



REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DE POPAYÁN  
Carrera 4ª No. 2-18 FAX (092)8209563  
Email: j08admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad y fecha: Popayán, veinte (20) de septiembre del año dos mil diecisiete (2017)  
EXPEDIENTE: 190013333008 2014 00385 00  
DEMANDANTE: DEISY MARY TENORIO MESTIZO  
DEMANDADO: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL  
MEDIO DE REPARACIÓN DIRECTA  
CONTROL:

**SENTENCIA No. 186**

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. La demanda y su oposición**

Procede el Juzgado a decidir la acción contencioso administrativa – medio de control Reparación Directa que promueve la señora DEISY MARY TENORIO MESTIZO, actuando en nombre propio en calidad de compañera permanente de la víctima y en representación de su hija menor KAROL YULID PEÑA TENORIO, en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, tendiente a obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios que afirma le fueron ocasionados en hechos ocurridos el día siete (07) de mayo del año 2012 con la muerte del señor JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO quien ostentaba la calidad de soldado profesional del Ejército Nacional, hechos que según la parte demandante se ocasionaron con ocasión de la falla en el servicio atribuibles a la entidad pública demandada.

**1.2. Contestación de la Entidad demandada (folios 124-133)**

En resumen, la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se opone a la declaración de responsabilidad de la demanda y a las condenas que se reclaman, por cuanto afirma, los hechos por los cuales se demanda no constituyen una falla en el servicio atribuible al Ejército Nacional. Frente al componente fáctico de la demanda manifiesta que el señor PEÑA MESTIZO falleció en un campo minado activado por miembros de las FARC el día 7 de mayo de 2012. Que respecto de la afirmación de que la orden era entrar vía helicoportada y que por orden caprichosa de sus superiores se les ordenó el desplazamiento por tierra hasta el lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos es falsa, y que de ello da fe los documentos aportados con la contestación de la demanda, los cuales tienen el carácter de secretos y contienen la misión táctica Eclipse. Manifiesta que la Unidad a la cual pertenecía el señor PEÑA MESTIZO si contaba con enfermero, quien era el soldado profesional ECHAVARRIA LOAIZA, quien también falleció en el lugar de los hechos, en momentos en que atendía el personal herido.

Indica además que frente al caso bajo estudio el soldado profesional JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO ingresó a la institución de manera voluntaria y con convicción plena de lo que acarreaba la profesión, por lo tanto no hay lugar a reparar el daño. Propuso las excepciones de "riesgo propio del servicio", "Inexistencia de la obligación de indemnizar" y "genérica".

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

### **1.3. Relación de etapas surtidas**

La demanda se presentó el día 05 de agosto de 2014 (folio 41 del expediente), correspondiéndole en primer lugar su conocimiento al Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, el que declaró la falta de competencia por el factor cuantía, siendo remitido nuevamente a la oficina de reparto, correspondiéndole a este despacho el día 10 de septiembre de 2014 (folio 49); y se cumplió con las ritualidades propias del proceso así: se avocó conocimiento de la demanda, siendo admitida mediante auto del 22 de septiembre de 2014 (folios 51-53), debidamente notificada (folio 58-62), se corrió traslado de las excepciones propuestas (folio 87-88); el apoderado de la parte actora recorrió dentro del término las excepciones planteadas (folios 89-93), se fijó fecha para la realización de audiencia inicial (folio 94) la que se llevó a cabo el día 7 de junio de 2016 en la cual se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (folios 97-99), se llevó a cabo la audiencia de pruebas (folios 107-108), se suspendió por una sola vez continuándose el día 23 de mayo del año en curso, con el fin de arrimar todas las pruebas decretadas, y finalmente se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se corrió traslado para presentar alegatos por escrito (folios 110-111).

### **1.4. Los alegatos de conclusión**

#### **1.4.1. De la parte demandada (folios 126-129)**

Este extremo se opone a que se fallen favorablemente las pretensiones de la demanda, por cuanto a su juicio las mismas carecen de apoyo en hechos reales y prueba suficiente que demuestre la responsabilidad de la entidad. Agrega que tal y como resultó demostrado en el proceso, se tiene que en el auto de archivo de la investigación disciplinada llevada a cabo por la fuerza se expuso que la misión que adelantaba el personal militar enmarcado dentro de la tarjeta roja que regula el D.I.H, era una misión táctica de ataque cuyo objetivo era "ubicar, capturar y/o en caso de resistencia armada someter a los integrantes de grupos de organizaciones armadas al margen de la ley y bandas organizadas para doblegar así la voluntad del enemigo". Agrega que se logró probar que el soldado ECHAVARRIA LOAIZA era el enfermero de combate y fue quien inicialmente socorrió al familiar de los demandantes, concluyendo que la unidad del soldado profesional PEÑA MESTIZO (QEPD) si contaba con enfermero de combate. Continúa su escrito afirmando que lo ocurrido en el día de los hechos obedeció a que por voluntad de la tropa, es decir, a que por voluntad inclusive del señor PEÑA MESTIZO, se tuviera que cambiar un eje, es decir, un camino, que por voluntad de la tropa se decidió emprender camino a las 1600 horas, dado a que por la neblina reinante en el lugar de los hechos, se posibilitaba el inicio de la misma. De esta forma, la defensa de la entidad encartada considera que la parte actora no probó las imputaciones que sobre su representada plasmó en la demanda existiendo una carencia probatoria, dando lugar a la exoneración de responsabilidad.

