEL PRESENTE EDICTO NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE:

RADICADO: **68001333300920100031201**

PONENTE: IVAN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS

DEMANDADO: LA NACION - MINISTERIO DE PROTECCION SOCIAL Y OTROS

NATURALEZA: Acción de Reparación Directa

FECHA SENTENCIA: 26 DE MAYO DE 2022

EL PRESENTE EDICTO SE FIJA EN LA PAGINA WEB DE LA RAMA JUDICIAL EN LA SECCIÓN SECRETARÍA GENERAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, POR EL TÉRMINO DE TRES (03) DIAS, COMPRENDIDO ENTRE LAS 08:00 A.M DEL **11 DE JULIO DE 2022** HASTA LAS 04:00 P.M DEL **13 DE JULIO DE 2022**, HORA EN LA CUAL SE DESFIJA.

Firmado Por:

Daissy Paola Díaz Vargas
Secretario
Mixto

Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander

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: **5d72d73714c41084374571b01a6a91bd5221a35fdb0a5286f6d11f75ce95ade**

Documento generado en 08/07/2022 11:23:13 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

Bucaramanga, abril siete (07) de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Exp. No. 680012331000-2004-01781-00

ACCIÓN:	REPETICIÓN
DEMANDANTE:	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL- marastor29@gmail.com Notificaciones.SanGil@mindefensa.gov.co martha.torres@mindefensa.gov.co
DEMANDADO:	HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ HUGO BAHAMON DUSSAN MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ GRANADOS Alvarezabogados1@hotmail.com JESUS ALBERTO ACOSTA
MINISTERIO PUBLICO:	NELLY MARITZA GONZALEZ JAIMES PROCURADORA 159 JUDICIAL II nmgonzalez@procuraduria.gov.co

Procede la Sala a emitir decisión de fondo dentro del proceso adelantado en virtud de la acción de repetición promovida por la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional-** en contra de los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**, previa la siguiente reseña:

ANTECEDENTES
La Demanda

Pretensiones

La parte demandante, solicitó que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

1. "Que los señores **HÉCTOR RAÚL REYES HERNÁNDEZ, HUGO BAHAMON DUSSAN, MANUEL EDGARDO RODRÍGUEZ GRANADOS Y JESÚS ALBERTO ACOSTA**, son responsables por dolo y culpa grave en su actuar el 05 de febrero de 1987 cuando fue asesinada **IRMA VERA PEÑA** según hechos ocurridos en la vereda Piedra Azul del municipio de Concepción de conformidad con los informes No 5 y 23 de 1.993 emanados de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que dieron lugar a la conciliación prejudicial celebrada el 07 de octubre de 1.999 y aprobada por el H. Tribunal de Santander en auto del 16 de diciembre de 19999 por la cual la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** acordó u canceló a los familiares y perjudicados por la muerte de **IRMA O ILMA VERA PEÑA** una indemnización que ascendió a la suma de ciento veinte millones quinientos cuarenta y seis mil ochocientos veinte pesos con 81/100 (\$120.546.820,81) según comprobante de egreso No 2995 de julio 30 de 2002.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a los señores **HÉCTOR RAÚL REYES HERNÁNDEZ, HUGO BAHAMON DUSSAN, MANUEL EDGARDO RODRÍGUEZ GRANADOS Y JESÚS ALBERTO ACOSTA** al pago de ciento veinte millones quinientos cuarenta y seis mil ochocientos veinte pesos con 81/100 (\$120.546.820,81), (valor que ascendió a la condena impuesta) que la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL**, pagó a valor a los perjudicados...
3. Que la sentencia que ponga fin al proceso, sea de aquellas que reúna los requisitos de los arts. 68 del C.C.A. y 488 del C.P.C....



4. *Que el monto de la condena que se profiera contra el demandado sea actualizado hasta el monto del pago efectivo de conformidad con lo dispuesto por el art. 178 del C.C.A.”*

Fundamento Fáctico:

De conformidad con lo relatado por la parte actora, el día 05 de febrero de 1987 fue asesinada Irma Vera Peña por miembros del Ejército Nacional adscritos al Batallón de Infantería No 13 García Rovira, quienes después de arribar a la vereda Piedra Azul del municipio de Concepción le dieron muerte a la joven, junto con tres hombres más, bajo el argumento de formar parte de un grupo de guerrilleros que momentos antes habían hostigado y enfrentado con las armas a una patrulla militar. Minutos después otro grupo de militares a una distancia aproximada de 3 cuadras maltrataron física y moralmente a 18 campesinos a quienes imputaban ser guerrilleros, manteniéndolos retenidos por espacio de 7 horas sin permitirles acercarse al sitio en que se encontraba Irma Vera, hecho que fue objeto de denuncia por el compañero de la joven, persona que a su vez fue objeto de retención y malos tratos por parte el Ejército Nacional.

Los hechos fueron de conocimiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que declaró responsable al Estado Colombiano de la muerte violenta de Irma Vera según informes No. 5 y 23 de 1993, cuyo cumplimiento fue dispuesto por Resolución No. 3 de 1996 emanada del Comité Interinstitucional conformado por los ministros del Interior, Justicia y del Derecho, Defensa Nacional y Relaciones Exteriores, al emitirse concepto favorable al cumplimiento del informe 23 de 1993 en los términos y para los efectos de la ley 288 de 1996.

Los señores Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta, fueron investigados por la Justicia Penal Militar, a quienes en providencia del 28 de febrero de 1998, suscrita por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra de la Quinta Brigada, se les ABSOLVIO del delito de homicidio de la señora Irma Vera, Mauricio Castro y dos personas más sin identificar, al acoger por segunda vez los veredictos de no responsabilidad emitidos por los vocales que conformaron el segundo Consejo Verbal de Guerra, en cumplimiento del imperativo legal previsto por el art. 680 del C.P.M., según el cual el segundo veredicto es definitivo.

La conducta de los militares inculpados, no obstante su absolución en el proceso penal fue violatoria de la Constitución, las leyes y las normas de derechos humanos, presentando como resultado la muerte de una mujer campesina inerme e indefensa, ajena al conflicto armado que por décadas afecta al pueblo colombiano. Los militares demandados con abuso de su autoridad y extralimitándose en el ejercicio de sus funciones dieron muerte a la joven campesina, faltando a su deber constitucional de salvaguardar sus derechos a la vida, la integridad personal y demás garantías que como agentes del Estado debían garantizar.

El comité interinstitucional referido anteriormente, en cumplimiento de las funciones que le fueron conferidas, mediante Resolución No. 3 del 11 de septiembre de 1996, emitió concepto favorable para el cumplimiento del informe 23 de 1993 de la C.I.D.H. señalando que las autoridades que efectúen la indemnización de conformidad con el concepto emitido deberán ejercer la acción de repetición siempre que se reúnan los supuestos del inc. 2º del art. 90 de la Constitución.

A través de Resolución No. 0577 del 29 de mayo de 2002, la Nación- Ministerio de Defensa liquidó y ordenó pagar el monto de la obligación determinada en la conciliación prejudicial en referencia a cuantía total de \$120.546.820,81 cancelada al Doctor Raúl Hernández Rodríguez, apoderado judicial del grupo familiar demandante, según comprobante de egreso No. 2995 del 30 de julio de 2002.



Contestación a la Demanda

- El Curador Ad-Litem del señor **MANUEL EDGARDO DIAZ GRANADOS** dio contestación a la demanda, indicando que no posee evidencias o elementos materiales en que fundamentar válidamente una oposición a las pretensiones de la demanda. Por ello se atiende a lo que se declare probado en juicio.
- El Curador Ad-Litem del señor **HECTOR RAUL HERNANDEZ REYES** dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda hasta tanto se prueben los hechos en que se fundamentan.
- El señor **JESUS ALBERTO ACOSTA**, se notificó a través de curador ad-Litem, quien no contestó demanda
- El señor **HUGO BAHAMON DUSSAN**, se notificó en debida forma y no contestó demanda

Alegatos de Conclusión

La **Parte Demandante**, dentro del término legal, reitera lo que se pretende argumentando que de conformidad al material probatorio aportado con la demanda y recopilado en la etapa probatoria, se deduce que la acción esta llamada a prosperar al demostrarse el actuar doloso o gravemente culposo de los demandados en la muerte violenta de Irma Vera Peña. Los señores **demandados- Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta** guardaron silencio en curso del traslado que les fue concedido para alegar de conclusión.

El **Ministerio Público** no emitió concepto de fondo.

CONSIDERACIONES **Competencia**

Recae en esta Corporación, en orden a lo dispuesto por el Art. 132.6 del Código Contencioso Administrativo.

Problema Jurídico:

Corresponde a la Sala determinar si se reúnen los requisitos necesarios para deducir la responsabilidad personal Los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**, por haber obrado con culpa grave o dolo y haber causado con su conducta el daño antijurídico por el cual, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional-, fue condenado a indemnizar perjuicios a favor de un tercero.

Solución al Problema Jurídico Planteado

La demanda de repetición fue consagrada inicialmente en el artículo 78 del Código Contencioso Administrativo¹ -algunas de cuyas expresiones fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-430 de 2000- como un mecanismo para que la entidad condenada por razón de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario suyo pueda solicitar de este el reintegro de lo que pagó como consecuencia de una sentencia, de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto.

Adicionalmente, como una manifestación del principio de la responsabilidad estatal el inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política señala que *"en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños que haya sido consecuencia de*

¹ *"Artículo 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere".*



la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”.

De igual manera, el legislador expidió 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”*. La mencionada Ley reguló los aspectos sustanciales de la repetición y del llamamiento en garantía, fijando su objeto, sus finalidades, así como el deber de su ejercicio y las especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente, al tiempo que consagró algunas presunciones legales con incidencia en materia de la carga probatoria dentro del proceso.

Ahora bien, debe advertir la Sala que los hechos debatidos en este proceso tuvieron lugar en el año 1987, época en la cual se produjo el deceso de la señora IRMA VERA PEÑA en hechos ocurridos el 05 de febrero de 1987, presuntamente cometidos por los señores Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta; condenándose a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional- a cancelar los perjuicios morales y materiales generados por este hecho; pago éste que genera la presente acción de repetición.

Existiendo claridad en que los hechos que dan origen a la acción de repetición ocurrieron antes de la expedición de la Ley 678 de 2001²; se concluye que esta norma no es aplicable en los aspectos sustanciales del presente caso, por lo cual, las normas que sirven de fundamento para el estudio del asunto corresponden a los artículos 77 y 78 del C.C.A, los cuales son del siguiente tenor:

ARTÍCULO 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.
ARTÍCULO 78. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.”

