

Honorable Juez (a)
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN
Atte. Dr(a). María Claudia Varona Ortiz - Juez
E. S. D.
Popayán Cauca

Ref.: CONTESTACIÓN DEMANDA
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Proceso No.: 2019 00195 00
Actor: NATIBEL ORTEGA NARVAEZ y OTROS
Demandado: NACIÓN – FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO(S)

ALBERTO MUÑOZ BOTERO, mayor, domiciliado(a) en la ciudad de Popayán, identificado con la cédula de ciudadanía número 76.311.483 expedida en Popayán, con Tarjeta Profesional número 99.529 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado especial de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN – Nit. 800.152.783-2**, de conformidad con el poder que adjunto con sus respectivos anexos, con todo respeto y oportunamente, procedo a **CONTESTAR LA DEMANDA** que concita el asunto *sub examine*, así:

A. OPORTUNIDAD

Presento la **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**, dentro del término establecido en el Artículo 175 del C.P.A.C.A.

B. FRENTE AL CAPÍTULO DE LOS HECHOS

Al(os) **hecho(s) 1° a 6.4** de la demanda, la Fiscalía General de la Nación se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso de referencia, puesto que son circunstancias que precisamente se encuentran íntimamente relacionados con los hechos que dieron lugar al inicio del presente medio de control y por ende deben ser objeto de revisión por su Agencia Judicial; adicionalmente, estos deben ser debida y legamente probados en el desarrollo del mismo, estudiando si son justificantes de la iniciación de la presente reparación directa.

Al(os) **hecho(s) 7°** de la demanda, la Fiscalía general de la Nación, se atiene a lo que resulte plenamente probado dentro del proceso de referencia, habida cuenta que al estar directamente relacionados con el ámbito personal del demandante, **no le consta a la Fiscalía General de la Nación**; ahora bien, esto deberá ser debida y legalmente acreditado dentro del proceso.

Al **hecho 8°** de la demanda, no es un hecho de la demanda, el **poder** es un anexo al tenor del artículo 84 del Código General del Proceso.

Al(os) **hecho(s) 9°**, NO es un hecho, es un requisito de procedibilidad de la demanda (**agota conciliación pre- judicial ante Procuraduría**).

C. FRENTE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Manifiesto mi oposición a todas las pretensiones de la demanda, y de una vez solicito a su Señoría con todo respeto, que sean desestimadas pues no están llamadas a prosperar, como quiera que de la lectura de la demanda y de sus anexos, se evidencia que la parte demandante pretende el resarcimiento de daños que en su sentir le ocasionó la Fiscalía General de la Nación; todo sin fundamentos que permitan estructurar responsabilidad patrimonial, extra-patrimonial ni administrativa de mi representada, con base en los argumentos que expongo más adelante como EXCEPCIONES y FUNDAMENTOS Y/O RAZONES DE DERECHO.

Adicionalmente, téngase en cuenta que, en relación con los perjuicios solicitados, no hay lugar a su declaración, pues la FGN cumplió dentro de los términos con su obligación legal.

De otra parte, en cuanto a los daños materiales indicados en las pretensiones, se realiza objeción a estas pretensiones, correspondiendo anotar que con la demanda se acompañan ínfimas pruebas que no acreditan totalmente estos perjuicios, lo que será objeto de análisis en esta contestación más adelante. Las pruebas aportadas no dicen corresponder con estos conceptos materiales, con lo cual, se concluye que no resulta satisfactoria la necesidad que se tiene de un razonamiento que explique sumas que aunque están indicadas como daño(s), resultan estar cuantificadas simplemente como unas cifras caprichosas, lo que deberá ser denegado, pues de accederse a este tipo de pretensiones, nos encontraríamos frente al acceso a una pretensiones sobre las cuales, no se efectuó la explicación correspondiente de manera oportuna como tampoco se acredito en debida y/o legal forma, generando mermas en la oportunidad de controversia y por tanto en el ejercicio del derecho a la defensa de la Fiscalía General de la Nación, como parte demandada.

Como consecuencia de lo anterior, respetuosamente se solicita que, en un eventual caso de una declaratoria de responsabilidad administrativa, ésta sea despachada de manera desfavorable la pretensión de que se oriente al reconocimiento y pago de sumas de dinero por estos conceptos.

Correlativo con lo anterior, me permito a continuación en más detalle, objetar el juramento estimatorio al siguiente tenor:

D. OBJECCIÓN AL JURAMENTO ESTIMATORIO

OBJECCIÓN A LA CUANTIA

Señora(a) Juez(a), el **artículo 306 del C.P.A.C.A.**, señala:

"En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo"

A su turno, el **artículo 206 del Código General del Proceso**, expresa:

"Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

(...)

Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (50%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia."

Así las cosas, tenemos, objetamos el juramento estimatorio, por cuanto:

RESPECTO A LOS DAÑOS:

1. RESPECTO DEL DAÑO A LA SALUD:

Frente a este tipo de pretensión o daño, mi representada debe objetar tal perjuicio y manifestar que al respecto de lo esbozado en las pretensiones por los actores, la SENTENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EXPEDIENTE 17396 DE FECHA 4 DE MAYO DE 2011, manifiesta en forma clara que:

"(...) Como se aprecia, en este último pronunciamiento se reconoce de manera expresa la importancia de la noción de "perjuicio fisiológico" o daño a la salud, toda vez que "además de facilitar la prueba en relación con este particular tipo de perjuicio -de origen psicofísico-, también proporciona al juez mejores criterios para establecer la tasación del perjuicio."; no obstante, a continuación, la Sala señala que ese perjuicio se encuentra incluido dentro de la "alteración a las condiciones de existencia", lo que genera un problema hermenéutico y de aplicación jurídica, pues, se insiste, al margen de reconocer la relevancia del daño a la salud se retorna de inmediato a la denominación tradicional. Como se desprende de los anteriores pronunciamientos, la línea jurisprudencial que se ha trazado en torno a la tipología del perjuicio inmaterial, diferente al moral, ha supuesto una naturaleza dual, consistente en que se indemniza la lesión a la integridad corporal del sujeto -daño evento- (artículo 49 CP. derecho a la salud), así como las consecuencias que el daño produce tanto a nivel interno (alteración a las condiciones de existencia) como externo o relación al (daño a la vida de relación).