#### **1.4.2. De la parte demandante (folios 117-125)**

El apoderado de la parte actora se ratifica en los términos del escrito de la demanda y hace énfasis en que las autoridades militares actuaron de manera negligente y omisiva pasando por alto lo preceptuado en sus propios reglamentos internos en tratándose de acciones de combate con las fuerzas criminales, citando la disposición Nro. 018 del 19 de junio de 1999.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

Manifiesta que del material probatorio obrante en el expediente se deduce que la escuadra de soldados que fueron víctimas del atentado, no tenían la provisión de armas suficientes para resistir un enfrentamiento con miembros de la guerrilla ni tampoco alimentos o medicinas para atender cualquier eventualidad causada por un combate. Argumenta que el señor PEÑA MESTIZO falleció sin recibir la atención médica especializada que requerían sus graves heridas, lo anterior resalta dicho apoderado a que quien oficiaba de enfermero lo era de manera improvisada y quien también fue víctima del atentado. Enfatiza en que de las declaraciones de los militares sobrevivientes obrantes en la investigación disciplinaria que reposa en el expediente, se infiere que en el día de los hechos reinó un absoluto desconocimiento de los protocolos y de los manuales de procedimiento antiguerrilla, por lo que según el apoderado el Estado "contribuyó eficazmente a la causación del daño", como lo fue la muerte del señor PEÑA MESTIZO, por no haber dispuesto las medidas de seguridad (Estudio de terreno, plan alternativo) para evitar la ocurrencia de dicho suceso, y por no haber previsto desde el inicio del operativo, sobre la peligrosidad de la misión y facilitado las medidas de seguridad para proteger la vida de los soldados. De esta forma solicita se declare responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional por los perjuicios generados a la señora DEISY MARY TENORIO y a su menor hija KAROL YULID PEÑA, por la muerte de su compañero permanente y padre JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO, en hechos ocurridos el día 07 de mayo de 2012.

#### **1.4.3. Concepto del Ministerio Público (folios 114-117).**

La Procuradora 74 Judicial I en su concepto manifiesta que está acreditado en el expediente que para el 7 de mayo de 2012, JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO, falleció cuando se desempeñaba como soldado profesional del Ejército Nacional. Sin embargo, afirma que no se demostró que su muerte hubiere ocurrido por una falla en el servicio en la que hubiere incurrido el Ejército Nacional, dado a que no se acreditó una falta de planeación en el patrullaje que se encontraba realizando, ni que la escuadra a la que pertenecía no tuviere la logística necesaria para afrontar un combate, ni que se hubiere desconocido el manual antiguerrilla que se menciona en la demanda. Agrega que tampoco se probó, siendo carga de la parte demandante, que al ser herido el soldado, no hubiere recibido ayuda o que el apoyo helicoportado se hubiere demorado en llegar, como se argumenta en la demanda. Por otra parte, agrega que tampoco se comprobó que el soldado fallecido estuviera sometido a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que debieron afrontar sus demás compañeros, pues incluso, en los mismos hechos fallecieron otros dos miembros de la Institución y resultaron heridos dos más. Así las cosas, concluye la representante del Ministerio público que la muerte en combate del señor JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO, quien se desempeñaba como soldado profesional, no es imputable a la entidad demandada y en este sentido, prospera la excepción de riesgo propio del servicio propuesta por la Entidad demandada, teniendo en cuenta que el soldado al ingresar a prestar sus servicios en labores de defensa y seguridad del Estado, asumió voluntariamente el riesgo que esta actividad implicaba, el cual desafortunadamente, en el presente caso, se concretó.

## **2. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO**

### **2.1. Presupuestos procesales**

#### **2.1.1 Caducidad y procedibilidad del medio de control**

La demanda se presentó el día 05 de agosto de 2014 (folio 41 C. Ppal) y los hechos fundamento del litigio acaecieron el día 07 de mayo de 2012, por lo que el término para iniciar el medio de control correría entre el 08 de mayo de 2012 al 08 de mayo

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

de 2014, la solicitud de conciliación se radicó el 05 de mayo de 2014 y la audiencia de conciliación se celebró el 01 de agosto de 2014, fecha en la que se expidió la constancia de la audiencia de conciliación prejudicial, es decir el demandante tendría hasta el día 05 de agosto de 2014, la demanda se presentó en esa precisa fecha (folio 41) y fue remitida a este despacho por falta de competencia el día 10 de septiembre de 2014, es decir dentro del término oportuno que indica la ley.

Por la naturaleza del medio de control y el lugar de los hechos, el Juzgado es competente para conocer de este asunto en primera instancia conforme a lo previsto en el artículo 140 y 155 # 6 de la Ley 1437 de 2011.

## **2.2. Problema jurídico principal**

Tal y como se determinó en la etapa de fijación del litigio, el problema jurídico a resolver dentro del presente asunto *se centra en determinar si hay lugar a declarar administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por el deceso del señor JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO en hechos ocurridos el día 07 de mayo de 2012, mientras se desempeñaba como soldado profesional de esa institución, y si de acuerdo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se demuestren hay lugar a condenar a la entidad por los perjuicios que resulten acreditados en el proceso.*

## **2.3. Problemas jurídicos secundarios**

(i) ¿Cuál es el régimen de responsabilidad estatal por el que se estudiará el presente asunto?

(ii) ¿Se demostró por quien tenía la carga probatoria el riesgo superior alegado?

## **2.4. Tesis del Despacho**

El Despacho negará las pretensiones de la demanda, porque no existen elementos de juicio que permitan atribuir responsabilidad estatal por el régimen subjetivo "falla en el servicio", por cuanto la incorporación de Jorge Enrique Peña Mestizo a las filas del Ejército Nacional como soldado profesional, fue voluntaria con lo cual se asumió el riesgo y las posibles consecuencias que dicha profesión le acarrearía, a lo cual se agrega que no se demostró el riesgo superior alegado, ello conforme a las reglas jurisprudenciales vigentes.

Para explicar la tesis planteada se abordarán los siguientes temas: (i) Lo probado en el proceso, (ii) El Daño antijurídico, (iii) Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento del deber jurídico de reparar; (iv) Régimen aplicable de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, derivada de los daños antijurídicos sufridos por quienes prestan su servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado [policiales y militares], y, (v) sobre la carga dinámica de la prueba.