Acorde con lo anterior, se tiene que, para la prosperidad de la acción de repetición que la entidad estatal puede incoar en contra de sus funcionarios o ex funcionarios, deben reunirse ciertos requisitos, que se pueden enunciar en la siguiente forma:

1. Que se produzca una sentencia judicial o una conciliación o cualquier otra forma de
2. terminación del litigio, de las que se derive una obligación indemnizatoria a cargo de la entidad estatal;
3. Que la entidad haya pagado la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia o conciliación;
4. Que el daño que dio lugar al pago de la indemnización, haya sido resultado, en todo o en parte, de la actuación de un funcionario o ex funcionario de la entidad, en ejercicio de sus funciones;
5. Que la conducta de esa persona, haya sido dolosa o gravemente culposa.

Finalmente, se precisa, que cuando la acción de repetición deriva de la expedición de un acto administrativo, su declaración de nulidad no acarrea obligatoriamente la responsabilidad patrimonial del agente público, porque en todos los eventos se requiere la

² El artículo 31 de la Ley 678 de 2001 señala la vigencia de dicha ley a partir del momento de su publicación en el Diario Oficial, la cual se surtió el 4 de agosto de 2001.



demostración de su dolo o de su culpa grave, luego, las otras modalidades de culpa, a saber, leve y levísima no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal.

Caso concreto

En el sub-lite, la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional-** demandó en repetición a los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta** alegando que en su calidad de Soldados actuaron con culpa grave o dolo al causar la muerte de la menor de edad Irma Vera Peña *-de 17 años de edad y quien se encontraba en embarazo para la fecha de su muerte-*, en hechos ocurridos el 05 de febrero de 1987, homicidio que motivó que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos rindiera informes No. 5 y 23 de 1993 en los que recomendó al Estado Colombiano sancionar penalmente a los responsables del hecho e indemnizar a los familiares de la víctima, y por los cuales, se llevó a cabo conciliación prejudicial celebrada el 07 de octubre de 1999 en la que, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, acordó pagar a los perjudicados una indemnización por valor de \$120.546.820,81.

En efecto, en el plenario consta que los señores Araminta Peña Vda De Vera, Hector Vera Peña, Libardo Vera Peña, Emilio Antonio Vera Peña, Clodomiro Vera Peña, Daniel Vera Peña, Waldina Vera Peña, Ana Miryam Vera Peña, Odilia Vera Peña y Leonor Vera Peña, madre y hermanos de la víctima Irma Vera Peña, con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la concurrencia de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional-, llevaron a cabo conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación el día 07 de octubre de 1999, en la cual, se acordó el pago por valor de 800 gramos oro para la señora ARAMINTA PEÑA VDA DE VERA -madre de la víctima- y el valor de 400 gramos oro para HECTOR VERA PEÑA, LIBARDO VERA PEÑA, EMILIO ANTONIO VERA PEÑA, CLODOMIRO VERA PEÑA, DANIEL VERA PEÑA, WALDINA PEÑA VERA, ANA MIRYAM VERA PEÑA, ODILIA VERA PEÑA, LEONOR VERA PEÑA, acta de conciliación que fue aprobada por el Tribunal Administrativo de Santander a través de auto del 16 de diciembre de 1999.

- El pago de la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia:

Acorde con la documentación allegada al plenario, se acreditó que mediante Resolución No. No. 0577 del 29 de mayo de 2002, el Ministerio de Defensa ordenó cancelar la suma de \$120.546.820,81, como producto del acuerdo conciliatorio aprobado por el Tribunal Administrativo de Santander a través de auto del 16 de diciembre de 1999, al abogado Raúl Hernández Rodríguez, en calidad de apoderado de los familiares de la víctima Irma Vera Peña, valor que fue pagado el día 31 de julio de 2002 a través de consignación bancaria, conforme a la certificación emitida por el la Tesorera Principal de Ministerio de Defensa del 07 de mayo de 2004.

- Prueba de la calidad de servidor público:

Se comprobó igualmente en el plenario que los demandados los señores Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta eran miembros de la Patrulla Militar pertenecientes al Batallón de Infantería No. 13 García Rovira. Lo anterior, acorde con lo informado en la Resolución No. 009 del 9 de abril de 1997 proferida por las Fuerzas Militares de Colombia- Ejército Nacional- Quinta Brigada-Comando

- La conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público:

Como se anticipó, en el caso bajo análisis, los hechos que dieron lugar a la interposición de la demanda de repetición acaecieron antes de la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001.



Por tanto, el estudio del elemento subjetivo de la conducta del demandado debe realizarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa anterior, esto es, a la luz del artículo 63 del Código Civil:

Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

En el análisis de los elementos de procedencia de la acción de repetición, el Honorable Consejo de Estado ha señalado³ que con suficiente claridad que los conceptos de culpa grave y dolo previstos en el Código Civil deben armonizarse con lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política en referencia a la responsabilidad de los servidores públicos, al igual que con la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Debe además tenerse en cuenta el postulado de la buena fe, al cual deben ceñirse las actuaciones de tanto de los particulares como de las autoridades públicas.

Es así que, en materia de responsabilidad subjetiva, el análisis de la conducta del agente juega se encuentra ubicado en un plano trascendental para la prosperidad de la acción de repetición. Bajo esta línea de pensamiento, como lo ha sostenido la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permite al operador judicial deducir su responsabilidad y por es por tal razón que resulta necesario verificar la gravedad de la falla en su conducta⁴. Ha explicado la jurisprudencia:

(...) no puede ser irrelevante el hecho de que la norma constitucional (art. 90) haya establecido expresamente que el deber de las entidades estatales de repetir contra sus funcionarios o ex funcionarios, solo surge en la medida en que el daño a cuya reparación patrimonial hayan sido condenadas, pueda imputarse a la conducta dolosa o gravemente culposa de los mismos, lo cual, por otra parte, se explica por la necesidad de ofrecer unas mínimas garantías a los servidores públicos, en el sentido de que no cualquier error en el que puedan incurrir de buena fe, podrá servir para imputarles responsabilidad patrimonial ante la respectiva entidad estatal, lo cual podría conducir a un ejercicio temeroso, ineficiente e ineficaz de la función pública⁵.

³ Ver, entre otras, la sentencia del 31 de julio de 1997, expediente 9894, M.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴ Sentencia del 9 de septiembre de 2016, expediente 05001-23-31-000-2008-00380-01(49764), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁵ *Ibidem*.



Acorde con lo indicado, en aquellos eventos regidos por la normativa anterior a la Ley 678 de 2001⁶, la determinación de una conducta como dolosa o gravemente culposa le impone al demandante una carga probatoria ineludible, de modo que es a quien promueve la acción de repetición quien debe probar tal circunstancia y solo en este evento -de haberse aportado los elementos de juicio necesarios para la demostración de la conducta dolosa o gravemente culposa- habrá lugar a endilgarle responsabilidad patrimonial al demandado.

De ahí que en sede de repetición la responsabilidad del agente estatal solo puede declararse en la medida en que se compruebe su actuación dolosa o gravemente culposa. Siendo claro que bajo el régimen sustantivo anterior a la Ley 678 de 2001 tampoco bastaba con que se hubiera condenado al Estado para que se declarara automáticamente la responsabilidad patrimonial del agente público, ***"pues (...) se debe demostrar su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, de conformidad con lo establecido en el artículo 90 de la Constitución Política, y luego de un debate probatorio sobre estas modalidades de actuación del Agente público que comprometen su responsabilidad"***⁷.

En tal virtud, el juez de la acción de repetición debe evaluar la conducta del agente público a la luz de las nociones de culpa grave o dolo para determinar si hay lugar o no a atribuirle responsabilidad, previo un juicio de valor de su conducta. Este análisis debe efectuarse atendiendo lo consagrado en el artículo 167 del Código General del Proceso que establece que *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*. Lo anterior, conjugado con lo previsto en el artículo 168 del mismo estatuto procesal, que impone a la entidad demandante la carga de acreditar los hechos que fundamentan su pretensión de condena, a través de los medios de prueba que cumplan con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y licitud.

Precisado lo anterior, pasa la Sala a analizar, de acuerdo con el material probatorio obrante en el plenario, si el supuesto fáctico planteado por la parte demandante, esto es, que la causa para que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – debiera reconocer perjuicios derivados del deceso de la menor de edad IRMA VERA PEÑA se debió a la actuación dolosa o gravemente culposa de los señores Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta.

De los medios de prueba acopiados a lo largo del proceso se tiene probado que la Justicia Penal Militar adelantó investigación en contra de los aquí demandados **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta** *-este último vinculado al proceso penal como persona ausente-*, por los hechos ocurridos el día 5 de febrero de 1987, en el sitio conocido como Piedra Azul, de la vereda Carabobo en jurisdicción del municipio de Concepción en los que resultó muerta la menor IRMA VERA PEÑA *-de 17 años de edad y quien se encontraba en embarazo-*.