DAÑO FISIOLÓGICO, A LA VIDA DE RELACION O ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Doble connotación. Limitación de la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material. Esa doble connotación del daño fisiológico, a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia -entendiéndolos como perjuicios de índole idéntica o similar, tal y como lo ha venido haciendo la jurisprudencia vernácula-, ha limitado la posibilidad de valorar el daño en términos de objetividad material -es decir, a partir de criterios reales, uniformes y verificables-. En consecuencia, esa naturaleza bifronte, ha desencadenado que, teóricamente, se haya aceptado esos planteamientos como un progreso jurisprudencial que permite no sólo indemnizar la integridad psicofísica del sujeto (daño corporal), sino también otros bienes jurídicos como su honra, el buen nombre, la tranquilidad, etc. No obstante lo anterior, esa doble condición del daño a la vida de relación o alteración a las condiciones de existencia, ha generado algunos inconvenientes que se pretenden aclarar con los contenidos desarrollados y expuestos en esta providencia.

DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Mutación del nombre / ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Perjuicio autónomo / ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Diferente a daño a la vida de relación / DAÑO A LA VIDA DE RELACION - Perjuicio de placer o agrado

Con el criterio adoptado en el año 2007, la confusión relacionada con la tipología del perjuicio inmaterial se entronizó en mayor medida, como quiera que sin abandonar el contenido y alcance del concepto "daño a la vida de relación", se mutó su nombre, para designarlo como "la alteración a las condiciones de existencia" des troubles dans les conditions d'existence), lo cual no es apropiado, puesto que este último corresponde a un perjuicio autónomo que tiene una dimensión distinta al perjuicio de placer o de agrado (daño a la vida de relación), y que se refiere a la modificación grave, sustancial y anormal del proyecto de vida que cada persona tiene trazado.

DAÑO A LA SALUD - Perjuicio de agrado / DAÑO A LA SALUD - Alteración a las condiciones de existencia / DAÑO A LA SALUD Y ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Daños autónomos

El daño a la salud denominado por la doctrina y jurisprudencia francesa como daño corporal o fisiológico, y en Italia biológico, fue imbricado con el concepto de perjuicio de agrado y con la alteración a las condiciones de existencia, daños autónomos que han sido reconocidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, lo que desencadenó que un perjuicio de constatación y evaluación objetiva como lo es aquél, fuera revestido por una condición indefinida o englobada en la que se puede dar cabida a cualquier tipo de afectación, al margen de que se refleje en el ámbito externo o interno del sujeto, y sea liquidable en términos objetivos o subjetivos."

Señor(a) Juez, como se puede concluir, la anterior sentencia unificó los perjuicios fisiológicos, el biológico, el estético, el sexual, el psicológico, alteración en las condiciones de existencia, daño a la vida en relación, afectación a intereses o derechos constitucionalmente protegidos, entre otros, en el perjuicio de DAÑO A LA SALUD.

Frente al reconocimiento de esta clase de daño, me permito traer a colación igualmente otra Sentencia correlativa al tema de fecha **septiembre 04 de 2014**, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que también unifico su jurisprudencia y estableció los topes a los montos indemnizatorios que se reconocen y liquidan en materia de perjuicios inmateriales, tales como el daño a la salud y afectación relevante a bienes o derechos constitucional y convencionalmente protegidos, así: (resaltado fuera de texto)

"(...)

1. TIPOLOGÍA DEL PERJUICIO INMATERIAL

De conformidad con la evolución de la jurisprudencia, la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales:

- i) Perjuicio moral;*
- ii) Daños a bienes constitucionales y convencionales.*
- iii) Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.*

(...)

En los casos de **daño a la salud**, la Sala estableció que no se puede limitar su reconocimiento y liquidación al porcentaje certificado de incapacidad, sino que se deben considerarse las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, como por ejemplo los casos estéticos o lesiones a la función sexual, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

La Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia y recuerda que la indemnización está sujeta a lo probado única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	REGLA GENERAL
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, en consideración a las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se considerarán las siguientes variables: - La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente). - La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental. -La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano. - La reversibilidad o irreversibilidad de la patología. - La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria. - Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria. - Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado. - Los factores sociales, culturales u ocupacionales. - La edad. - El sexo. - Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima y - Las demás que se acrediten dentro del proceso.

(...).

En conclusión, la liquidación del daño a la salud se efectuará de la siguiente manera:

REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
CONCEPTO	CUANTÍA MÁXIMA
REGLA GENERAL	100 S.M.L.M.V.
REGLA DE EXCEPCIÓN	400 S.M.L.M.V.

(...)"

Aterrizando al caso de la demanda que no ocupa, se puede observar que no es procedente dicha pretensión del daño a la **SALUD**, porque **no obra dentro de la foliatura de la demanda, prueba que demuestre** alguna alteración de la vida o en la SALUD de la parte **demandante**, distinta a la simple manifestación de la misma por la parte actora en la demanda, pero como se ha dicho en apartes de la presente contestación, no obra prueba que acredite legalmente la pretensión, tal y como debería ser un diagnóstico producto de pruebas psicológicas especializadas o un dictamen en donde se evidencie la merma en la capacidad física o psicológica como **consecuencia** del presunto daño alegado, porque bien pudiera ser que la presunta afectación a la **SALUD** de la parte demandante, tenga uno o varios orígenes diferenciados y distantes de lo alegado, puesto que como se dijo, no existe evidencia de la relación causal entre la vivencia del hecho y la afectación en la salud.

Del mismo modo, debemos manifestar que la falta de material probatorio que respalde la pretensión, deja sin sustento la búsqueda del quantum pretendido, porque debe comprobarse que la afectación a la salud de los actores, es superior al 50% de la matriz presentado en la jurisprudencia precedente, razón sumada a lo argumentado para que no deba acceder al pago en una posible condena administrativa en el presente asunto.