El Despacho tendrá en cuenta las siguientes fuentes del derecho para efectos de proferir sentencia:

## **Constitucionales y legales**

Artículos 90 y 217 Constitución Política de 1991  
Decreto 1793 de 2000 art. 1º

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

## **Jurisprudenciales**

Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia 16.383 del 31 de mayo de 2007.

Consejo de Estado- Sección Tercera- Sentencia 19031 del 14 de septiembre de 2011 CP Dr. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado- Sección Tercera- Sentencia 23116 del 7 de marzo de 2012 C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez

Consejo de Estado-Sección Tercera- Sentencia 20445 del 31 de mayo de 2013 C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth

## **PRIMERO.- Lo probado en el proceso**

De la demanda, la contestación y de los documentos aportados con las mismas, se pudieron establecer como ciertos los siguientes hechos, tal y como quedó señalado al momento de fijar el litigio en la Audiencia Inicial celebrada en este asunto:

### **Frente al Parentesco:**

- ✓ Conforme a copia auténtica de los Registros Civiles de Nacimiento que obran a folios 20 y 21 del expediente, se tiene que KAROL YULID PEÑA TENORIO identificada con NUIP No. 1.064.433.307, es hija de la señora DEISY MARY TENORIO MESTIZO y del señor JORGE ENRIQUE PEÑA MESTIZO.

### **En cuanto a los hechos de la demanda:**

- ❖ El señor Jorge Enrique Peña Mestizo falleció el día 07 de mayo de 2012, tal como consta en el registro civil de defunción que obra a folio 22 del expediente.
- ❖ La señora Deisy Mary Tenorio Mestizo convivió por un espacio superior de 4 años junto al señor Jorge Enrique Peña Mestizo, siendo de esta manera compañera permanente de la víctima directa dentro del presente proceso tal como se demostró con el acta de declaración juramentada con fines extraprocesal que obra a folio 17 del expediente.
- ❖ El señor Jorge Enrique Peña Mestizo fue asesinado en la vereda Santa Clara, Corregimiento el Plateado-Municipio de Argelia. Tal como se consignó en la inspección técnica a cadáver realizada por la Seccional de investigación criminal (SIJIN) de fecha 08 de mayo de 2012, y en donde se mencionó que al momento de llegar al lugar de los hechos, se tomó contacto con el señor Rubén Darío Mina Valedéz, soldado del Ejército Nacional y compañero de los occisos quien refirió que el soldado Peña Mestizo había caído en un campo minado y que posterior a esto se le prestaron los primeros auxilios pero que dado a la gravedad de las heridas falleció. De esta manera se plasmó lo siguiente: *"para el día 07 de mayo de ese año en curso, hacia las 15:00 horas aproximadamente (...) en un sector rural, quebrado y boscoso, se inició un patrullaje por esta zona y a eso de las 16:00 horas el (Jorge Enrique Peña Mestizo) se encontraba en la segunda escuadra cuando más adelante escucho una explosión lejana de donde estaba por donde se desplazaba la patrulla, cuando en ese momento escucho por radio que habían caído en un campo minado puesto por*

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

*guerrilleros que operan en la zona, el puntero ESCOBAR POMELO ANDRES FELIPE y el contra puntero PEÑA MESTIZO JORGE ENRIQUE y que se encontraba ya sin vida el puntero y que el contra puntero tenía signos vitales, por esto llamaron al enfermero de combate LOAIZA ECHAVARRIA ERVIN, quien inmediatamente acudió a donde estaba el herido, fue precisamente en ese momento que lo hirieron con un disparo en el flanco lado izquierdo y quedo con signos vitales, en ese momento lo llaman a él, el sargento PRADA y le pide que atienda a los heridos, por esta razón se desplaza en compañía de este, hasta donde están estos y saca en compañía de otros compañeros, a los heridos del campo minado hasta una zona segura, donde se les brinda los primeros auxilios, donde se canalizo al enfermero LOAIZA (...) y simultáneamente se atendió al herido PEÑA MESTIZO quien presentaba esquirlas en el mentón, en la mejilla lado derecho y en el pecho, al igual que el muslo lado derecho, a quien se le canalizo, se le hizo limpieza, se colocó apositos con una venda, se le abrigó pero el impacto era muy fuerte quien después de unos 10 minutos fallece (...)"*

- ❖ Por otra parte la Policía judicial (Grupo seccional de investigación criminal-SIJIN) como signos de violencia encontradas en el cuerpo del señor Peña Mestizo se establecieron los siguientes: *"herida abierta de bordes irregulares en región maseterica lado izquierdo de aproximadamente 3 cms. Dos heridas abiertas con bordes irregulares de forma ovalada en región condroesternal, herida abierta de bordes irregulares en tercio superior del muslo de la pierna derecha cara anterior, herida abierta tercio inferior del muslo de la pierna derecha cara anterior, presenta venda sobre la rodilla lado derecho."* (Folios 27 a 32 del cuaderno principal).
- ❖ A través del informe administrativo por muerte Nro. 004 de 18 de mayo de 2012 se estableció que el día 07 de mayo de 2012 a las 16:30 horas aproximadamente, y durante el desarrollo de la orden de operaciones Eclipse misión táctica MACEO, mientras se encontraban la primera escuadra del segundo pelotón de la Compañía Alcatraz del BACOT 37 "Macheteros del Cauca" *"desplazándose por el sector de la vereda Santa clara del Municipio de Argelia Cauca, al paso de la tropa fue activado un campo minado y posteriormente atacados con ráfagas de fusil por miembros de las FARC, recibiendo de forma directa múltiples esquirlas por la explosión el soldado profesional Peña Mestizo Jorge Enrique lo cual le causó la muerte en el lugar"*. (Medio magnético que obra a folio 86 del cuaderno principal).
- ❖ En el informe de patrullaje elaborado por el Batallón de combate terrestre No. 37 "Macheteros del Cauca" con fecha de 01 al 15 de mayo, dentro de la misión táctica: MACEO, orden de operaciones: ECLIPSE del pelotón: Alcatraz 2, se narró la forma como se desarrolló la mencionada misión en ese intervalo de tiempo, estableciendo que el ataque perpetrado por miembros de las FARC ocurrió en el momento en que activaron unas cargas explosivas cuando el pelotón pasaba por las coordenadas 02° 25'57"-77° 16'18" en donde quedó herido el señor Peña Mestizo. Relata también que posterior a la explosión fueron atacados por ráfagas de fusil en donde resultaron heridos otros miembros del pelotón.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

Como aspectos negativos se consignó: *"falta equipo EXDE, falta material especial optronicos"*. Finalmente como recomendaciones se establecieron las siguientes: *"especializar personal de enfermeros y grupos EXDE"*. (Medio magnético que obra a folio 86 del expediente).