En curso de la investigación adelantada por parte de la Justicia Penal Militar se profirió la Resolución No. 003 del 11 de abril de 1995, a través de la cual, el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, en uso de las atribuciones contenidas en los arts. 332, 652 y 654 del Código Penal Militar, convocó un Consejo Verbal de Guerra en la guarnición militar de Bucaramanga en contra de los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta** por el homicidio de la menor Irma Vera Peña. La referida providencia contiene un recuento

⁶ Como se indicó, la Ley 678 de 2001 definió los conceptos de dolo y culpa grave con los cuales se califica la conducta del agente, al tiempo que estableció algunas presunciones legales con incidencia en materia de la carga probatoria dentro del proceso.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 3 de octubre de 2007, exp. 24.844, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.



de las versiones entregadas por los hoy demandados⁸ en curso de la indagatoria que absolvieron, las cuales dan cuenta de su participación directa en los hechos en los que fue asesinada la menor Irma Vera Peña, quien *-según se consigna en la Resolución-* era una **humilde campesina de la región que fue abatida de manera indiscriminada por los militares "no como reacción hacia el enemigo, sino como una acción primigenia proveniente del personal de tropa."** La Resolución hace notar igualmente, las contradicciones en que incurrieron los investigados en lo que tiene que ver, entre otros aspectos, con la forma en que fue dada de baja Irma Vera Peña y el tiempo en que duró el supuesto combate entre las tropas y miembros de células subversivas. Las versiones de los indagados, fueron resumidas de la siguiente manera:

"Fueron vinculados procesalmente mediante indagatoria los militares: MY. MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS, MY. HUGO BAHAMON DUSSAN y SS. HECTOR RAUL REYES, quienes dentro de un análisis conjunto de sus versiones, expusieron lo siguiente:

- 1. Que el Comandante de la operación militar, a cargo de las patrullas ubicada en el sitio y fecha de autos, lo era el Mayor MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS, por ser el Oficial más antiguo de la patrulla en ese momento.*
- 2. Que los componentes de la patrulla militar de que habla el expediente, recibieron orden de operar en el sitio PIEDRA AZUL, con fundamento en una información recibida por el Comandante del Batallón GARCIA ROVIRA, Teniente Coronel PILINIO RODRIGUEZ VILLAMIL. Par el efecto salieron desde la Base Militar de CERVITA a las 20:00 joras del 4 de febrero de 1987 y al día siguiente 5 de febrero /87, yendo por la carretera que conduce hacia TAVETA o PIEDRA AZUL, en la vereda CARABOBO del municipio de CONCEPCION, aproximadamente a las 11:00 horas identificaron una especie de cambuche en la parte alta y reunidas las tropas concluyeron que posiblemente se les tendería una emboscada por parte de la guerrilla...A los diez minutos después de iniciado el avance se escucharon unos disparos que aferraron al terreno a la patrulla que comandaba el MY RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS que avanzaba por la derecha y entre tanto el grupo que se había designado para infiltrarse por parte izquierda coronó la parte más alta y comenzó a bajar, produciéndose así el contacto armado con los "subversivos" que pretendían huir por el cañón del río COLORADO, para concluir el combate con la baja ocasionada a quienes resultaron como los occisos del proceso.*
- 3. (...)*
- 4. El MY RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS en su indagatoria al folio 246 dice que hubo cuatro muertos, y no siete, que esos muertos son los que aparecen en las fotografías del proceso ... los soldados reaccionaron por intuición disparando sus armas al ser hostigados por los subversivos, teniendo como antecedente que en el sector fueron dados de baja, con anterioridad a la fecha de los hechos, doce soldados... En cuanto a los occisos refirió el MY RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS que uno de ellos portaba uniforme de Policía completo y un brazalete del E.L.N., que el armamento que portaban eran revólveres y granadas y unos equipos de campaña.*
- 5. Al igual que el MY RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS, los otros indagados sostienen que la tropa reaccionó de manera instintiva por agresión de los guerrilleros...*
- 6. ...Según el MY BAHAMON DUSSAN el primer disparo provino de una pistola que portaba un bandolero que estaba de posta, quien accionó el arma hacia el soldado puntero del grupo que comandaba el CT. RODRIGUEZ originándose así la reacción de la tropa para trabarse en combate con los guerrilleros.*
- 7. El MY BAHAMON DUSSAN al folio 311 dijo que al momento de los hechos "había neblina y la visibilidad era cero", hasta el punto de que "los soldados y cuadros no pudieron determinar quien era o quien no era ... en el momento del combate se vieron cuatro bultos que estaban sobre el lugar de donde nos estaban haciendo fuego a nosotros como manifesté anteriormente, la neblina no le permitía a uno saber quien era hombre o quien era mujer, sino sencillamente*

⁸ El demandado JESUS ALBERTO ACOSTA no rindió indagatoria como quiera que fue vinculado a la investigación penal como persona ausente.



- un grupo de cuatro personas sobre el lado de donde nos estaban disparando".***
A esta versión se contraponen la afirmación del MY RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS, al folio 1.197, cuando afirmó que "el hecho ocurrió a plena luz del sol y en el sector había visibilidad total."
8. ...
9. *El SS. REYES en su indagatoria manifestó... los hechos se originaron cuando el Sargento URIBE estando cerca al portón de la casa les salieron unos tipos disparando y el Suboficial reaccionó pero el fusil no le disparó, los individuos corrieron hacia la parte derecha de la casa por donde precisamente bajaba el Sargento REYES HENANDEZ y ante los disparos obligaron a los militares a atrincherarse y así huyeron los atacantes quienes al ser perseguidos se metieron en una cañada...*
10. ***Sobre las referencias relacionadas precisamente con la muerte de IRMA VERA PEÑA dijo al folio 1.149 vuelto el MY. HUGO BAHAMON DUSSAN: "...con respecto a la muchacha que cayó en el enfrentamiento, murió porque estaba cerca a los bandoleros en el momento en que ellos le dispararon a mi tropa, mi tropa reaccionó disparando hacia donde estaban ellos y había algo o mejor mucho de neblina...lo que sí puedo asegurar es que a la muchacha no se le dio de baja posteriormente sino ahí en el cruce de disparos producido durante el enfrentamiento."*** *Por su parte al folio 1.175 el SS HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ manifestó: "...Yo quiero preguntarme, personal que porta armas tiene armas de fuego y granadas es ama de casa? Tiempo atrás no sé quien sería pues yo nunca he ido por allá ni la conocía, lo que sí afirmo es que nos disparó y nos lanzó granadas y no murió dentro de la casa, murió en una cañada y al morir poseía una pistola calibre 9 mm. Y tenía el portagranadas ..."*
11. *A folio 1.149 el MY BAHAMON DUSSAN refirió que "el enfrentamiento duró aproximadamente cinco minutos", a folio 1.167 el SS. HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ dijo que el enfrentamiento armado duró "unos siete a diez minutos"; y, al folio 1.197 el MY MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ-GRANADOS afirmó que "el enfrentamiento duró dos horas aproximadamente".*

Luego del recuento de las pruebas acopiadas en curso del proceso penal, la providencia que convocó a Consejo de Guerra, hizo énfasis en las contradicciones existentes entre las declaraciones y las versiones de las injuradas del personal militar, sobre la manera en que se desarrollaron los hechos y la forma en que fue asesinada Irma Vera Peña, a quien describen como una lugareña inocente que no portaba armas al momento en que fue ultimada por los militares. Se destaca igualmente que los militares no fueron contestes en determinar el sitio preciso en donde resultaron muertos la menor y otros tres individuos, en razón a que, sin que mediara orden de autoridad alguna, los militares decidieron sacar sus cuerpos a la carretera, desvirtuando la versión que habían entregado acerca de que fueron dados de baja en el río COLORADO. Se puso de presente además que, sin explicación alguna, los militares, inicialmente reportaron siete muertos cuando y que, contrariamente, los mismos indagados manifestaron en su injurada que en realidad existieron solo cuatro bajas, hecho este que, en criterio del Comando de la Quinta Brigada, tuvo como único fin **"el afán premeditado" de los militares "de obtener una condecoración, como efectivamente ocurrió"**. Se cuestionó finalmente el que, durante la diligencia de levantamiento de los cadáveres, los militares que participaron en el operativo no hubieran presentados las armas que decían, portaban los occisos. Por resultar relevante para la adopción de la decisión en el presente caso, la Sala transcribe los apartes relevantes de la Resolución 003 de 1995:

"(...) En el sitio de los hechos y concretamente en la casa de IRMA VERA PEÑA, parece que efectivamente había guerrilleros, pero esos guerrilleros estaban acompañados de IRMA VERA PEÑA y MAURICIO CASTRO, dos humildes campesinos de la región, y en tales circunstancias hasta allí llegaron los militares de autos, vestidos de bandoleros, y de manera indiscriminada mediante la sorpresa los mataron, no como reacción al enemigo, sino como una acción primigenia proveniente del personal de tropa.



Esto se explica por los siguientes aspectos, que comprometen seriamente y endilgan responsabilidad penal de los imputados de autos:

No presentaron las armas que dicen portaban los occisos durante la diligencia de levantamiento de los cadáveres. La funcionaria que practicó la diligencia fue clara y precisa al consignar que las armas no estaban con los cadáveres, sino que a ella se le informó por parte del Comandante de la Unidad que se habían incautado unas armas, las cuales no presenció.

*A la anterior situación se auna el hecho de que los autos no determinaron el sitio preciso donde resultaron muertos la mujer y los tres individuos, **porque sin orden de autoridad los militares sacaron los cuerpos a la carretera y desvirtuaron la certeza de que hubiesen muerto en las cañadas del río COLORADO.***

...
*Es grave, el análisis de los indicios, el que se hubiesen reportado siete muertos cuando en realidad existieron cuatro y así lo sostiene los indagados del proceso cuando se les llamó a injurada controvirtiendo sus propias afirmaciones contenidas en sus declaraciones. Por qué reportar siete muertos? Conocedores del medio militar, podemos **presumir fundadamente que al aumentar el reporte sobre el número de las bajas, ello hace suponer con lógica y fundada razón que los militares del proceso lo hicieron con el afán premeditado de obtener una condecoración, como efectivamente ocurrió.***

*Cuando las bajas se producen en actos de combate o contacto armado con el enemigo la actitud y actividad posterior de la tropa debe ser diáfana y cristalina, sin ningún tipo de ocultamientos hacia la población civil; actuar en contrario indica una preparación ponderada al ocultamiento de los hechos y es señal de que la actuación de la tropa no fue cristalina. Y esto último fue lo que hicieron los imputados del proceso cuando **no permitieron que los habitantes de la región una vez pasaron los hechos materia del proceso, se acercaran al sitio, sino que por el contrario todo indica que fueron retenidos para no permitírseles presenciar la actividad de la tropa y el manejo que daba a los occisos y elementos que dicen que portaban.***

...
*Si se dice que IRMA VERA PEÑA, quien no es otra que la mujer que salió cogida de la mano de uno de los individuos cuando los Suboficiales REYES y URIBE se acercaban a la casa, esta era razón suficiente para extremar las medidas atinentes en aras de no ocasionar la muerte de una víctima inocente, máxime si se tiene en cuenta que en ese momento los "guerrilleros" pretendían era huir y sin embargo se les persiguió hasta ocasionarles la muerte según los dichos de los propios militares; y desde este tópico la conducta exigible era el que permitiesen el escape de los individuos así se tuviese en ese momento la firme creencia de que eran guerrilleros, con tal de **no ocasionar la muerte de una inocente que iba con ellos, así fuese a la fuerza o por su propia voluntad.** (...)" (se destaca por la Sala)*

Se allegó al plenario igualmente la Resolución No. 009 del 9 de abril de 1997, Proferida por el Comandante de la Quinta Brigada del Ejército Nacional, por medio del cual se convoca a un nuevo Consejo Verbal de Guerra en la guarnición militar de Bucaramanga.