También es importante precisar que, de conformidad con la pauta jurisprudencial de H. Consejo de Estado, desde el año 2007 y en varias oportunidades ha señalado que las denominaciones de **perjuicio fisiológico**, hoy entendido como **daño a la vida de relación**, se encuentran inmersas dentro de una categoría que abarca una reparación más amplia que se ha denominado perjuicio de "alteración a las condiciones de existencia". En efecto, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo adoptó la denominación de "alteración a las condiciones de existencia", para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras.

Así, en sentencia del 11 de noviembre de 2009. Expediente 17.380. Magistrado Ponente Doctora Ruth Stella Correa Palacios, el H. Consejo de Estado, precisó:

"Se solicita en la demanda el reconocimiento de una indemnización por la merma total de su goce fisiológico, al quedar de por vida con graves lesiones corporales, que lo imposibilitarán para realizarse plenamente en su vida. Cabe señalar que la afectación a la que se refieren las demandas ha sido definida por la Sala de manera reciente como "alteración de las condiciones materiales de existencia", la cual hace alusión a la modificación significativa de los hábitos, proyectos y ocupaciones de la vida de quien padece el daño. La existencia de este perjuicio como la de los

demás, puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso, puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la naturaleza de la lesión física sufrida por la víctima, las secuelas que le haya dejado y la alteración de las condiciones en que se desarrollaba su vida familiar y laboral”.

Como se señaló en el aparte de la providencia de H. Consejo de Estado proferida el 11 de noviembre de 2009 que viene de verse, esta clase de perjuicio puede demostrarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede darse por acreditado en consideración a las circunstancias particulares del caso.

En este orden de ideas, se evidencia que para que los mismos sean reconocidos debe existir prueba idónea que demuestre la causación de dichos perjuicios; en el caso sub judice, no se aportó prueba de la existencia de los mismos.

Así las cosas, no se aportó prueba con la demanda de las circunstancias, que afectara el normal desarrollo de la vida de la parte demandante, no se produjo ninguna alteración o cambio en sus relaciones con el mundo exterior o en sus actividades o en su salud o como se puede denominar, en las CONDICIONES DE EXISTENCIA, por lo tanto, no hay lugar al reconocimiento del mismo, por lo que se objeta este perjuicio.

De la valoración de los medios de convicción que reposan en el proceso se desprende que no se demuestra que hubieran visto afectados otros bienes, intereses o derechos constitucionales que pudieran ser reconocidos de manera autónoma e independiente, de conformidad con los recientes lineamientos de la jurisprudencia de la Corporación, que no admite categorías abiertas de perjuicios, sino la reparación o resarcimiento de los derechos, intereses legítimos o bienes constitucionalmente protegidos, esto es, una tipología de perjuicios fundamentada en la vulneración a garantías constitucionales consideradas en sí mismas, siempre y cuando se demuestre a través de los diferentes instrumentos o mecanismos probatorios reconocidos por la ley, que es necesario el reconocimiento de un perjuicio autónomo (v.gr. daño a la salud, daño a la libertad, daño a la familia, etc.) en aras de compensar o retribuir la afectación o lesión padecida al respectivo derecho.

En efecto, en decisión del 1º de noviembre de 2012, exp. AG – 99, esta misma Sala discurrió en los siguientes términos:

"En el proceso se encuentra demostrado que el derrumbe del relleno sanitario Doña Juana alteró la calidad del aire a unos niveles que de acuerdo con diferentes estudios y monitorias técnicas no constituían un riesgo para la Salud Humana. Sin embargo, esta conclusión no desmiente el hecho de que la calidad del aire de las áreas afectadas disminuyó ostensiblemente llevando no sólo a los espacios públicos sino al interior de los hogares aromas fétidos y nauseabundos, los cuales perduraron aproximadamente seis meses lo que generó un cambio en los hábitos de los núcleos familiares. Se trata así de una injerencia arbitraria atentatoria del derecho a la intimidad, comoquiera que ésta situación trajo como consecuencia: modificación en las costumbres alimenticias (muchos alimentos se dañaban rápidamente), la necesidad de controlar vectores como ratas y moscos y en algunos casos el traslado de residencia.

"De igual forma, está acreditado que la alteración de las condiciones ambientales ocasionó que las actividades que la comunidad acostumbraba a realizar al aire libre y en espacios

públicos se disminuyeran significativamente, afectándose el derecho a la recreación y a la libre utilización del tiempo libre. En otros términos, la posibilidad de realizar labores encaminadas a la diversión, entretenimiento y práctica del deporte para aliviar el cansancio propio del trabajo y del estudio se vio restringida pues las opciones mientras duró la fetidez en el olor eran las de evitar salir de las casas o buscar lugares apartados del lugar de residencia en los que no se hubiera presentado la afectación ambiental o en donde ésta se hubiere dado con menor intensidad.

"Así las cosas, como consecuencia de la catástrofe ambiental se produjo un daño en los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre. De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, la filosofía incorporada por la constitución política de 1991 en materia de responsabilidad civil extracontractual es la de imponer en cabeza de las autoridades públicas una obligación de carácter indemnizatorio por cualquier daño que se cause sobre un bien jurídicamente protegido. De forma tal que el juez como operador jurídico, apelando a la categorización de perjuicios inmateriales opta por ordenar un resarcimiento haciendo una diferenciación de los derechos conculcados.

"Así, como se aprecia, el derecho de la responsabilidad en el último lustro se ha encontrado y acercado con el derecho constitucional, de forma tal que se reconoce la posibilidad de que se indemnice o resarza la afectación a derechos fundamentales considerados en sí mismos, lo cual implica una constitucionalización del derecho de daños, que se aviene al modelo de Estado Social de derecho que es Colombia. A modo de ejemplo, baste señalar las sentencias gemelas del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la sala plena de la Sección Tercera, en las que se adoptó el daño a la salud como una categoría autónoma de daño inmaterial. De igual manera, se han amparado desde la perspectiva del derecho de daños, los derechos a la familia, al buen nombre y a la libertad.