- ❖ En el informe pericial de necropsia de fecha 08 de mayo de 2012 que practicó el Instituto de medicina legal y ciencias forenses al cuerpo del señor Jorge Enrique Peña Mestizo, se tuvo como conclusión que murió de manera violenta-homicida y que la causa básica de muerte fue por heridas por artefacto explosivo (folios 14 a 20 del cuaderno de pruebas).
- ❖ En la investigación disciplinaria No. 015-2012 que tuvo su origen en el Comando del Batallón de Combate terrestre No. 37 "Macheteros" a raíz de los hechos sucedidos el día 07 de mayo de 2012 en el sector de la vereda Santa Clara Municipio de Argelia (Cauca) por la presunta comisión de las faltas disciplinarias contempladas en el artículo 59, numerales 16 y 20 de la Ley 836 de 2003 y que de acuerdo a las pruebas recopiladas en dicho procedimiento se concluyó que el Pelotón ALCATRAZ 2 orgánicos del BACOT 37, se vieron obligados a cambiar el eje de dirección conforme a las complicaciones que presentaba el terreno, resaltando que se encontraban en "selva virgen", con poca visibilidad, nubosidad, y encontrándose en un "desfiladero". De esta forma, se tuvo que el cambio en el eje de dirección fue tomado, previo análisis del terreno y por necesidad absoluta y evidente, y que la toma de dicha decisión la realizó la autoridad que tiene mayor experiencia en campo abierto y "selva virgen", siendo la opción más beneficiosa para todo el pelotón. Sin embargo, a través de la nueva ruta que transitaban en orden de cumplir la misión, fue activado un campo minado ocasionándole la muerte al señor Jorge Enrique Peña Mestizo.

Una vez establecidos los hechos que resultaron probados dentro de este expediente, el Despacho hará el análisis del primer requisito para establecer la responsabilidad del Estado: El Daño.

## **SEGUNDO.- El daño antijurídico.**

Conforme al Artículo 90 constitucional son dos los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado: El daño antijurídico y la imputación de éste al Estado.

Sobre este particular ha dicho el Consejo de Estado:

*"Nunca, hasta 1991, nuestro ordenamiento jurídico había consagrado un precepto constitucional constitutivo de la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que recogiera tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como la extra contrato; Tal cosa ocurrió con el artículo 90 de la Constitución Política vigente, de cuyo inciso primero, se deduce, **como ya lo ha dicho la Sala en otras oportunidades, que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado**".(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de octubre de 1999, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación número: 10948-11643, actor: Luís Polidoro Combita y otros).*

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

En otras oportunidades ha dicho:

*"Con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que ocasione por la acción u omisión de las autoridades públicas, por lo cual para la prosperidad de las pretensiones de la demanda presentada en ejercicio de la acción de reparación directa, **es necesario que la parte actora acredite los elementos que configuran dicha responsabilidad, es decir el daño y la imputación del mismo a la entidad pública demandada**" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de noviembre de 2006. Exp. 14882. C.P. Ramiro Saavedra Becerra). (Negrilla y subraya fuera de texto).*

Entonces de lo que se trata es de vincular el daño con la Administración a través de alguno de los criterios de atribución, bien subjetivo bien objetivo, ya porque hay una falla del servicio, ya porque hay un daño especial o porque se configuró un riesgo excepcional.

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta los tiempos más recientes, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Así pues, se verificará conforme al material probatorio, si en este caso la parte accionante ha sufrido un daño entendido como el perjuicio o menoscabo en su patrimonio o en su persona física o en su aspecto moral, que no tenían el deber de soportar.

El daño comprendido como el primer elemento en un juicio de responsabilidad, lo constituye en este caso la muerte del Soldado Profesional Jorge Enrique Peña Mestizo y que se encuentra demostrado con la copia auténtica del registro civil de defunción que aparece a folio 22 del cuaderno principal y con la copia auténtica del Informativo Administrativo por Muerte No 004-2012 del 18 de mayo de 2012<sup>1</sup>, surgiendo ese elemento esencial que da origen y sustento a la existencia de la institución de la responsabilidad extracontractual.

Con lo anterior se concluye que el primer requisito para declarar la responsabilidad se haya cumplido; ahora bien, se hace preciso determinar si tal daño le es imputable a la entidad estatal demandada.

### **TERCERO.- Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento del deber jurídico de reparar.**

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica<sup>2</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente del Consejo de Estado: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, lo siguiente:

<sup>1</sup> A través de dicho documento se informó la novedad de la muerte del soldado Jorge Enrique Peña al caer en un campo minado (ver folios 86-medio magnético CD-ROM C. Principal).

<sup>2</sup> La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos". SANCHEZMORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

*"La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen"<sup>3</sup>.*

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>4</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>5</sup>.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *"parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones"*<sup>6</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la "atribución", lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de *"cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta"*<sup>7</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de *"excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar"*<sup>8</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>9</sup>.

3 Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004

4 En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a ley es; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio di iudicatoria)". KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

5 El "otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados". Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

6 "El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre". GIMBERNATORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

7 MIRPUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

8 LARENZ, K. "Hegelszurechnungslehre", en MIRPUIG, Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", ob., cit., p.7.