Mediante sentencia del 10 de marzo de 1997, proferida por el Tribunal Superior Militar, se resolvió "Revocar la sentencia de 2 de agosto de 1996 proferida por la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra mediante la cual absolvió al Mayor (r) MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ- GRANADOS, Mayor HUGO BAHAMON DUSSAN, SS. (r) REYES HERNANDEZ HECTOS RAUL y CP. (r) ACOSTA JESUS ALBERTO por el delito de Homicidio y en consecuencia declara la CONTRAEVIDENCIA de los veredictos emitidos por los vocales y que sirvieron de fundamento a la sentencia revocada. (...)"

Con providencia del 28 de enero de 1998, el Consejo Verbal de Guerra resolvió "PRIMERO: ACOGER los veredictos de NO ES RESPONSABLE POR UNANIMIDAD proferido por los señores Vocales del Consejo Verbal de Guerra frente a los dieciséis (16) cuestionarios



presentados a consideración de ellos, en los que se les preguntaba sobre la responsabilidad penal del MY(R) MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ- GRANADO, TC. HUGO BAHAMON DUSSAN, SS. (R) HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ y CP. (R) JESUS ALBERTO ACOSTA, por el delito de HOMICIDIO de que fueran víctimas IRMA VERA PEÑA, MAURICIO CASTRO y dos personas más sin identificar; de conformidad con la razón expuesta en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: como consecuencia de la decisión anterior, ABSOLVER como en efecto se ABSUELVE al siguiente personal militar en servicio activo y en retiro, de condiciones civiles y militares referidas en esta providencia, así: MY(R) MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ- GRANADO, TC. HUGO BAHAMON DUSSAN, SS. (R) HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ y CP. (R) JESUS ALBERTO ACOSTA, sindicados del delito de HOMICIDIO en IRMA VERA PEÑA, MAURICIO CASTRO y dos personas más sin identificar. (...)"

La muerte de la menor Irma Vera Peña fue denunciada ante la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, organismo que emitió Informe No. 5/93 del Caso No. 10.456 Colombia, de fecha 11 de marzo de 1993, en la que, luego del recaudo de algunas pruebas, concluyó la necesidad de sancionar penalmente a los responsables de la "ejecución extrajudicial" de que fue víctima por parte de miembros de las Fuerzas Militares, recomendando reconocer indemnización de perjuicios a favor de sus familiares:

- "1. Que el Gobierno de Colombia ha dejado de cumplir con su obligación de respetar y garantizar contenidos en los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal, 7(derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (sobre protección judicial), en conexión con el artículo 1.1, y 2 consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Colombia es Estado parte, respecto de la detención ilegal y posterior homicidio de la menor Irma Vera Peña.*
- 2. Recomendar al Gobierno de Colombia que se continúen y complementen las investigaciones sobre los hechos denunciados **hasta sancionar penalmente** a los culpables, por la **ejecución extrajudicial de Irma Vera Peña, evitándose de esta manera la consumación de hechos de grave impunidad que lesionan las bases mismas del orden jurídico.***
- 3. Recomendar al Gobierno de Colombia pagar indemnización compensatoria a los familiares de la víctima.*
- 4. Solicitar al Gobierno de Colombia que garantice la seguridad y otorgue la protección necesaria a los testigos que han prestado su colaboración para el esclarecimiento de los hechos a fin de que no siga la misma suerte del esposo de IRMA VERA PEÑA, señor Delfín torres, asesinado el pasado 9 de junio del presente año.*
- 5. Solicitar al Gobierno de Colombia que informe a la Comisión en el plazo de 3 meses sobre las medidas que hubiese tomado en virtud del presente informe. Si transcurrido este plazo, no se presentasen observaciones por parte del Gobierno de Colombia, la Comisión lo incluirá en su próximo informe Anual a la Asamblea General de la OEA de conformidad con el artículo 63 (g) de su Reglamento.*
- 6. Comunicar este informe al Gobierno de Colombia y al reclamante, los que no están autorizados a publicarlo."—Resalta la Sala-*

En Informe No. 23/93, Caso No. 10.456 Colombia del 05 de octubre de 1993, la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, llega a las mismas conclusiones del informe anteriormente expuesto.

Con Resolución número 3/93 del 11 de septiembre de 1996, suscrita por el Ministro del Interior y el Viceministro de Relaciones Exteriores, el Ministro de Justicia y del Derecho y el Ministerio de Defensa, se emite concepto favorable para dar cumplimiento al Informe 23 de 1993 emitido por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

"Emitir concepto favorable para el cumplimiento del informe 23/93 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los términos y para los efectos de la ley 288 de 1996.



Señalar que con base en el trámite conciliatorio o judicial de liquidación de perjuicios consiguiente no podrán efectuarse pagos a quienes hubiesen sido ya indemnizados por los hechos a que se refiere el mencionado informe, en cumplimiento de una sentencia o de un acuerdo conciliatorio total.

Señalar, así mismo, que las autoridades que efectúen indemnizaciones de conformidad con el presente concepto deberán ejercer la acción de repetición, siempre que reúnan los supuestos exigidos en el segundo inciso del artículo 90 de la Constitución Política.”

Finalmente, a este diligenciamiento se incorporó una copia del proceso penal No. 104343 adelantados por el MY R MANUEL EDGARDO RODRIGUEZ DIAZ- GRANADO, TC. HUGO BAHAMON DUSSAN, SS. (R) HECTOR RAUL REYES HERNANDEZ y CP. (R) JESUS ALBERTO ACOSTA, por el delito de homicidio del que fue víctima la menor IRMA VERA PEÑA.

Al abordar el estudio del caso, la Sala debe considerar que, en aras de establecer la responsabilidad personal de los agentes o ex agentes estatales, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta necesariamente el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, es necesario establecer si dicho incumplimiento fue debido a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir, con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas -actuación dolosa- o si, al actuar, estaba en posibilidad de prever la irregularidad en la que incurría y el daño que podía derivarse de la misma, y aún así no lo hizo o confió en poder evitarlo -actuación culposa-.

Sobre la valoración subjetiva de la conducta realizada por los demandados, y la participación que éstos tuvieron en el resultado del homicidio de la menor Irma Vera Peña, la Sala considera, sin lugar a dudas, que sus conductas fueron revestidas de dolo. En primer lugar, lo anterior se concluye a partir de las versiones entregadas por los propios demandados en curso de las diligencias de indagatoria que absolviéron –y que fueron incorporadas al plenario como parte del proceso penal que se adelantó en su contra- de las cuales, tal y como fue destacado en la Resolución No. 003 del 11 de abril de 1995, a través de la cual se convocó un Consejo Verbal de Guerra en la guarnición militar de Bucaramanga en contra de los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**, los militares entraron en contradicciones insalvables sobre la manera en que se desarrollaron los hechos y la forma en que fue asesinada la menor, pues al tiempo que el My. Hugo Bahamón Dussan aseguró que la menor resultó muerta solo por el hecho de encontrarse cerca de los “bandoleros” que atacaron la tropa militar y en medio del fuego cruzado del cual la víctima no hacía parte activa, el SS Héctor Raúl Reyes manifestó que la menor murió por ser parte de los subversivos que dispararon a los militares y que además portaba una pistola 9mm y un portagranadas –armamento que valga insistir, no fue encontrado ni entregado al momento de realizar la diligencia de levantamiento del cadáver-. Se suma a lo anterior que los Militares, luego del enfrentamiento que dicen haber sostenido con insurgentes, y sin que mediara orden de autoridad alguna, movieron los cadáveres –dentro de ellos, el de la menor Irma Vera- desde el lugar en que fueron abatidos hasta una carretera, lo cual, impidió realizar una adecuada inspección a la zona en que ocurrieron los hechos.

La Sala se apoya igualmente en los Informes 5/93 y 23/93, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que se recomendó al Estado Colombiano juzgar a los responsables del hecho y reparar a las víctimas. Para efecto de determinar la conducta dolosa o gravemente culposa en los demandados, la Sala considera necesario atender las consideraciones que expuso en su momento la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en los informes 5/93 y 23/93 con respecto del caso No. 10.456, en donde hace notar que las pruebas allegadas al proceso penal resultaban **evidentes e incontrovertibles frente a la responsabilidad de los militares en la muerte de la menor Irma Vera Peña, tildando de “gravísimo desacierto” la decisión adoptada**



por la justicia penal militar que exoneró a los implicados en el hecho. Se indicó en el informe lo siguiente:

"1. En cuanto a la admisibilidad:

a. Que la Comisión es competente para examinar la materia del caso por tratarse de violaciones de derechos estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4, relativo al derecho a la vida; artículo 7, derecho a la libertad personal; artículo 8, garantías judiciales; artículo 25, derecho a una efectiva protección judicial.

b. Que la reclamación reúne los requisitos formales de admisibilidad contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

c. Que en el presente caso resulta a todas luces evidente que los peticionarios no han podido lograr una protección efectiva de parte de los organismos jurisdiccionales internos, **los que pese a las evidencias incontrovertibles puestas a disposición, han exonerado a los miembros del personal militar como responsables**, por lo cual, además agotados o no los recursos de la jurisdicción interna, estos no pueden ser alegados en su favor por el Gobierno de Colombia para suspender la tramitación que se viene siguiendo de este caso ante esta comisión, en consideración al retardo que ha sufrido la investigación interna de este proceso.

d. Que la presente reclamación no se encuentra pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional ni es la repetición de petición anterior ya examinada por la Comisión.

2. **Con Respecto a las investigaciones del Gobierno de Colombia:**

a. Que las investigaciones efectuadas por las autoridades del Gobierno de Colombia a través de la Seccional de Instrucción Criminal de Norte de Santander, Juzgado 25 de Instrucción Penal Militar, Procuraduría del Departamento de Norte de Santander, Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, Procuraduría Delegada para el M.P., Procuraduría General de la Nación **deberían haber reunido información probatoria, consignada dentro del presente informe, suficiente para sindicar e inculpar a los miembros activos del Ejército Colombiano, perteneciente al Batallón "García Rovira" como responsables de los hechos si no se hubiese cometido el gravísimo desacierto, que no puede tratar de explicarse ni justificarse, de haber efectuado y basado la investigación en un aberrante proceso de juzgamiento en que actúa como juez el propio autor intelectual y material de los hechos cuestionados.**

b. Que frente a las protestas e indignación que produce este singular "fallo", el Tribunal Superior Militar revoca dicha decisión y ordena reabrir la investigación.

c. Que el expediente ha regresado al 25 Juzgado de Instrucción Penal Militar donde hasta la fecha continua sin que se pronuncie sancionando a los responsables.