"Por consiguiente, la falla del servicio del Distrito sí produjo un daño referido a la violación de los derechos a la intimidad familiar y a la recreación y utilización del tiempo libre de los demandantes, circunstancia por la cual se declarará la responsabilidad y se reconocerá la indemnización precisada y, por último, se adoptarán de oficio medidas de justicia restaurativa, en aras de restablecer el núcleo esencial de los derechos fundamentales lesionados.

"(...) El monto de la indemnización se fijará acudiendo a criterios de equidad, de acuerdo con lo señalado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Por ende, se reconocerá una suma fija para cada integrante de cada subgrupo.

"Así las cosas, para el primer subgrupo, correspondiente al nivel de impacto más elevado por su cercanía con el relleno sanitario, se fijarán por persona 3 salarios mínimos por concepto de daño moral y 3 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales.

"Para el segundo subgrupo, correspondiente a un nivel de impacto medio, se fijarán por persona 2 salarios mínimos por concepto de daño moral y 2 salarios mínimos por la afectación de bienes constitucionales.

"Para el tercer subgrupo, área en la que el impacto fue menor, se fijará por persona 1 salario mínimo por concepto de daño moral y 1 salario mínimo por la afectación de bienes constitucionales." (Negrillas adicionales).

Como se aprecia, el moderno derecho de la responsabilidad tiene como eje central al daño y, por lo tanto, es éste el elemento que define la medida de la indemnización, circunstancia por la que en aras de garantizar el principio de reparación integral resulta oportuno que exista un acercamiento entre el derecho constitucional y el derecho de daños, pues será el primero el que determine los bienes, intereses y derechos que son objeto de protección por el segundo.

En el asunto sub-lite, no existe prueba que permita demostrar que se vulneraron derechos constitucionales autónomos de los demandantes, circunstancia por la que se debe denegar su reconocimiento.

2.) FRENTE AL DAÑO EMERGENTE:

El Consejo de Estado, ha manifestado respecto del daño emergente:

«Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante. la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento»

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad -para el afectado- de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración”. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 13.168.).

El artículo 1614 del Código Civil define el daño emergente como:

“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”.

Se objeta suma pretendida por este presunto perjuicio. No se aporta prueba idónea que compruebe que la parte demandante, asumiera erogaciones por el o los conceptos enunciados como daño emergente. La simple afirmación del libelante, NO es prueba idónea de la existencia del daño, y tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado, no basta con esgrimir la generación de gastos por daño emergente para solicitar un resarcimiento.

En consonancia con la Sentencia 44001233100020090007901 (45081) del 30 de noviembre de 2017, emanada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente Ramiro Pazos y con la Sentencia 68001-23-31-009-2009-00792-01(50710) del 19 de julio de 2018 emanada de la Sección Tercera del Consejo de Estado, consejero ponente María Adriana Marín, no se debe reconocer tal rubro, por cuanto no se encuentra acreditado documentalmente.

Al respecto, la FGN debe precisar que en caso dado de que existiera una posible condena o responsabilidad administrativa, no puede simplemente asumirlas sin esperar que la parte actora soporte su afirmación en debida y legal forma, es este caso no reposa en el expediente la prueba reina de cada gasto referido, por lo que debe ser despachada desfavorablemente la pretensión.

La carga de la prueba es de la parte demandante y debió aportar las pruebas con la presentación de la demanda.

Tantas inconsistencias convergen a concluir que no resulta probado el perjuicio relacionado y por ende, debe ser despachado en favor de la FGN, eximiéndola de pago alguno.

3.) FRENTE AL LUCRO CESANTE:

Es necesario precisar que el concepto de lucro cesante fue desarrollado por el artículo 1614 del Código Civil, conforme al cual:

"Entiéndase (...) por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (subrayado propio).

Así las cosas y sobre la anterior base jurisprudencial de UNIFICACIÓN, se objetan estos perjuicios materiales a título de lucro cesante, porque fueron simplemente calculados sobre la base errada de valores, donde hace notar la cantidad establecida como un propósito a todas luces EXORBITANTE, en tanto que no aporta prueba CONTUNDENTE (utilidad, conducencia y pertinencia), que acredite en debida forma el desempeño de trabajo LEGAL alguno al MOMENTO de los hechos.

Lo que se aprecia es sacar un provecho de una liquidación sobre la base de una mera **PRESUNCIÓN**, no aportando, como es deber de quien pretende una indemnización monetaria, de PROBAR lo expuesto, evidenciando con ello, que la cantidad que a propósito es EXHORBITANTE, fue resultado de la mera apreciación subjetiva de la parte actora.

No se aportó prueba idónea con la demanda que permita establecer que efectivamente los extintos devengaban cierta cantidad de dinero mensual producto de un vínculo laboral o de trabajo o el desempeño de una profesión, actividad u oficio (contrato de prestación de servicios, actividad independiente o autónoma, servidor público, empleado del sector privado), que dé cuenta de dicha circunstancia. Simplemente se alude en la demanda una labor remunerada, pero al parecer no se obtiene remuneración alguna porque de ser así, se hubiera aportado al expediente prueba contundente y útil para probar tal afectación económica, y no solo se hubiera resguardado en una mera presunción.

Por lo tanto, esperamos que esta pretensión sea desfavorablemente despachada, porque lo solicitado por éste daño material, en caso de una presunta responsabilidad administrativa, no corresponde a la verdad jurídica y probada en el proceso.

En consecuencia, Señor(a) Juez, le solicito respetuosamente que se niegue éste daño material - lucro cesante al no existir la prueba mínima de la base de la presunción, la cual es reitero, que la víctima trabajaba en un ejercicio laboral legal.

4.- RESPECTO DE LA PRETENSION DE CONDENA EN COSTAS:

La FGN sienta su desacuerdo total frente a la pretensión de condena por **COSTAS y AGENCIAS EN DERECHO**, solicitándole muy respetuosamente al Honorable Juez no acceder a ella, por lo que se objeta, toda vez que no están probados los presupuestos dispuestos en el artículo 188 del C.P.A.C.A.