9 JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: "De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

Es más, se sostiene doctrinalmente *"que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños"*<sup>10</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>11</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>12</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: *"Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"*<sup>13</sup>.

Dicha formulación no debe suponer, lo que remarca la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, en una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad

---

Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia". Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

10 MIRPUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

11 El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización(...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: "ley de la ponderación" (subrayado fuera de texto). ALEX, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

12 La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero". ALEX, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

13 ALEX, Robert. "Teoría del discurso y derechos constitucionales", en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: "... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación -afirma Habermas- los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la "estricta prioridad" característica de los "puntos de vista normativos". HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William R. E. ehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: "... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado". Para concluir que: "La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta". HABERMAS, Jürgen. "Reply to Symposium Participants", en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>14</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una *responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales*”<sup>15</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>16</sup>.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>17</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>18</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera:

*"(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de*

---

14 La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales". LEGUINAVILLA, Jesús. "Prólogo", en BELADIEZROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

15 MIRPUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

16"(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.308.

<sup>17</sup>Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

<sup>18</sup>Merklyalo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la conditio sinequanon, si no condijo perquam de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuáles el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍNREBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

*una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas -a manera de recetario- un específico título de imputación (...)"<sup>19</sup>.*

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada. En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

**CUARTO.- Régimen aplicable de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado, derivada de los daños antijurídicos sufridos por quienes prestan su servicio en los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado [policiales y militares]**

De esta forma ahora se entra a determinar qué régimen jurídico se deberá aplicar dentro del presente asunto.

Sobre el particular, es preciso señalar que ha sido pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo referente a los daños sufridos por las personas que voluntariamente ingresan a las filas del Ejército o la Policía Nacional, determinando que por regla general no se ve comprometida la responsabilidad del estado colombiano y que excepcionalmente podrán presentarse los regímenes subjetivo u objetivo que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento de la respectiva indemnización.

En este sentido, en pronunciamientos<sup>20</sup> recientes dice el Consejo de Estado:

*"En relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que en tales eventos por regla general no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización a forfait a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando dichos daños se hubieren producido por falla del servicio o cuando se hubiere sometido al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial, evento en el cual hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo."*

Claro entonces que en los casos del personal vinculado de manera voluntaria a la fuerza pública es posible la configuración de un régimen de responsabilidad estatal, se analizará lo referente al régimen jurídico aplicable a este asunto.

<sup>19</sup> "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

<sup>20</sup> Consejo de Estado- Sección Tercera- Sentencia 23116 del 7 de marzo de 2012 C.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

En cuanto a la falla en el servicio, tenemos que decir que este régimen de responsabilidad estatal –subjetivo- hace referencia a una trasgresión de las obligaciones que se encuentran a cargo del Estado. El Consejo de Estado define la falla del servicio como:

*“En términos generales, la falla del servicio surge a partir de la comprobación de que el daño se hubiere producido como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, lo cual constituye una labor de diagnóstico por parte del juez, de las falencias en las cuales incurrió la Administración y que implica un consecuente juicio de reproche”* (Sentencia del 26 de mayo de 2010, Expediente 18238 C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez)

Este Despacho considera prudente traer a colación la definición de soldado profesional, la cual se encuentra legalmente establecida en el Decreto 1793 del 14 de septiembre de 2000, en su artículo 1º:

*“ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son **los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares**, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas.”* (Subrayas y negrillas fuera de texto)

De la norma transcrita, entendemos que un soldado profesional es una persona con el entrenamiento suficiente para poder reaccionar y actuar como apoyo durante un combate y en la ejecución de las tareas u operaciones desarrolladas por esa misma fuerza. Se trata entonces de una persona altamente calificada para desempeñarse en el área de combate.

De acuerdo a esta precisión, este Despacho insiste que quien voluntariamente ingresa a las filas del Ejército Nacional, lo hace a sabiendas de las labores que va a desarrollar, el riesgo que para su vida implica desempeñarse en esa profesión y con la plena convicción de estar dispuesto de entregar la misma si es necesario por defender la patria.

Por ello, para ser soldado profesional, la persona que ingresa a las escuelas de instrucción fuera de recibir formación académica necesaria –en derechos humanos DIH-, también recibe entrenamiento militar, el cual consiste en: técnicas de combate urbano y rural, supervivencia, manejo de armas, tiro, defensa personal, manejo básico de explosivos, entre otros.<sup>21</sup>

Ahora en lo que se refiere al cumplimiento de una operación militar-acción para cumplir una misión-se tiene que la misma no obedece al capricho del superior al mando, ésta tiene su origen en una orden de operaciones que conforme al glosario militar corresponde a un “documento que dispone la ejecución de una operación específica, en un futuro inmediato o muy próximo y en el cual se dan las instrucciones necesarias de situación de Fuerzas amigas y del enemigo.”<sup>22</sup> Este documento, le da la pauta al comandante de la operación para efectos de desarrollar la misma, por lo que se trata de un programa a seguir para el cumplimiento de la misión encomendada, realizando una planeación anticipada de la misma, analizando los posibles riesgos a presentar durante su ejecución, esto incluye una apreciación de las situaciones de riesgo que pueden presentarse, desde el mismo momento en que se inicia el desplazamiento de la tropa.

<sup>21</sup> Información obtenida de la página web del Centro Nacional de Entrenamiento –“CENAE” del Ejército Nacional [www.cenae.mil.co](http://www.cenae.mil.co)

<sup>22</sup>Ver [www.ejercito.mil.co](http://www.ejercito.mil.co) en el link glosario

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

Bajo este marco entraremos a analizar de fondo si se configura la responsabilidad estatal, por los hechos que se narran en la demanda que se decide por esta jurisdicción.