3. En relación con otros aspectos relacionados con la tramitación:

(...)

4. Otras consideraciones:

a. Que en el desarrollo del presente caso ha quedado acreditado y por su parte el **Gobierno de Colombia no ha negado la participación de agentes de la fuerza armada Colombiana en la autoría del homicidio de la menor Irma Vera Peña cuyo avanzado estado de embarazo hacia poco probable que pudiera estar promoviendo enfrentamientos con el ejército.**

b. Que confirma esta situación las expresas y reiteradas pruebas proporcionadas por los peticionarios consistentes en testimonios personales y directos que obran en la investigación, uno de los cuales, el de su propio esposo Delfín Torres, recientemente también asesinado, **descarta toda posibilidad de que la muerte de IRMA VERA tuviera lugar en un enfrentamiento.**

c. **Que favorecer la impunidad constituye una grave violación a las normas básicas de derechos humanos y a los principios de justicia que fundamentan el estado de derecho, que se hayan contemplados en el orden jurídico interno y también en el internacional.** (Negritas y subrayas por fuera del texto)



Ahora bien, con apoyo en lo referido por la COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, para la Sala, el comportamiento de los militares que participaron en el operativo en el que resultó muerta la menor Irma Vera Peña es a todas luces arbitrario y configurativo de un abuso de autoridad y de la fuerza por parte de los **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**. La Sala resalta que la vulneración conllevó un desconocimiento absoluto de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal⁹ de la víctima, así como del principio fundamental a la dignidad humana contenidos en el Preámbulo y en los artículos 2^o¹⁰, 11¹¹, 12¹², 95¹³ de la Constitución Política de 1991.

Cabe destacar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el deber que tienen los miembros de la Fuerza Pública de respetar y acatar las disposiciones contenidas en la Carta Política de 1991, en los siguientes términos¹⁴:

"El Estado Colombiano se edifica en el principio del Estado Social de Derecho, según el cual el eje principal de la organización pública es la persona, entendida como un sujeto titular de derechos que deben ser protegidos en su integridad por quienes detentan el poder público. En otras palabras, dada la connotación antropocéntrica de la Carta Política, los derechos humanos y, especialmente, los de carácter fundamental son inviolables, inalienables e imprescriptibles y, precisamente, es el Estado el principal encargado de velar por el respeto de esas garantías esenciales del ser humano.

Así las cosas, los miembros de la fuerza pública deben ceñirse estrictamente a los parámetros y postulados fijados por la Carta Política, pues cualquier distorsión o trasgresión de ese conjunto de principios, valores y derechos contenidos a lo largo del ordenamiento jurídico (negrilla fuera de texto), por muy loable en apariencia que sea el propósito que subjetivamente se actúe por parte de los funcionarios (v.gr. eliminar a las fuerzas al

⁹ Sobre la importancia de la protección de éstos derechos fundamentales, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia del Sentencia SU-200/97 del 17 de abril de 1997, MP. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo, que:

"El derecho a la vida, consagrado en el artículo 11 de la Constitución, aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo (...).

En cuanto a la integridad personal, valor cuya jerarquía es cercana a la de la vida y cuyas violaciones casi siempre la ponen en peligro, se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, psicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano. Tales elementos y el todo resultante de su articulación deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, por acción u omisión de autoridades o particulares.

El derecho a la integridad personal se deriva directamente de la consideración y el respeto que merece el ser humano en su esencia por razón de su dignidad intrínseca, que resulta ofendida en alto grado por cualquier forma de maltrato moral o material.

La vida y la integridad personal son bienes jurídicamente protegidos en el ordenamiento interno, de manera genérica por el Preámbulo y por el artículo 2° C.P., y en forma específica a través de los artículos 11 y 12 Ibidem, que fueron desarrollados para los militares en servicio activo por el Código Penal Militar (...)"

¹⁰ Artículo 2: (...) 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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Subrayado fuera de texto).

¹¹ Artículo 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

¹² Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

¹³ Artículo 95: (...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

¹⁴ Sección Tercera, sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente: 05001-23-25-000-1998-02246-01(35529), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.



margen de la ley), se traduce en uno de los peores crímenes o delitos reprochados por la humanidad; lo anterior, como quiera que cuando es el mismo Estado –entidad que detenta el uso legítimo de la fuerza–, quien a través de sus miembros activos emplea sus medios e instrumentos para cercenar, aniquilar y desdibujar las garantías fundamentales del ser humano se quebranta el principio basilar del Estado Social de Derecho, esto es, la dignidad humana, y ello se presta para definir a la organización pública como ilegítima, pues actúa en contra de los propios mandatos trazados por el constituyente primario y directo detentador de la soberanía y del poder político”.

Bajo este contexto puede afirmarse, sin lugar a equívocos que, los agentes de los estamentos de seguridad del Estado se encuentran compelidos a respetar la Carta Política y la legislación especial que rige la materia, sin que sea posible para ellos, invocar la obediencia debida o el cumplimiento de un deber legal, en aquellos casos en que con su conducta sea tildada de constitutiva de crímenes o delitos de lesa humanidad, de guerra o, de cualquier comportamiento atentatorio de los derechos humanos¹⁵, exigencia que resultó infringida por Militares que ahora concurren a este proceso en calidad de demandados. Igualmente, las conductas desplegadas por los militares vulneraron los mandatos comprendidos en el ámbito del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, especialmente los en el artículo 6.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁶.

No puede dejarse de lado igualmente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ ha precisado los criterios que determinan el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado, indicando con suma claridad que su aplicación deberá estar regida, entre otros, por los siguientes criterios: *"1) Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad: "El uso de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad estatales debe estar definido por la excepcionalidad, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, el Tribunal ha estimado que sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control”.*

En criterio de esta Corporación, en el *sub lite* el abuso autoridad y de la fuerza por parte de los ex militares demandados contra la menor Irma Vera Peña, quien, encontrándose en un avanzado estado de embarazo resultó muerta en hechos acaecidos el día 5 de febrero de 1987, como consecuencia de una incursión militar en el sitio conocido como Piedra Azul, de la vereda Carabobo en jurisdicción del municipio de Concepción, resulta ilegítimo e injustificado acorde con los postulados que predica el Estado Social de Derecho a los que se encuentra sometido el ordenamiento jurídico nacional¹⁸, trasgrediendo de esta manera las disposiciones internacionales consagradas en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Artículo 6. 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

¹⁷ Sentencia del 5 de julio de 2006, caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, párrafo 67.

¹⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 2º. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

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, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.



Políticos de 1966 –antes referido-, al igual que el contenido de la Resolución No. 34/169 de 17 de diciembre de 1979 de la Asamblea General de las Naciones Unidas con la cual se adoptó el Código de Conductas para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en cuyo artículo 3º dispone que: “*Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas*”, exigencia que no se acreditó en el caso en estudio.

No puede dejarse de lado que en el presente caso, los demandados, por ser miembros de la Fuerza Pública, contaban con preparación previa en el ejercicio de su función en virtud de la cual estaban compelidos a cumplir en todo momento los deberes que imponía la ley, con miras esencialmente a servir a la comunidad y brindar una adecuada protección a todas las personas contra actos ilegales. Es por ello que, la ejecución de las actividades propias de su vida militar, se encontraba indiscutiblemente sometida al respeto y protección de la dignidad humana así como a la defensa de los derechos humanos de todas las personas, incluyendo especialmente a aquellos civiles que se encuentran en medio del conflicto armado y sólo están en posibilidad de hacer uso de la fuerza cuando se estrictamente necesario, lo cual, necesariamente exige que se atiendan los límites de razonabilidad y proporcionalidad que la situación fáctica demandaba, lo cual no aparece demostrado en este caso.

Acorde con lo expuesto, la Sala observa que los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta** como miembros del Ejército Nacional, incurrieron en un gravemente culposos pues se acreditó que su conducta conlleva la trasgresión del sistema nacional e internacional que protege los derechos humanos e implicó un trato imprudente en el uso de la fuerza, al no prever las consecuencias que podía traer para la población civil el uso de las armas en momentos en que, según expusieron los militares, intentaban repeler un ataque de miembros de grupos subversivos.

De manera que, como la parte demandante logró demostrar que el actuar de los militares **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**, fue gravemente culposa al enmarcar su accionar dentro de la definición que el artículo 63 del Código Civil trae sobre el dolo y culpa grave, la Sala declarará como acreditado el elemento subjetivo de la conducta y por consiguiente declarará la prosperidad de la pretensión de repetición adelantada por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contra de los citados demandados.

La condena.

Para efectos de la liquidación de la condena a imponer en este fallo de repetición la Sala tendrá en cuenta que del monto pagado por la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a favor de ARAMINTA PEÑA VDA DE VERA, HECTOR VERA PEÑA, LIBARDO VERA PEÑA, EMILIO ANTONIO VERA PEÑA, CLODOMIRO VERA PEÑA, DANIEL VERA PEÑA, WALDINA PEÑA VERA, ANA MIRYAM VERA PEÑA, ODILIA VERA PEÑA y LEONOR VERA PEÑA- familiares de la víctima Irma Vera Peña- ha de descontarse el rubro correspondiente a los intereses. Lo anterior teniendo en cuenta que el pago de intereses corresponden asumirlos al Ente administrativo condenado y no pueden ser imputados como obra del actuar gravemente culposos del demandado en repetición. Así lo ha explicado la jurisprudencia:

“La condena en repetición no puede incluir los intereses pagados por la entidad demandante, pues no son imputables a la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público, sino a la demora en el pago de la reparación patrimonial,



*circunstancia atribuible a la entidad pública*¹⁹.

Así las cosas, del total pagado de \$120.546.820.81 se descontará lo concerniente a al pago de intereses, razón por la cual la liquidación se llevará a cabo sobre **SETENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO PESOS (\$78.774.828.00)**.

Se dará aplicación a la fórmula de actualización, para lo cual se utilizará como índice inicial el correspondiente al mes de enero de 2000 (ejecutoria del auto aprobatorio de la conciliación prejudicial celebrada entre los familiares de la víctima Irma Vera Peña y la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional-) y cómo índice final el último conocido a la fecha de esta providencia:

$$\begin{aligned} \text{Va} &= \text{Vh} \times \frac{\text{índice final / febrero de 2022 (último registrado)}}{\text{índice inicial / enero 2000}} \\ \text{Va} &= \$78.774.828,00 \times \frac{115,11}{40,30} \end{aligned}$$

$$\text{Va} = \text{\$ 225.006.710,94}$$

Hay lugar a condenar a los señores **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta** al pago de la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEIS MIL SETECIENTOS DIEZ PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$225.006.710,94)** a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión de repetición.