En el presente caso la Fiscalía General de la Nación no actuó temerariamente, ni mala fe, se desarrolló conforme lo prescribe el artículo 6º de la Constitución Política, es decir, con apego al principio de legalidad y sin extralimitación de las funciones.

Con relación a lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Magistrada Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez en sentencia del 5 de agosto de 2010, señala:

"(...) CONDUCTA TEMERARIA O MALA FE EN EL PROCESO – Existencia

Son deberes y responsabilidades de las partes y sus apoderados, proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos, y obrar sin temeridad en sus pretensiones o defensa y en el ejercicio de los derechos procesales (artículo 71 del C.P.C. – numerales 1º y 2º). Se considera que ha existido temeridad o mala fe cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso (artículo 74 numeral 5º ibídem)"

Por ello, respetuosamente le solicito Su Señoría de abstenerse de condenar en costas a la Fiscalía General de la Nación, de las cuales hacen parte las agencias en derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la entidad.

El H. Consejo de Estado ha señalado:

"(...) solo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas." (Sentencia 25 de mayo de 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación N°. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ D.C.- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN).

Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365 numeral 8º del Código General del Proceso, dan lugar a las costas.

En, el caso sub judice no se debe imponer condena en costas, pues no están acreditado los gastos procesales, además no se evidencian comportamientos procesales que ameriten una condena en tal sentido.

Sin embargo, en atención a varios pronunciamientos del Consejo de Estado relacionados con el artículo 188 del CPACA, es decir sin que se haya presentado una sentencia de unificación, también se ha señalado la tesis subjetiva, esto es, que el juez tiene la potestad de determinar la procedencia o no de la condena en costas en contra de la parte que ha visto frustrada sus pretensiones, para que se analice en cada caso particular si hay lugar a imponer costas y agencias

en derecho a la parte vencida, tal como lo interpretó el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, veamos:

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente Alfonso Vargas Rincón, Bogotá 22 de abril de 2015, radicación Nro. 68001233100020130007501 (1648-2014), en donde se dispuso:

"(...) la norma contenida en el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia".

Esta misma posición ya había sido expuesta por el Consejo de Estado, Sección primera, Magistrado Ponente Guillermo Vargas Ayala, en sentencia de 16 de abril de 2015, Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01:

"(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma objetiva, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión "dispondrá", lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...). Como quiera que este proceso fue promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no hay lugar a predicar que sea de aquellos en los cuales se esté ventilando un interés público y bajo esa perspectiva se hace necesario entrar a disponer sobre la condena en costas, por cuanto el interés involucrado en esta instancia es sin lugar a dudas de carácter individual, al estar referido en forma exclusiva a la órbita particular de la parte que promovió el recurso de apelación que ahora se decide."

La posición también había sido acogida con anterioridad por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Magistrado Ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, el 19 de enero de 2015, Radicación número: 25000-23-42-000-2012-00701-01(4583-13):

"Debe quedar claro que la referida disposición no impuso al funcionario judicial la obligación de "condenar" en costas, sino la de "disponer" sobre las costas, esto es, la de pronunciarse sobre la procedencia o no de imponerlas. Bajo esta preceptiva, resulta evidente que, si bien en el texto actual que regula la actuación judicial en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo (Ley 1437 de 2011) ya no obra la previsión que antaño contenía el artículo 171 del Decreto 1 de 1984, referida a la potestad de imponer condena en costas "...teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes...", también lo es que el nuevo articulado no impone una camisa de fuerza "automática" frente al vencido en el litigio, por lo que, comprendiendo que tal condena es el resultado de una serie de factores tales como, por ejemplo, la temeridad, la mala fe y la existencia de

pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, será el respectivo director del proceso quien, ponderando tales circunstancias, se pronuncie con la debida sustentación sobre su procedencia. Esta interpretación resulta consonante con lo prevenido por el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, hoy consignado en el artículo 365 del Código General del Proceso, que dispone que la condena en costas se impondrá en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos "...en que haya controversia...", y "...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En síntesis, en este caso, no se encuentran elementos que acrediten su causación de acuerdo con la posición jurisprudencia vertida en la Sentencia de 7 de diciembre de 2016, Sección Cuarta del Consejo de Estado, CP Stella Jannette Carvajal Basto.

5. Respecto, de la cuantificación de los **DAÑOS MORALES**, supuestamente ocasionados a todos los demandantes, la cantidad solicitada está fuera de la realidad, y se extralimita, por lo tanto, las pretensiones no están llamadas a prosperar, se objetan las mismas.

Una situación particular a analizar es **¿COMO O EN QUE FORMA SE AFECTÓ LA MORALIDAD de los familiares del extinto Rubio Ortega Narvaez por la muerte de éste, incluso cuando algunos no lo conocieron en vida por no haber nacido aún, toda vez que NO se acredita o prueba la afectación de éstas personas que integran la parte actora ni la ayuda o solidaridad económica de Rubio Ortega Narvaez para con sus hermanos, sobrinos y nietos, luego entonces, es mucho más complicado acreditar el impacto moral en las personas de los actores, siendo que estas personas, no está comprobado que compartieran techo con Rubio Ortega Narvaez o dependieran económicamente de éste.**

Es así, como el Alto Tribunal ha analizado los casos de los lazos de afecto existentes entre padres e hijos y aun cuando se demuestra que son hijos biológicos o familiares de consanguinidad, **no se logra probar el lazo afectivo de ayuda y de solidaridad económica ante todo.** En este sentido el Consejo de Estado ha manifestado:

*"La Sala ha razonado a fortiori para denegar perjuicios morales a favor de padres biológicos quienes **lejos de proporcionar afecto, cariño y solidaridad para con sus hijos, ven en la producción del daño una fuente de recursos económicos a favor de su patrimonio**¹. (...)"*(Negrilla fuera de texto).