Afirma la parte actora que existió una “falla en el servicio” consistente en que la orden inicial que tenían los soldados era que entraran desde el Mango hasta el Plateado en helicóptero, y que a última hora los oficiales superiores de Popayán cambiaron la orden para que la escuadra entrara por tierra. Seguidamente, afirma que la escuadra a la cual pertenecía el SLP Peña Mestizo no tenía provisión de armas suficientes para resistir un enfrentamiento con los grupos armados al margen de la ley, no contaban con enfermero, ni tampoco alimentos o medicinas de ninguna clase. También manifiesta que el SLP Peña Mestizo desde la ocurrencia del suceso hasta el momento de su fallecimiento no recibió ningún tipo de ayuda o auxilio médico especializado. El togado de la parte actora reprocha que según el acta de inspección técnica a cadáver se consignó que la atención médica recibida por el SLP Peña Mestizo consistió únicamente en que: *“se le canalizó, se le hizo limpieza, se colocó apósitos con una venda, se le abrigó pero el impacto era muy fuerte”*. Critica que no se dispuso las medidas de seguridad (estudio del terreno, plan alternativo, etc), al no haber facilitado las medidas de seguridad, violando las disposiciones que regulan las operaciones en combate irregular, que contempla la necesidad de buscar los puntos críticos, obstáculos y en general zonas o sectores que pueden ser utilizados para la ejecución de emboscadas o atentados por parte de la guerrilla.

Al respecto, observa el Despacho que las afirmaciones hechas en la demanda no fueron probadas y a continuación se expone el por qué: cuando se alega la falla en el servicio como régimen para atribuir responsabilidad estatal surge para quien la invoca, el deber de demostrar la carga obligacional del Estado que fue incumplida por éste, y en el presente asunto era precisamente al accionante a quien le correspondía demostrar las falencias de la entidad demandada en el desarrollo de la operación Eclipse.

Se habla que era necesaria la presencia del equipo y personal especializado para la detección de explosivos, y aunque a pesar de que en el informe de patrullaje como aspecto negativo de la misión “Eclipse” se consignó la falta de este equipo, ahora según el análisis fáctico del asunto sub examine, y tal como se estableció en el informe de patrullaje en donde se manifiesta que al momento en que la tropa pasaba por las coordenadas 02° 25’ 57”-77° 16’ 18” les fue activado un artefacto explosivo en donde fue herido de gravedad el señor Jorge Enrique Peña Mestizo y donde resultó muerto el señor Escobar Pomeo, seguidamente añade que posterior a dicha explosión se activó otro aparato explosivo seguido de ráfagas de fusil, en donde terminaron heridos los soldados profesionales Papamija Zúñiga, SLP Rey Moreno, y SLD Loaiza Echavarría.

Lo anterior evidencia que la tropa fue atacada por miembros al parecer de grupos constituidos al margen de la Ley, en donde se utilizaron explosivos, minas antipersonas, tal como se evidencia con la declaración del señor Soldado profesional Rubén Darío Mina compañero del señor Peña Mestizo<sup>23</sup>, y además ráfagas de fusil, configurando una emboscada. De esta manera, este despacho mal haría en afirmar que dado a que en el pelotón “Alcatraz” faltaba equipo EXDE24 se hubiera podido evitar el referido ataque subversivo en donde lamentablemente resultaron heridos dos soldados y fallecieron otros dos soldados profesionales entre ellos el señor Jorge

---

23 Folios 27 a 32 del cuaderno principal.

24 Medio magnético CD ROM, que obra a folio 86 del Cuaderno principal.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

Enrique Peña. De esta forma se tiene que el señor Peña Mestizo no fue sometido a un riesgo superior que sus demás compañeros de operación no padecieran.

Por otra parte no se vislumbra en el expediente que la muerte del señor Jorge Enrique hubiera ocurrido dado a una falta de planeación en el patrullaje que se encontraba realizando el pelotón al que hacia parte el mentado, esto dado a lo que arrojan los informes de patrullaje y la orden de operaciones "Eclipse" en donde se evidencia que se cumplió con un estudio previo al desarrollo de la referida misión.

Tampoco se dilucida el desconocimiento de los manuales antiguerrilla al momento de que el pelotón cambió de curso en desarrollo de la misión militar "Eclipse", lo anterior se puede concluir al analizar la investigación disciplinaria No. 015-2012 que tuvo su origen en el Comando del Batallón de Combate terrestre No. 37 "Macheteros" a raíz de los hechos sucedidos el día 07 de mayo de 2012 en el sector de la vereda Santa Clara Municipio de Argelia (Cauca) y donde se concluyó que el Pelotón ALCATRAZ 2 orgánicos del BACOT 37, se vio obligado a cambiar el eje de dirección conforme a las complicaciones que presentaba el terreno, resaltando que se encontraban en "selva virgen", con poca visibilidad, nubosidad, y encontrándose en un "desfiladero". De esta forma, se tuvo que el cambio en el eje de dirección fue tomado, previo análisis del terreno y por necesidad absoluta y evidente, y que la toma de dicha decisión la realizó la autoridad que tiene mayor experiencia en campo abierto y "selva virgen", siendo la opción más beneficiosa para todo el pelotón.

Frente a la omisión de atención en salud referida por el extremo demandante, no se probó que así hubiera ocurrido, siendo la carga de la parte demandante, además se extrae del informe de patrullaje como de la declaración que rindió el soldado Rubén Darío Mina quien se encontraba en el lugar de los hechos y quien le manifestó a la policía judicial de la Seccional de investigación criminal de la SIJIN al momento de la inspección técnica al cuerpo del señor Peña<sup>25</sup>, que efectivamente se le brindó atención por parte del enfermero de combate Loaiza, quien incluso resultó herido por un disparo en ese preciso momento. De esta forma se tiene como no probada dicha afirmación.

Por consiguiente y teniendo el deber jurídico de probar la razón de su dicho, no lo hizo, la orfandad de pruebas es evidente y no porque la entidad demandada no aportara documentos; ya que de acuerdo a nuestro régimen jurídico vigente<sup>26</sup>, el accionante tenía la carga de demostrar que la entidad demandada desconoció, por acción u omisión, su carga obligacional, le correspondía demostrar cuál fue el riesgo superior al que Jorge Enrique Peña Mestizo fue sometido a diferencia de sus demás compañeros de operación pero eso, a juicio de este Despacho no se observó.