De igual forma, se dispondrá que el pago de esta condena se efectúe dentro de los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de este fallo.

Condena en Costas

No se condenará en costas acorde con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, por tratarse de un asunto en el que se ventila un interés público.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. DECLARAR que los demandados **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**, en su calidad de miembros del Ejército Nacional y por su conducta gravemente culposa, propiciaron la conciliación prejudicial celebrada el día por la cual, la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional – pagó a los señores Araminta Peña Vda de Vera, Hector Vera Peña, Libardo Vera Peña, Emilio Vera Peña, Clodomiro Vera Peña, Daniel Vera Peña, Waldina Vera Peña, Ana Miriam Vera Peña, Odilia Vera Peña y Leonor Vera Peña, los perjuicios causados con la muerte de Irma Vera Peña.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Rad. 42.660, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, radicado 19001-23-31-000-2010-00314-01(57008) y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 10 de noviembre de 2016, radicado 25000-23-26-000-2003-02450-02(40272).



- Segundo.** **CONDENAR** a **Héctor Raúl Reyes Hernández, Hugo Bahamon Dussan, Manuel Edgardo Rodríguez Granados y Jesús Alberto Acosta**, a reintegrar la suma de **DOSCIENTOS VEINTICINCO MILLONES SEIS MIL SETECIENTOS DIEZ PESOS CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$225.006.710,94)** a favor de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional-, suma que deberán cancelar en el plazo de seis (06) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia.
- Tercero.** **Consúltese** la sentencia ante el Honorable Consejo de Estado.
- Cuarto.** Sin condena en costas.
- Quinto.** Una vez ejecutoriada esta sentencia, **archívese** el expediente, previas las anotaciones de rigor en el Aplicativo Web SAMAI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Aprobado en Sala según Acta No. 09 de 2022.

IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
Magistrado Ponente

SOLANGE BLANCO VILLAMIZAR
Magistrada

IVÁN FERNANDO PRADA MACIAS
Magistrado

Firmado Por:

Ivan Mauricio Mendoza Saavedra
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 6 Administrativa

Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander

Solange Blanco Villamizar

Magistrado

Escrito 002 Sección Segunda

Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander

Ivan Fernando Prada Macias

Magistrado

Oral

Tribunal Administrativo De Bucaramanga - Santander

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: **8942a2b474e4e7b67e16340f03d0588322b4c49e49e1923fb165dbcbe18bd006**

Documento generado en 20/04/2022 04:11:39 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Mag. Ponente IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA

Bucaramanga, mayo veintiséis (26) de dos mil veintidós (2022)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Expediente No. 680013333009-2010-00312-01

MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS
DEMANDADO:	<p>INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN notificaciones@fiduagraria.gov.co</p> <p>NACIÓN – MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL Ministeriodesaludballesteros@gmail.com</p> <p>COOMEVA EPS burgosadriana@hotmail.com correoinstitucionaleps@coomeva.com.co</p> <p>COMFENALCO EPS atencionusuario@comfenalco.com.co jorgevallejobravo61@gmail.com</p> <p>SOLSALUD EPS gerencia.general@solsalud-eps.com.co</p> <p>COLMENA EPS HOY ALIANSALUD EPS notificacionesjudiciales@aliansalud.com.co</p>
MINISTERIO PUBLICO:	NELLY MARITZA GONZALEZ JAIMES PROCURADORA 159 JUDICIAL II nmgonzalez@procuraduria.gov.co

Se decide el **Recurso de Apelación** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, el día 19 de diciembre de 2017, que denegó las súplicas de la demanda, previa la siguiente reseña:

De la Demanda

Pretensiones:

En síntesis, con la demanda se pretende que se declare al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (En Liquidación) administrativamente responsable por los perjuicios materiales y morales sufridos por CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS a causa de los procedimientos clínico-médicos equivocados de que fue víctima, los cuales le produjeron la enfermedad de cáncer que actualmente padece.

Como consecuencia de dicha declaración, se ordene a los demandados reconocer y pagar a favor del demandante los perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, actualizando las sumas y dando cumplimiento a la sentencia en los

términos señalados en los arts. 176 y 177 del C.C.A., y se condene en costas a los demandados.

Hechos.

La parte actora sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Se indica en la demanda que al señor CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS le fue practicada radiografía de cadera el 17 de julio de 2009 en el Centro de Alta Tecnología CATME, la cual arrojó el siguiente resultado: *"Se observa una lesión de aspecto neoplásico que compromete la rama isquio púbica izquierda con compromiso de los tejidos blandos perióseos por lo cual se indican estudios complementarios. Articulaciones sacroiliaca y coxofemorales dentro de lo normal"*.

El día 15 de agosto de 2009, CARLOS ALBERTO MANTILLA fue diagnosticado con un tumor canceroso, descrito en imagen diagnóstica como *"Lesión osteolítica en la rama isquio púbica izquierda... Se confirma la presencia de una lesión de carácter expansivo isotensa, de localización medular que abomba y rompe la cervical de la rama isquio púbica izquierda ... Conclusión: Lesión expansiva intra ósea en la rama isquio púbica izquierda, con probable extensión local a los músculos adyacentes, de carácter neoplásico, acompañado de otro foco nodular de similares características localizada por detrás y por encima del trocánter mayor derecho, debe considerarse como primera posibilidad enfermedad metastásica de probable origen renal o gastrointestinal"*. El anterior diagnóstico coincidió con el concepto médico emitido el 17 de octubre de 2009 por el servicio de oncología del Centro Médico Clínica Bucaramanga en el que se advirtió la presencia de un "tumor de células gigantes con compromiso metastásico poliostótico".

Se menciona en la demanda que el cáncer que padece el actor es el resultado de exámenes y tratamientos médicos deficientes practicados en forma previa a que le fuera detectada la enfermedad, los cuales se remontan al día 6 de diciembre de 1992, fecha en la que ingresó a la Clínica Comuneros de esta ciudad con varias lesiones en el tórax causadas por un proyectil de arma de fuego por las cuales le fue practicada una laparotomía necesaria para la extracción del proyectil con el que había sido herido.

Se indica igualmente que el día 22 de octubre de 2008, el actor fue intervenido quirúrgicamente en la Clínica Carlos Ardila Lulle donde se le practicó una laparotomía explorativa con el fin de retirarle una compresa quirúrgica en avanzado estado de putrefacción que le fue descubierta en el sitio donde había sido operado inicialmente como consecuencia de las heridas recibidas en su tórax.

Refiere la parte actora que el descuido de haber dejado olvidada una compresa quirúrgica en la primera cirugía a la que fue sometido el demandante causó el cáncer que le fue diagnosticado años después.

Contestación a la Demanda

El **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a la prosperidad de la acción argumentando que las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico por los posibles perjuicios que se dice, fueron causados por la entidad al demandante, puesto que no existe nexo causal que demuestre que el cáncer que le fue diagnosticado tuvo como consecuencia una intervención quirúrgica deficiente, errónea y equivocada practicada en la Clínica Comuneros en el año 1992.

Como excepciones previas se propusieron la Inexistencia del demandado, No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y Caducidad.

Como excepciones de fondo se invocaron la Prescripción, Ausencia de Responsabilidad en el Hecho Causante del Daño, Inexistencia de Nexos de Causalidad, Ausencia de Culpa, Hecho Exclusivo y Determinante de un Tercero, Buena Fe y Falta de Título y Causa.

COOMEVA EPS se opuso a las pretensiones de la demanda sustentando su defensa en las siguientes excepciones: Cumplimiento del Contrato por parte de COOMEVA EPS SA, al no existir impericia ni negligencia; Cumplimiento del Contrato por parte de los Agentes Siendo el Contrato Médico un Contrato de Medio y no de Resultado; Inexistencia de Culpa e Imprevisión por Parte del Personal Médico que Atendió al paciente y de COOMEVA EPS SA y sus Agentes y la Patología Padecida por el Paciente.

SOLSALUD EPS SA al dar contestación a la demanda allegó al proceso una copia de la Resolución No. 003802 del 05 de junio de 2014 "POR LA CUAL EL AGENTE ESPECIAL LIQUIDADOR SE PRONUNCIA EN RELACIÓN CON LAS RECLAMACIONES EXTEMPORANEAS Y EN RELACIÓN CON LOS PROCESOS ORDINARIOS, DE EJECUIÓN, FISCALES Y/O SANCIONATORIOS QUE CURSAN O LLEGAREN A NOTIFICARSE EN CONTRA DE SOLSALUD EPS SA EN LIQUIDACIÓN".

La **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMFENALCO –ANTIOQUIA EN LIQUIDACIÓN-** intervino dentro del término de traslado de la demanda para oponerse a las pretensiones estructurando su defensa en las siguientes excepciones: Inexistencia de Causa Jurídica, Culpa Exclusiva del Paciente, Hecho de un Tercero, Inexistencia de Nexo Causal y Caducidad de la Acción.

ALIANZA SALUD EPS SA manifestó oponerse a las pretensiones de la demanda aduciendo que es necesario que se establezca la existencia de un nexo causal entre los hechos de la demanda y la patología presentada por el demandante para que a partir de ello se pueda predicar la responsabilidad de la parte pasiva en el presente proceso. Formuló como excepciones el Cumplimiento Contractual de Parte de ALIANSALUD EPS, Ausencia de Nexo Causal, Ausencia de Responsabilidad de ALIANSALUD EPS, Ausencia de Solidaridad y Buena Fe.

La **CLÍNICA CHICAMOCHA** –Llamado en Garantía- procede a contestar el llamamiento acorde con las siguientes excepciones: Inexistencia de Nexo Causal entre el Daño Sufrido y el Actuar de la Clínica Chicamocha, Cumplimiento Cabal de las Obligaciones Legales y Profesionales en la Prestación de los Servicios Médico Asistenciales por parte de la Sociedad Clínica Chicamocha y Caducidad de la Acción. Como excepciones de mérito frente al llamamiento en garantía propuso: Inexistencia de Causa que origina la Vinculación Procesal de la Clínica Chicamocha .S.A y Caducidad de la Acción.

LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS – Llamado en Garantía- se opone a las pretensiones y el llamamiento en garantía acorde con las siguientes excepciones: Inexistencia de Imputación Fáctica y Jurídica a la Clínica Chicamocha S.A., Ausencia de Falla del Servicio de la Clínica Chicamocha SA, en los actos médicos ejecutados a Carlos Alberto Mantilla Navas; Aplicación de la Lex Artis o Estado del Arte, Improcedencia de las Pretensiones de la demanda por Inexistencia de Estimación Razonada de la Cuantía Bajo Juramento Estimatorio y Ausencia de Fundamento Fáctico y Jurídico Para los Montos Pretendidos. Como excepciones de fondo al llamamiento en garantía propuso como excepciones la Ausencia de Cobertura CAIMS MADE del Seguro de Responsabilidad Civil; Sub-límite en la indemnización originada en daños extrapatrimoniales; Existencia / Aplicación del Deducible Pactado en la Póliza de Responsabilidad Civil Clínicas y Hospitales No. 1003134; Límite Global por Vigencia / Agotamiento del Valor Asegurado; Imposibilidad de Efectuar una Condena Directa a la Previsora S.A. Compañía de Seguros; Prescripción de las acciones, derechos y obligaciones emanados del contrato de seguro No. 1003134, certificado 21, vigencia (26/12/2014 – 26/12/2015), base y anexa al llamamiento en garantía e Inexistencia de cualquier de exclusión y limitación de conformidad con las condiciones particulares y generales (RCP-006-3) que rigen el seguro de responsabilidad civil clínicas y hospitales No. 1003134.

Sentencia de Primera Instancia

Fue proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, el día 19 de diciembre de 2017, a través de la cual se denegaron las súplicas de la demanda

al considerar en concreto que la parte actora *"no se preocupó por traer al proceso algún tipo de prueba científica o técnica que diera cuenta que la aparición del tumor encontrado en su cuerpo por los galenos de la clínica FOSCAL en el año 2009, tuvo como consecuencia el olvido de una compresa, de algún error o falla en el tratamiento y la atención dada al señor CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS, en la Clínica Comuneros, siendo que del análisis realizado por el Despacho no se advierte al menos de forma indiciaria esta circunstancia representada en negligencia o falta de esmero de parte del cuerpo médico de la Institución para brindar atención médica al paciente."*

Recurso de Apelación

La Parte Actora interpuso recurso de apelación mostrando su inconformidad con la sentencia de primera instancia aduciendo que, habiéndose demostrado que un cuerpo extraño fue dejado en el cuerpo del demandante cuando se le intervino quirúrgicamente, no es posible concluir, como lo hace el A quo, que este hecho nada tuvo que ver con el cáncer que le fue diagnosticado, pues *"...Un cuerpo extraño causa muchas secuelas que no se pueden clasificar y medir. Entonces sí hay una relación entre ese cuerpo extraño que se infecta, que se pudre durante varios años en un cuerpo humano y que desencadena muchas secuelas. Esa es la parte cierta y científica."*

Trámite de Segunda instancia

Una vez concedido el recurso de apelación por parte del Juzgado de primera instancia y habiéndose repartido el expediente, se admitió la alzada y posteriormente se ordenó correr traslado para alegar de conclusión y rendir concepto de fondo, conforme lo establece el Art. 247 de la Ley 1437 de 2011.

En dicho trámite se contó con las siguientes intervenciones:

ALIANSA EPS alegó de conclusión solicitando se confirme la sentencia de primera instancia argumentando que no concurren en el presente caso los requisitos señalados por la jurisprudencia del Consejo de Estado para demostrar la falla en la prestación del servicio médico. Reitera que COLMENA EPS, hoy ALIANSA EPS, no tuvo participación alguna en los hechos que se describen como causantes del daño.

La CLINICA CHICAMOCHA SA presenta alegaciones de conclusión en el que reitera la prosperidad de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Agrega que la vinculación de la Clínica carece de soporte fáctico pues esa institución brindó los servicios de salud al demandante en cumplimiento de la Lex Artis.

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN PAR ISS, administrada por FIDUAGRARIA S.A., presenta alegatos de conclusión solicitando se confirme la sentencia objeto de recurso al considerar que los argumentos expuestos por el A quo resultan suficientes para negar las súplicas de la demanda al no encontrarse sustentada la responsabilidad de los demandados por falla en la prestación del servicio médico.

LA PREVISORA COMPAÑÍA DE SEGUROS alega de conclusión en segunda instancia reiterando su oposición a los hechos y pretensiones invocados en la demanda al considerar que carecen de todo respaldo fáctico y jurídico.

El **MINISTERIO PÚBLICO** guardó silencio en curso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

Competencia

Recae en esta Corporación, en orden a lo dispuesto por el Art. 132.6 del Código Contencioso Administrativo.

Problema Jurídico

Vistos los antecedentes fácticos del caso y el objeto del recurso de apelación interpuesto por la **parte demandante**, corresponde a la Sala desatar el siguiente interrogante:

¿Las pruebas allegadas al plenario resultan suficientes permiten demostrar que las entidades demandadas incurrieron en una falla en la prestación del servicio de salud que llevó a que el señor **CARLOS ALBERTO MENDOZA MANTILLA** fuera diagnosticado con una lesión tumoral tipo cáncer?

Tesis: No.

Solución al Problema Jurídico Planteado

El artículo 90 Superior, establece una cláusula general de responsabilidad del Estado¹ cuando determina que éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, de lo cual se desprende que para declarar responsabilidad estatal se requiere la concurrencia de estos dos presupuestos:

- (i) la existencia de un daño antijurídico y,
- (ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública, bajo cualquiera de los títulos de atribución de responsabilidad -la falla del servicio, el daño especial, el riesgo excepcional-.

Frente al **daño antijurídico**, ha manifestado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo que para efectos de que el daño sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, de ahí que se torna imprescindible la acreditación de los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama²:

“i) [el daño] debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente – que no se limite a una mera conjetura–, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.”

Responsabilidad del Estado por Falla Médica.

La Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado ha dejado sentada una posición en materia de responsabilidad del Estado por la prestación del servicio de salud, definiéndola como una responsabilidad de tipo subjetivo bajo el título de imputación de falla probada del servicio, de suerte que para acreditar dicha responsabilidad es menester acreditar la existencia de la falla alegada, el daño antijurídico cuya reparación se reclama y el nexo de

¹ Sentencia del 23 de enero de 2003 Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez.

² Sentencia del 25 de abril de 2012 Consejero Ponente, Enrique Gil Botero. “/.../ sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga. /.../”.

causalidad entre uno y otro³. Así, el Alto Tribunal⁴ ha dejado claro que la carga de la prueba del nexo causal entre la falla y el daño corresponde en principio al demandante, pero que dicha exigencia debe ser analizada en cada caso en particular y moderada mediante la aceptación de la prueba indirecta de la responsabilidad, a través de indicios, admitiendo de esta manera la acreditación de una causa probable.⁵

Cabe señalar que la configuración de una falla en el servicio médico exige "*que se demuestre que la atención no cumplió con estándares de calidad fijados por el estado del arte de la ciencia médica, vigente en el momento de la ocurrencia del hecho dañoso*⁶. Del mismo modo, deberá probarse que el servicio médico no ha sido cubierto en forma diligente, esto es, que no se prestó el servicio con el empleo de todos y cada uno de los medios humanos, científicos, farmacéuticos y técnicos que se tengan al alcance^{7,8}.

Análisis del caso:

Daño:

Para decidir el recurso promovido por la parte demandante en el que se insiste que en el presente asunto se configuran los elementos para estructurar una falla en la prestación del servicio médico que permiten atribuir responsabilidad al Estado por los perjuicios sufridos por el señor **CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS** a causa del **tumor cancerígeno** que le fue diagnosticado, como patología que el actor atribuye al hecho de haberse dejado en su organismo material de cirugía tras ser sometido a una intervención quirúrgica el día 6 de diciembre de 1992, la Sala verifica, en primer lugar que se encuentra demostrado el daño alegado por el demandante consistente –como se indicó– en el diagnóstico lesión osteolítica por presencia de tumor cancerígeno.

Lo anterior se demuestra con los siguientes apartes de la Historia Clínica del paciente:

Resonancia Magnética Nuclear de fecha 15 de agosto de 2009 realizada por el Departamento de Imagenología de la Unidad de Resonancia Magnética de la Clínica y Centro Médico Carlos Ardila Lulle, en el que se consigna como conclusión de la prueba: "Lesión expansiva intra ósea en la rama isquio izquierda, con probable extensión local a los músculos adyacentes, de carácter neoplásico, acompañado de otro foco nodular de similares características localizada por detrás y por encima del trocánter mayor derecho, debe considerarse como primera posibilidad enfermedad metastásica de probable origen renal o gastrointestinal." (Fl. 54).

Se cuenta igualmente con los resultados del examen de escanografía realizado al paciente el 24 de agosto de 2009, en el que se informa la existencia de un "Lipoma supra diafragmático y para – vertebral izquierdo. 3 Gran lesión lítica ósea del isquio izquierdo."

Con base en las impresiones diagnósticas descritas, el servicio de Oncología de la Clínica Bucaramanga emitió como diagnóstico "*...Lesión dominante osteolítica de rama*

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: agosto 31 de 2006, exp. 15772, C.P. Ruth Stella Correa; de octubre 3 de 2007, exp. 16402, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 23 de abril de 2008, exp. 15750; del 1 de octubre de 2008, exp. 16843 y 16933; del 15 de octubre de 2008, exp. 16270. C.P. Myriam Guerrero de Escobar; del 28 de enero de 2009, exp. 16700, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 19 de febrero de 2009, exp. 16080, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; del 18 de febrero de 2010, exp. 20536, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y del 9 de junio de 2010, exp. 18683, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre otras.

⁴ Consultar sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), C.P. Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00063-01(25075)

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de: septiembre 13 de 1991, exp. 6253, C.P. Carlos Betancur Jaramillo; del 22 de marzo de 2001, exp. 13166, C.P. Ricardo Hoyos Duque; del 14 de junio de 2001, exp. 11901; de octubre 3 de 2007, exp. 12270, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; de marzo 26 de 2008, exp. 16085, C.P. Ruth Stella Correa y del 4 de junio de 2008, exp. 16646, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, entre otras.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, exp. 17149, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 11 de febrero de 2009, exp. 14726, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de febrero de dos mil trece (2013), C.P. Dr. DANILO ROJAS BETANCOURTH, Radicación número: 66001-23-31-000-2001-00063-01(25075)

isquiopúbica izquierda + compromiso poliostotico de etiología a esclarecer... Tumor de células gigantes...". (Fl. 59).