¹ Consejo de Estado, C.P ENRIQUE GIL BOTERO, 11 de julio de 2013, Radicación: 19001-23-31-000-2001-00757-01

E. PRONUNCIAMIENTO FRENTE A LAS PRUEBAS APORTADAS Y SOLICITUD DE PRUEBAS PARA HACER VALER

Sírvase Su Señoría, tener en cuenta lo siguiente:

1. PRUEBAS QUE SE PRETENDEN HACER VALER POR PARTE DE LA FGN – PETICIÓN DE PRUEBAS CON EL OBJETO DE ACREDITAR LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS EN ESTA CONTESTACIÓN:

En ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, con todo respeto, la FGN solicita a Su Señoría se decrete y practique:

PRUEBA DOCUMENTAL: Oficiar a la Policía Metropolitana de Cali - Estación de Policía Nueva Floresta, para con destino a este proceso, remitan informe del cumplimiento o no por parte de tal fuerza pública, de las medidas que fueron solicitadas por la Fiscalía General de la Nación mediante del 07/01/2016, en favor de RUBIO ORTEGA NARVAEZ; el cual fue aportado por la parte demandante con el libelo, solicitando se acompañe copia de este documento a la petición ante la POLINAL y de los documentos que acrediten los hechos 2.3. y 2.3.1. del libelo.

F. EXCEPCIONES

F.1. EXCEPCIÓNES PREVIAS:

Contra las pretensiones del demandante propongo las **EXCEPCIÓNES PREVIAS:**

F.1.1.- FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

La Fiscalía General es una entidad independiente adscrita al poder judicial en [Colombia](#) que nació con la Constitución Política de 1991 y entró en funcionamiento desde el primero de julio de 1992, con el objetivo institucional fortalecer la capacidad investigativa del Estado en materia penal para la lucha contra la criminalidad, garantizando el acceso a una justicia eficaz y garantista y participando de manera efectiva en la formulación de la política del Estado en materia criminal.

Y siendo ello así, no es de recibo la pretensión del demandante de declarar administrativamente responsable a la entidad que represento, por "muerte", **ya que esta entidad no tenía la competencia constitucional, legal o funcional del deber de protección en la persona de Rubio Ortega Narvaez.**

Así las cosas, en el caso bajo estudio, no queda sino predicar, que estamos en presencia del fenómeno jurídico –procesal de la FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA-, si se parte del concepto de que ésta "se consagra como la facultad procesal que le atribuye al demandado la posibilidad de desconocer o controvertir la reclamación que el actor le dirige mediante la demanda sobre una pretensión de contenido material". (Corte Constitucional, sentencia T-416 de 1997). Se arriba a esta conclusión, de acuerdo a los considerandos vertidos sobre la inoponibilidad de la relación sustancial examinadas con las facultades que el ordenamiento jurídico asigna a esta institución, pues si según la precitada sentencia la legitimación en la causa es la calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute, la misma Corporación sostiene que "... cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición,

no puede el juez adoptar una decisión de fondo, o en caso de que ello ocurra, la misma no puede resultar favorable a los intereses procesales de aquella.” (Sentencia C-965 de 2003).

El extremo activo de la litis exige la declaración de la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, y si en su sentir se omitió el deber de protección y seguridad, se hace necesario establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, que entidades tiene bajo su responsabilidad la salvaguarda de la vida y la seguridad de los asociados. El artículo 217 constitucional es claro que está obligación está en cabeza de las fuerzas militares y la fuerza pública. El Decreto 1512 de 2000 en su artículo 27 señala el fin primordial de las fuerzas militares y el artículo 5 expresa las funciones. Por su parte, el artículo 218 de la Carta Política señala el fin primordial de la Policía Nacional de Colombia, mientras que el artículo 1º de la Ley 62 de 1993 señala para que está instituida la Policía.

De las anteriores normas se concluye que la función de salvaguardar el derecho a la vida y la garantía de la seguridad de los asociados, se encuentra en cabeza de la Policía Nacional y del Ejército Nacional, y no de la FGN.

De este modo, la Fiscalía General de la Nación NO es la llamada a responder por los perjuicios reclamados por los demandantes, por las razones expuestas, y **bajo este contexto, aún no entendemos porque razón se VINCULÓ a la Fiscalía General de la Nación a este proceso.**

Así las cosas, ruego de declare probada esta excepción previa.

F.2. EXCEPCIONES DE MÉRITO:

Contra las pretensiones del demandante propongo las siguientes EXCEPCIONES DE MÉRITO:

1.- INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN o DEL DERECHO RECLAMADO: Aplicable a la totalidad de las pretensiones con base en todo lo expuesto en esta contestación de demanda, lo cual me remito por celeridad y economía procesal.

2.- FALTA DE CAUSA PARA PEDIR: Hace relación a todas las pretensiones y su argumentación se desprende del acápite de la oposición general y específica a las pretensiones, de los fundamentos de derecho, razones de defensa y de lo dicho al contestar los hechos de la demanda.

4.- BUENA FE: Sin que implique reconocimiento alguno se propone en razón a que la demandada ha actuado siempre de buena fe.

5.- COBRO DE LO NO DEBIDO: No hay lugar al pago de las sumas que se pretenden por la parte actora conforme con lo expuesto en el acápite de oposición a las pretensiones, los fundamentos de derecho y razones de defensa y lo dicho al contestar los hechos de la demanda.

6.- INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD DE LA FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN ANTE LA MUERTE e INEXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO IMPUTABLE A MI REPRESENTADA:

En lo que respecta a la presunta falla del servicio, al tenor de lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia de 9 de junio de 2010, radicado 23001-23-31-000-1997-08870-01(18536), Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio de fecha, se tiene que:

FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN
DIRECCIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS
Calle 3 No.2-76
POPAYAN

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co
alberto.munoz@fiscalia.gov.co

www.fiscalia.gov.co

“El artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado es responsable de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando dichos daños le sean imputables. Conforme a esta norma, la responsabilidad patrimonial del Estado no puede derivarse frente a todos los daños antijurídicos que sufran las personas, ni siquiera frente a todos los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus servidores, porque en todo caso se requiere que tales daños le sean atribuibles.

Los criterios de atribución han sido elaborados por la jurisprudencia de la Corporación, bajo dos títulos básicos: de responsabilidad subjetiva por falla del servicio y de responsabilidad objetiva por daño especial o riesgo excepcional. En todos estos regímenes o criterios de imputación se requiere que la actividad desplegada por el Estado sea finalmente la causa del daño bien de manera exclusiva, o concurrente con la de la víctima o de un tercero. Tales criterios están vinculados, obviamente, con el desarrollo mismo del Estado y, por lo tanto, podrían ser diferentes. Sin embargo, en todo caso para poder atribuir al Estado un daño se requiere, conforme al artículo 90 de la Constitución, demostrar que el mismo fue obra del Estado, por haber sido éste su autor, bien por haberlo causado directamente, o por haberlo propiciado.

Los daños antijurídicos causados por terceros ajenos al Estado, en tanto constitutivos de causa extraña, no le son imputables a éste, salvo cuando el hecho del tercero ha sido facilitado por el mismo Estado (...)” (Negrilla fuera de texto).

Recientemente el Consejo de Estado, en sentencia emitida bajo el radicado número 76001233100019990052401 (29334) de noviembre 3 de 2016, al referirse dentro de un caso vial sometido a su análisis, sobre el presunto incumplimiento de las obligaciones del Estado, conceptúo que ello implica para quien lo afirma, acreditar que la actividad desplegada por la administración pública fue inadecuada ante el deber que legalmente le correspondía asumir, para lo que debe demostrarse:

- **En qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación**
- **Qué era lo que podía exigírsele.**
- **Sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.**

Es preciso decir que en el sub lite, no se configuran los supuestos esenciales que permitan estructurar alguna clase de responsabilidad en cabeza de la Fiscalía General De La Nación, pues cuando en desarrollo de sus funciones, el Estado incurre en faltas o fallas del servicio por causa de actuaciones administrativas, omisiones, hechos u operaciones de la administración, se debe probar: una falta o falla del servicio, por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del mismo; la cual está lejos de probarse por parte de los demandantes.

7.- HECHO DE UN TERCERO:

En cuanto al HECHO DE TERCEROS, debe analizarse que la muerte se haya producido por el HECHO DE UN TERCERO.

La Fiscalía General de la Nación NO tenía conocimiento de estas circunstancias, no produjo con su accionar que acaeciera la desaparición de Rubio Ortega Narvaez. La entidad no tenía la intención o el dolo de arremeter conducta alguna contra el aludido Señor, y por tanto, no puede atribuirse directamente a la FGN su responsabilidad por la lesión sufrida. En ese contexto, no es dable entonces entrar a considerar responsabilidad patrimonial alguna.

Es así como, esta situación particular de prevenir la integridad física de la víctima también pudo obedecer a la omisión de terceros y ello constituye un eximente más de responsabilidad como lo ha venido sentando la jurisprudencia nacional:

"(...) constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañoso no sea imputable a la administración. Y se dice que no es imputable cuando quiera que se ha producido por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito...". (Consejo de Estado, sentencia del 23 de Octubre de 1975 – C.P. Dr. Carlos Portocarrero Mutis).

En consecuencia, NO puede concluirse que la conducta de la FGN fue causa eficiente y determinante en la producción del daño antijurídico sufrido por la víctima y que peticiona en resarcimiento por los convocantes.

Expresábamos con anterioridad que el extremo activo de la litis exige la declaración de la responsabilidad administrativa de las entidades demandadas, y si en su sentir se omitió el deber de protección y seguridad, se hace necesario establecer de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, que entidades tiene bajo su responsabilidad la salvaguarda de la vida y la seguridad de los asociados. El artículo 217 constitucional es claro que esta obligación está en cabeza de las fuerzas militares y la fuerza pública. El Decreto 1512 de 2000 en su artículo 27 señala el fin primordial de las fuerzas militares y el artículo 5 expresa las funciones. Por su parte, el artículo 218 de la Carta Política señala el fin primordial de la Policía Nacional de Colombia, mientras que el artículo 1º de la Ley 62 de 1993 señala para que está instituida la Policía.

De las anteriores normas se concluye que la función de salvaguardar el derecho a la vida y la garantía de la seguridad de los asociados, se encuentra en cabeza de la Policía Nacional y del Ejército Nacional, y no de la FGN.

Es así como consideramos configurado el eximente del HECHO DE UN TERCERO.

8.- INEXISTENCIA DE OMISIÓN AL DEBER DE PROTECCIÓN:

El Estado es responsable a título de falla del servicio cuando por omisión incumple con el deber de protección de las personas estatuido en el artículo segundo de la Constitución Política, no obstante, el atentado contra la víctima fuera perpetrado por un tercero.

Los supuestos para que exista responsabilidad Estatal son dos: i) cuando se da aviso de las amenazas y la administración no desarrolla ningún tipo de medida tendiente a garantizar la protección del denunciante y, ii) cuando la situación de peligro es previsible por las especiales circunstancias del momento y la administración no interviene para proteger a la víctima o víctimas.

El Honorable Consejo de Estado en sentencias de 11 de octubre de 1990, exp.5737, sentó que:

"Tratándose de los daños sufridos por las víctimas de hechos violentos cometidos por terceros ha considerado la Sala que los mismos son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la

administración, a través de una acción u omisión constitutivas de falla del servicio, como en los eventos en los cuales el hecho se produce con la complicidad de miembros activos del Estado, o cuando la persona contra quien iba dirigido el acto había solicitado protección a las autoridades y éstas no se la brindaron, o porque en razón de las especiales circunstancias que se vivían en el momento, el hecho era previsible y no se realizó ninguna actuación dirigida a su protección"

En Sentencia de 26 de septiembre de 2002, exp: 14.122, el Alto Tribunal de lo Contencioso, estableció una serie de requisitos para la prosperidad de la demanda en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión del deber de vigilancia y cuidado que debía brindar de manera prevalente sobre algunas personas, en los siguientes términos:

- a. La existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios.
- b. La omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso.
- c. Un daño antijurídico.
- d. La relación causal entre la omisión y el daño

Sin embargo, las providencias del 10/08/2000 – Exp.11.585 y del 11/10/1990 – Exp.5737, permitieron precisar por el Consejo de Estado, que a pesar de que es deber del Estado brindar protección a todas las personas residentes en el país, no le son imputables todos los daños a la vida o a los bienes de las personas causados por terceros, porque las obligaciones del Estado son relativas en tanto limitadas por las capacidades que en cada caso concreto se establezcan, dado que "nadie está obligado a lo imposible".

La Corte Constitucional en sentencia T-339 de 2010, consideró necesario precisar la diferencia entre riesgo y amenaza, con el fin de determinar en qué ámbito se hace necesario que el Estado dispense medidas de protección especiales. En tal virtud, concluyó que el derecho a la seguridad personal, sólo se puede invocar cuando su titular está sometido a un **riesgo extraordinario**, mientras que cuando se presenta un riesgo extremo que amenace la vida o la integridad personal, la persona podrá exigir que las autoridades le brinden protección especial.

De otra parte, la Corte Constitucional también ha precisado que la solicitud de protección del derecho a la seguridad personal exige al peticionario probar, al menos de manera sumaria, los hechos que demuestran o permiten deducir que se encuentra expuesto a una amenaza. Es por ello, que debe acreditar la naturaleza e intensidad de la amenaza respecto de la cual se pide protección; y que se encuentra en una situación de vulnerabilidad o especial exposición a la materialización del inicio del daño consumado. Esto conlleva por parte de las autoridades competentes, a identificar el tipo de amenaza que se cierne sobre la persona y definir de manera oportuna las medidas y medios de protección específicos, adecuados y suficientes para evitar la consumación de un daño.

Como ya se dejó establecido, el régimen de responsabilidad aplicable en los casos donde se discute la omisión al deber de protección le corresponde a la parte demandante demostrar los supuestos fácticos de su petición para comprobar la falla en la que se señala incurrió la parte demandada y que generó el daño para poder atribuirles responsabilidad.

Conforme a lo anterior, una vez analizadas las pruebas obrantes en el plenario, es factible concluir que no se acreditó que la desaparición y muerte de Rubio Ortega Narvaez ocurrió por la omisión de la entidad accionada Fiscalía General de la Nación en el deber de protección, tal como fue señalado por la parte demandante, en su escrito de demanda.

No es posible exigir a la FGN que responda por un daño que desconocía por su inexistencia institucional como persona jurídica del Estado, quedando sin fundamentos los argumentos de la demanda para solicitar una condena en contra del Estado.

La sola constatación del daño (muerte) se torna insuficiente para derivar responsabilidad administrativa en mi representada, donde al operador judicial le es imposible realizar la imputación fáctica.

9. – CULPA DE LA VÍCTIMA:

Inicialmente se solicita con todo respeto que éste eximente quede incorporado en la FIJACIÓN DEL LITIGIO como problema jurídico subsidiario o complementario.

El daño incorpora dos elementos, uno fáctico y otro jurídico y que éste segundo elemento o llamado elemento formal, se verifica en el plano jurídico, si y solo si, se acreditan supuestos adicionales al elemento material, entre los que se cuentan, que la lesión **no haya sido causada, ni sea jurídicamente atribuible a la propia víctima**, pues al derecho solo le interesan las relaciones intersubjetivas.

El Juzgado Administrativo debe abordar, estudiar, analizar o pronunciarse con análisis detallado, frente al eximente de responsabilidad de **CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA**; razón por la, cual es dable sustentarlo por contestación de la demanda. La Ley estatutaria de Administración de Justicia en su artículo 70 consagra **CULPA DE LA VÍCTIMA** como eximente de responsabilidad.

Por eso, conviene recordar la estructuración de la culpa en asuntos de responsabilidad en el ámbito de lo contencioso administrativo, donde se EVALÚA, **no desde la perspectiva de la culpabilidad penal**, sino con los conceptos del **derecho civil**, específicamente los referidos en el artículo 63 de dicha codificación.

A partir de lo referido y en consideración a la demanda y a las pruebas aportadas con la misma, para la Fiscalía General de la Nación resulta consecuente inferir que en este caso, el extinto RUBIO ORTEGA NARVAEZ se expuso al riesgo que posteriormente padeció, pues la causa eficiente y única del daño, no fue en principio un actuar erróneo de la administración de justicia ni de las fuerzas del orden adscritas al Ministerio de Defensa Nacional, sino sus propias actuaciones, como se demostrará a lo largo del plenario.

En ese sentido es claro que en el caso objeto de estudio, se encuentra configurada una causal exonerativa de responsabilidad del Estado consistente en la culpa exclusiva de la víctima, la cual, tiene la virtualidad de absolver de toda responsabilidad a la Administración por cuando es preciso concluir que la causa eficiente del daño cuya indemnización se demanda, tuvo como fundamento la conducta gravemente culposa de la víctima.

10. - GENÉRICA(S): Se solicita se declare toda excepción cuyos presupuestos fácticos o jurídicos se determinen en el proceso.

G. PETICIÓN(ES)

Sean las anteriores, razones suficientes por las que respetuosamente me permito solicitar se procure un fallo que deniegue todas y cada una de las declaraciones y condenas solicitadas en la demanda contra mi representada, y se declaren las excepciones propuestas.

H. ANEXOS

Acompaño al presente memorial los siguientes:

1. Poder debidamente conferido al suscrito
2. Copia de la Resolución de Nombramiento y Acta de Posesión de quien otorga poder

I. NOTIFICACIONES PERSONALES Y COMUNICACIONES PROCESALES

Mi representada y el suscrito profesional en: Calle 3 No.2-76 Barrio La Pamba – Oficina Dirección de Asuntos Jurídicos FGN Popayán. Igualmente, a través del correo para notificaciones judiciales: alberto.munoz@fiscalia.gov.co

Del(a) Honorable Juez(a),



ALBERTO MUÑOZ BOTERO

C.C. 76.311.483 expedida en Popayán Cauca
T.P. 99.529 del C.S. de la J.