Sobre el hecho de demostrar ese riesgo superior al que son sometidos los militares en desarrollo de operaciones tácticas, el Consejo de Estado<sup>27</sup> ha sostenido:

*"Debe precisarse, en primer lugar, el régimen de responsabilidad aplicable en el presente caso. El afectado Jesús Antonio Rico Naranjo era soldado voluntario, y la jurisprudencia de esta corporación ha determinado que en estos eventos se debe aplicar el régimen de falla del servicio, **que se configura cuando a los funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad**. En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones*

25 Folios 27 a 32 del Cuaderno principal.

26 Artículo 177 CPC

27 Consejo de Estado-Sección Tercera, sentencia 16.383 del 31 de mayo de 2007.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

*militares. **Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que el de sus demás compañeros, con quienes desarrolló la misión encomendada***" (negrillas y subrayas deliberadas)

Por lo que la jurisprudencia establece una carga para quien demanda la declaración de responsabilidad estatal en este tipo de casos y es la demostración de ese "riesgo mayor" al que es sometido el militar voluntario, acompañado de un ingrediente adicional: que debe mirarse ese riesgo superior con respecto de quienes compartían con ese militar la misma misión.

Posición que ha sido reiterada<sup>28</sup>:

*"En preciso señalar, que la Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional, es un riesgo propio del servicio que prestan en cumplimiento de operaciones o misiones castrenses. Al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna por la concreción de esos riesgos, **a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio, que consiste en el sometimiento del afectado a un riesgo mayor respecto al de sus demás compañeros, con quienes desarrolle la misión encomendada, o que se le ponga en situación de desigualdad ante aquéllos y en relación al servicio mismo***." (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Y en pronunciamientos aún más recientes<sup>29</sup>, cuando sobre el particular el organismo de cierre de esta jurisdicción consideró:

*"1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes de la fuerza pública profesionales, constituye, en general, un riesgo propio de la actividad que desempeñan, riesgo que se concreta cuando tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones propias del servicio que prestan, y al cual ingresaron por iniciativa propia, por lo que asumen los riesgos inherentes al desarrollo de dichas actividades peligrosas.*

*2. En virtud del riesgo inminente que caracteriza a estas actividades y del libre albedrío de que gozan los agentes que las realizan, no en todas las ocasiones, resulta jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual; **sin embargo, se considera, en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el agente afectado, y que este riesgo sea mayor que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada***<sup>30</sup>.

*3. Estos títulos de imputación se configuran, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando "a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad"<sup>31</sup>, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su*

28 Consejo de Estado- Sección Tercera- Sentencia 19031 del 14 de septiembre de 2011 CP Dr. Enrique Gil Botero

29 Consejo de Estado- Sección Tercera- Sentencia 20445 del 31 de mayo de 2013 C.P. Dr. Danilo Rojas Betancourth

30 Ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de mayo 3 de 2001, expediente 12338, C.P. Alier Hernández; marzo 8 de 2007, expediente 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y octubre 7 de 2009, expediente 17884, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

31 *Ibidem*.

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

*actividad o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo "el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones"<sup>32</sup>, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones<sup>33</sup>, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones<sup>34</sup> (falla del servicio)."*

Conforme con el precedente jurisprudencial antes transcrito, el Despacho se pregunta, ¿cuál fue ese riesgo superior que soportó el soldado Jorge Enrique Peña Mestizo?, y que ¿acaso no estaban sus compañeros y aún el mismo oficial al mando expuesto al mismo peligro?, por lo que claro se advierte que esa precisa circunstancia no fue demostrada en curso de esta actuación.

Por el contrario, salta a la vista la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho que produjo la muerte por la cual se reclama indemnización y por lo tanto no podía evitar su ocurrencia, pues no era inminente que los soldados caerían en un campo minado, les fueran activados artefactos explosivos y fueran víctimas de ráfagas de fusil, tan es así que –como se sostuvo anteriormente– los compañeros del soldado Peña Mestizo se encontraban en iguales condiciones que él, cualquiera de ellos pudo pisar la mina o ser víctima de los explosivos detonados y haber tenido el mismo desenlace, con tan mala suerte que fue a éste a quien le correspondió el turno y no por ello, da lugar al surgimiento de la responsabilidad estatal, dándose así por probada la excepción de Inexistencia de la obligación de indemnizar propuesta por la entidad demandada.

Entendido que no existe responsabilidad estatal respecto del daño que pretendía imputársele, el Despacho hará una breve consideración sobre la carga de la prueba, al considerar que la misma no fue observada por la accionante.

### 3.2 Respecto de la carga de la prueba

A la "Teoría de la Carga Dinámica de la Prueba"<sup>35</sup> se recurrió por el Consejo de Estado en lo que se refiere al tema de la responsabilidad por falla en el servicio médico, pero no hay lugar a acudir al mismo para evadir el deber legal de probar cuando se persigue la aplicación de una regla a una situación fáctica, pues bajo ese entendimiento siempre correspondería probar a quien se le reclama el derecho, esto es, al demandado.

---

32 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, radicación n.º 16258.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 17882.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 19426.

35 "El principio de la carga dinámica de la prueba se presenta como una excepción a la regla general según la cual quien alega prueba; la excepción que este principio consagra consiste precisamente en que el deber de probar un determinado hecho o circunstancia se impone a la parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo, aun cuando no lo haya alegado o invocado. Este principio se plantea como una solución para aquellos casos en los que el esclarecimiento de los hechos depende del conocimiento de aspectos técnicos o científicos muy puntuales que solo una de las partes tiene el privilegio de manejar. En el caso concreto, los conocimientos técnicos o especializados que pueden reclamarse a la demandada corresponden principalmente a los análisis de balística; sin embargo la parte actora no pidió prueba alguna relacionada con este aspecto. Ahora bien, la prueba testimonial solicitada no fue decretada por el Tribunal por cuanto no se formuló debidamente, decisión que en ningún momento fue controvertida por la demandante. Así las cosas no se encuentra fundamento alguno que amerite la aplicación, en este caso, del principio probatorio enunciado" Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil uno (2001) Radicación número: 05001-23-31-000-1992-1670-01(12338) Actor: GLADYS ARANGO DE FERNANDEZ Y OTRO

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

Por el contrario, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil –que también cita- era esa parte quien debía demostrar el efecto jurídico de las normas de las cuales perseguía su cumplimiento y no tratar de trasladar sus obligaciones a la entidad demandada y sobre ese aspecto y para estos mismos eventos, se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia citada al comienzo de este pronunciamiento:

*“En el sub exámine -se insiste-, la parte actora no logró demostrar la alegada falla en el servicio, toda vez que las pruebas resultan insuficientes para acreditar la omisión imputada en la demanda, concretamente porque “el fallecido Hugo EivarEraso Noguera fue llevado al lugar de sacrificio sin un plan operativo de defensa, sin dirección, sin las debidas medidas preventivas para proteger su vida, sin la más mínima actividad de los organismos de seguridad, rebasando los riesgos propios de la actividad policiva”.*

*Cabe agregar, finalmente, que el ataque guerrillero fue sorpresivo e imprevisible, es decir que no existía la inminencia del ataque como para que se hubieren adoptado medidas de seguridad excepcionales o que se hubiere requerido la presencia de un mayor número de policiales; además, no se probó que la referida estación de Policía hubiere sido blanco de amenazas específicas para que se hubiere tenido la obligación de tomar con anticipación medidas especiales para evitar el ataque por parte de miembros armados al margen de la ley.*

*En conclusión, no se acreditó que el daño hubiere sido imputable a la demandada, puesto que no se demostró que fuera producto de una falla del servicio, como tampoco se probó que el agente hubiere estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar, ni se acreditó que durante el desarrollo de la actividad al agente Erasos Noguera se le hubiere obligado a asumir una carga superior que llevara implícita el rompimiento del principio de igualdad respecto de sus compañeros y que por ese hecho se hubiere producido su muerte.*

*A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria<sup>36</sup> que le impone la norma legal en cita, toda vez que –se reitera–, no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir tan lamentable hecho al ente público demandado”.<sup>37</sup>*

Por lo que las “cargas” de las que tanto se ha hecho mención en este asunto, no se cumplieron, con las consecuencias que de ello lógicamente se deriva.

En conclusión, y dando solución al problema jurídico aquí planteado, tenemos que dentro del presente asunto, si bien es cierto se acreditó un daño, no se demostró que el mismo pueda ser atribuido a la Entidad demandada, resultando probada las excepciones de “riesgo propio de servicio” e “inexistencia de la obligación de indemnizar” propuesta por la entidad demandada, y por lo tanto se despacharán

---

<sup>36</sup>De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: “carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem pág 406.

<sup>37</sup>Consejo de Estado-Sección Tercera, Sentencia 23116 del 7 de marzo de 2012 CP Dr. Mauricio Fajardo Gómez

|                   |                                                |
|-------------------|------------------------------------------------|
| EXPEDIENTE:       | 190013333008 2014 00385 00                     |
| DEMANDANTE:       | DEISY MARY TENORIO MESTIZO                     |
| DEMANDADO:        | NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL |
| MEDIO DE CONTROL: | REPARACIÓN DIRECTA                             |

negativamente las pretensiones de la demanda y se condenará en costas a la parte vencida.

### **3.- COSTAS PROCESALES – agencias en derecho**

Conforme el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Bajo este lineamiento, es del caso condenar en costas a la parte demandante con fundamento en el artículo 365 del C.G.P., cuya liquidación se hará por secretaría del Despacho, conforme lo establece el artículo 366 del C.G.P., como quiera que la acción contenciosa no salió a flote.

Respecto a las agencias en derecho, siguiendo la pauta del Consejo de Estado y acogiendo lo dispuesto por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, se fijarán éstas teniendo en cuenta las actuaciones adelantadas por el apoderado de la parte demandada, para lo cual es preciso hacer remisión a lo dispuesto por el Numeral 1 del artículo 5 del Acuerdo 10554 de 5 de agosto de 2016, así como al numeral 3 del artículo 366 del C.G.P. agencias en derecho que se fijarán en el equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda.

### **4. DECISION**

Por lo expuesto el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

PRIMERO.- Declarar probadas las excepciones de "Riesgo propio del servicio" e "Inexistencia de la obligación de indemnizar" propuestas por la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO.- Negar las pretensiones de la demanda.

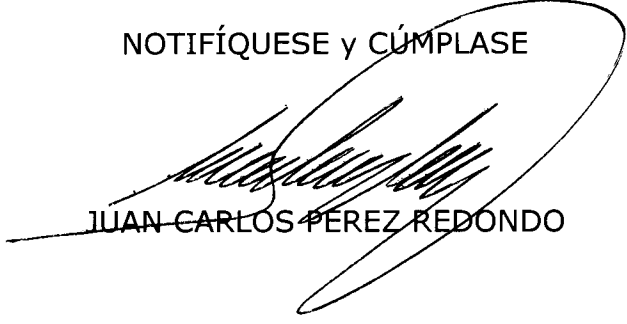
TERCERO.- Condenar en costas a la parte demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. Líquidense por secretaría. Fíjense las agencias en Derecho en la suma equivalente al 3% de las pretensiones de la demanda, las que serán tenidas en cuenta al momento de liquidar las costas, y a cargo de la parte actora.

CUARTO.- Notificar esta providencia tal y como lo dispone el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

QUINTO.- Archivar el expediente previa cancelación de su radicación, una vez cobre ejecutoria esta providencia. Por secretaría líquidense los gastos del proceso.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

El Juez,

  
JUAN CARLOS PÉREZ REDONDO