De la Imputación del daño y del nexo causal:

Acorde con lo expuesto en la demanda y lo que se reitera en el recurso de apelación, la parte actora hace consistir la falla médica por la que dio inicio al presente juicio de responsabilidad en contra de las entidades demandadas en que el tumor cancerígeno que le fue diagnosticado al señor **CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS** fue "**consecuencia de los procedimientos clínico – médicos equivocados de que fue víctima los cuales le produjeron la enfermedad de cáncer que actualmente padece...**".

Frente a dicho señalamiento, consultada la historia clínica del paciente se demuestra que el señor **CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS** fue sometido a un procedimiento quirúrgico de Laparotomía practicada en el Instituto de Seguros Sociales el día 6 de diciembre de 1992, por trauma de tórax a causa de proyectil de arma de fuego.

Se demuestra igualmente que el día 22 de octubre de 2006, el señor MANTILLA NAVAS fue intervenido a un procedimiento de "Laparotomía drenaje de hemoperitoneo + **extracción de cuerpo extraño rafia gástrica** + liberación de adherencias" dejando constancia que se encontró un cuerpo extraño en la región abdominal a nivel gástrico. Se deja consignado en la historia clínica como evolución post operatoria "Cuerpo extraño (compresa)... Extracción cuerpo extraño..." (Fl. 32).

A folio 227 obra concepto emitido por el Director del Departamento de Cirugía de la Universidad Industrial de Santander de fecha 17 de diciembre de 2013 en el que se indicó que "*El paciente Carlos Alberto Mantilla Navas, presenta dos eventos de trauma en los documentos que hacen llegar; el primero una lesión toraco-abdominal derecha por arma de fuego, el día 6 de Diciembre de 1.992, y el día 22 de Octubre de 2006, un trauma cerrado abdominal. **El trauma no genera secuelas que lleven a presentar una patología neoplásica (cáncer), como se afirma en el oficio.***"

De los elementos de juicio antes referidos concluye la Sala que si bien, aparece acreditado que al señor CARLOS ALBERTO MANTILLA NAVAS, tras ser sometido a una intervención quirúrgica, le fue encontrado material de cirugía tipo compresa en su región abdominal, no logra demostrarse que dicha situación haya sido causante del tumor cancerígeno que le fue diagnosticado y por el cual reclama la reparación de perjuicios.

En efecto, el proceso cuenta con el testimonio del señor RAFAEL EDUARDO ORDUZ PICO quien, dada su calidad de Médico Cirujano Especialista en Cirugía General, fue indagado sobre "*si existe una causalidad en la patología que padece el demandante Cáncer, con la cirugía que se practicó en el año 1192, por el Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo a los antecedentes que se le han puesto de presente*" a lo cual **CONTESTÓ "no hay ninguna relación entre un procedimiento quirúrgico con la aparición de ninguna lesión tumoral de tipo cáncer."** Continuando con el interrogatorio se formuló al testigo las siguientes preguntas: "*Se argumenta que existió un cuerpo extraño que fue evidenciado en la persona del demandante el cual lo atribuye a la intervención quirúrgica realizada en el año 1992 para la extracción del proyectil, y que es la causa de la patología que padece – Cáncer, infórmele al Despacho de acuerdo a su experiencia e idoneidad, si esta circunstancia evidencia es posible que acarree estas consecuencias. CONTESTÓ: **No hay ninguna relación directa, no existe relación, ni tengo conocimiento de literatura médica que señale que óbito quirúrgico ocasione cáncer...** PREGUNTADO: Infórmele al Despacho cuales son las afecciones que naturalmente se generan en una persona en quien se encuentra o quien se ha dejado lo que se conoce como óbito quirúrgico. CONTESTÓ: La mayoría de los pacientes son asintomáticos, pero puede presentar fiebre, aparición de fístulas bien sea piel o interasas, amontonan o aglomeran el cuerpo extraño, pero realmente la asepsia o esterilización delos insumos, lleva a que sean tolerables y no presente ninguna sintomatología en este caso específico..."*

En similar sentido rindió testimonio el Médico Endoscopista HELY SERRANO RODRIGUEZ quien al ser indagado sobre "...las posibles causas que puedan conllevar a generar un cáncer en una persona" CONTESTÓ **"para hablar sobre cáncer, se requiere toda una vida, y actualmente no sabemos las causas que desencadenan este tipo de enfermedad, pasarán muchos años en que se puedan tener un remedio efectivo para esta patología dependiendo de las investigaciones que se desarrollen en un futuro."** Continuando con el interrogatorio al testigo se le preguntó *si "según su conocimiento puede usted inferir que la presencia de un cuerpo extraño para el caso concreto, una compresa quirúrgica encontrada en el abdomen del paciente CARLOS ALBERTO MANTILLA, pueda llevar a la generación de alguna manifestación cancerígena"* frente a lo cual, el testigo fue enfático en contestar que **"es imposible que un cuerpo extraño tipo compresa pueda causar una entidad como el cáncer. Una compresa es un material que se usa en cirugía para secar y limpiar líquidos como la sangre, como el agua, o cualquier otro elemento. Una compresa que ha permanecido tantos años en una cavidad abdominal no tiene por qué ir a producir tumor maligno cuando ella misma no produce ningún trauma. Son pacientes como en este caso que permaneció durante 14 años en cavidad abdominal sin ningún tipo de patología. Las compresas son de diferentes tamaños, hay compresas pequeñas, y grandes, depende de la cirugía...Nunca en mis 45 años de cirugía en mi grado y posgrado, y doctorado, nunca he tenido ningún paciente que haya tenido una enfermedad cancerosa, como consecuencia de ello."**

En criterio de la Sala, no obstante estar demostrado el diagnóstico cáncer dado al demandante, el material probatorio allegado al plenario no da cuenta de la eventual incidencia de la permanencia de un material quirúrgico en el cuerpo del demandante en el desarrollo del tumor cancerígeno. Así, para sostener el argumento expuesto por en la demanda respecto de la incidencia del óbito quirúrgico en el decurso final del padecimiento detectado en el paciente, se imponía la carga de demostrar, al menos con algún grado de probabilidad científica, la relación entre el cuerpo extraño y el linfoma detectado.

Deviene inadmisibles un esquema de presunción de imputación fáctica o nexo causal, puesto que constituye un deber o carga indefectible de la parte actora acreditar el vínculo o conexión entre el daño sufrido y el comportamiento del demandado. Aspecto distinto, es que la jurisprudencia haya admitido la existencia de instrumentos de aligeramiento de cargas probatorias, aún de la prueba de la imputación fáctica, dentro de ellos, la probabilidad preponderante, que torna incuestionable que el daño irrogado tuvo su génesis en el comportamiento del demandado, sin que ello, pueda tomarse como una regla general con suficiencia para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, resultando en consecuencia innegable el deber de demostrar además que esa actuación fue producto de una falla del servicio.

Lo anterior, en tanto que resulta imprescindible establecer el vínculo entre la actuación irregular cumplida por el demandado y el daño alegado por el demandante con miras a determinar si la lesión tuvo su génesis o no en el comportamiento activo u omisivo que se enrostra al Estado. Puede afirmarse de esta manera que para efectos de lograr una imputación fáctica es necesario trazar el vínculo entre el daño y la conducta que se atribuye al demandado a partir de lo cual sea posible determinar si existió una falla del servicio.

Bajo esta línea de pensamiento, es posible que, como en el presente caso, a lo largo del proceso se acredite la existencia de una actuación anómala *–como es el caso de la permanencia de material quirúrgico en el cuerpo del paciente–*, sin que esa circunstancia por sí sola configure la responsabilidad extracontractual de la administración pública, toda vez que será necesario que se demuestre que ese actuar imprudente o negligente fue decisivo al momento de configurar el daño, es decir, que el elemento quirúrgico fue *–en el asunto que ahora se decide–* el desencadenante del tumor cancerígeno diagnosticado al actor.

En el caso concreto, del escaso material probatorio allegado al proceso no es posible inferir ni determinar la imputación fáctica del daño en cabeza de los demandados, porque la historia clínica solo evidencia que al demandante le fue extraído un elemento quirúrgico que

se encontraba alojado en su abdomen y que igualmente fue diagnosticado con lesión osteolítica por presencia de tumor cancerígeno pero distan en absoluto de acreditar que esta última patología se debió al cuerpo extraño.

No resulta aceptable acoger lo señalado por el apelante en la sustentación del recurso, máxime si, como bien lo pone de presente el personal médico traído al proceso en calidad de testigos, **no existe una evidencia científica que permita concluir que un cuerpo extraño puede ser causante de un tumor cancerígeno**, lo cual imponía en cabeza de la parte actora la exigencia de establecer que el hecho de haber dejado en un primer momento el elemento quirúrgico en el señor CARLOS ABLERTO MANTILLA NAVAS fue un factor desencadenante del linfoma posteriormente diagnosticado, lo que no aconteció. No necesariamente ante la constatación de una falla se sigue que el daño obedezca a la misma, pues existe la posibilidad que tenga origen en otros factores, y esa conexión entre la falla y la imputación es un *onus probando* que incumbe al extremo demandante.

En el caso concreto se demostró que existió un yerro en primer procedimiento quirúrgico a que fue sometido el demandante pero, como se ha dejado expuesto, ese hecho no bastaba para desencadenar por sí solo la declaratoria de responsabilidad de las entidades llamadas a juicio, por cuanto aunado a ese hecho se imponía la prueba que esa circunstancia fue la base de la patología por la cual se reclama por vía de reparación directa.

Bajo las anteriores consideraciones, se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia que denegó las súplicas de la demanda por falta de acreditación de la imputación fáctica, esto es, la vinculación entre el daño irrogado al demandante y la conducta endilgada a los demandados.

Condena en costas en segunda instancia:

De otra parte, como no se advierte temeridad en las actuaciones de la parte accionante como de las entidades accionadas, por lo tanto no se condenará en costas de acuerdo con lo dispuesto en el art 171 del C.C.A..

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

- Primero.** **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quince Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, el día 19 de diciembre de 2017, por los argumentos expuestos en la parte considerativa de esta providencia.
- Segundo.** Sin condena en costas en esta instancia
- Tercero.** En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias de rigor en el Sistema Justicia XXI por tratarse de un proceso regido por el sistema escritural.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. Aprobado en Sala según Acta No. 13 de 2022.

IVÁN MAURICIO MENDOZA SAAVEDRA
Magistrado Ponente

IVAN FERNANDO PRADA MACIAS
Magistrado

JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado