

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: **MARÍA ADRIANA MARÍN**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de febrero dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 52001-23-31-000-2010-00025 (64455)

Actor: LUCELINA URREA MELECIO Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / FALLA DEL SERVICIO - Muerte de erradicador manual de cultivos ilícitos / CARGA DE LA PRUEBA - Ausencia de prueba de la imputación del daño / DENUNCIA DEL PLEITO – Semejanzas con el *llamamiento en garantía – alcance*.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 14 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

Según la demanda, el 29 de octubre de 2007, el señor Genaro Fernández Suárez falleció por causa de *“una descarga eléctrica”* cuando realizaba labores de erradicación de cultivos ilícitos, en la vereda El Bombón del municipio de Puerto Guzmán, departamento del Putumayo. Su núcleo familiar pretende la reparación de los perjuicios causados, los cuales, se afirmó, deben ser pagados por el Ejército Nacional.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 1 de febrero de 2010 (f. 2-13 c-1), la señora Lucelina

Urrea Melecio, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Jhoan Estiven Fernández Urrea, por conducto de apoderado judicial (f. 25 c-1), presentó demanda de reparación directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, con el fin de que se le declarara patrimonialmente responsable por la muerte del señor Genaro Fernández Suárez, ocurrida el 29 de octubre de 2007, como consecuencia de “una descarga eléctrica”.

En concreto, la parte actora solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

Primera: Declarar que la Nación (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) es administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del señor Genaro Fernández Suárez, ocurrida el 29 de octubre de 2007, en la Vereda El Bombón, jurisdicción del municipio de Puerto Guzmán, departamento del Putumayo, como consecuencia de la grave falla por omisión, consistente en salvaguardar el orden público y por su grave inoperancia en el cumplimiento del deber de hacer.

Segundo: Como consecuencia (...), solicito se condene a la Nación (Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) a pagar todos los daños y perjuicios morales y materiales causados a cada uno de los integrantes del grupo familiar del finado Genaro Fernández Suárez (...), así:

Perjuicios morales: Como mínimo, el equivalente a 1.000 a (...) SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los integrantes del grupo familiar, siendo ellos Lucelina Urrea Melecio y su hijo Jhoan Estiven Fernández Urrea.

Perjuicios materiales: La suma de \$200'000.000 (...) para cada uno de los solicitantes (...).

Daños a la vida de relación: Como mínimo, el equivalente a 1.000 a (...) SMLMV a la fecha de ejecutoria de la sentencia, para cada uno de los solicitantes (...).

Las pretensiones anteriores se fundamentaron en los siguientes hechos:

En el año 2007, el señor Genaro Fernández Suárez se desempeñaba como “erradicador de cultivos ilícitos, (...) labor que desempeñó en el departamento del Putumayo”.

De manera general y sin ahondar en detalles, se indicó que el 29 de octubre de 2007, en la vereda El Bombón, jurisdicción del municipio de Puerto Guzmán, departamento del Putumayo, el señor Fernández Suárez y otros compañeros, en el momento en que se encontraban ejecutando sus actividades como erradicadores, “murieron producto de una descarga eléctrica o electrocutados, según lo advirtieron los miembros del Ejército Nacional encargados de su cuidado y seguridad”.

Según la demanda, la muerte del señor Genaro Fernández Suárez le resulta atribuible a la Nación Colombiana, pues la misma ocurrió por “la falta de previsión, protección, prevención y seguridad de las fuerzas del Estado”. En ese mismo

sentido, se expuso que el daño alegado *“tuvo su génesis en la falta de control preventivo por parte de los gendarmes de la fuerza pública, ya que estas hicieron caso omiso a los mecanismos de seguridad que ameritaba la zona donde se encontraba trabajando el erradicador, causándose de esta forma una falla en la prestación del servicio”*.

Finalmente, se adujo que la muerte del señor Genaro Fernández Suárez de la Hoz le generó a los demandantes múltiples perjuicios de orden material, además de las afecciones de índole inmaterial.

2. El trámite en primera instancia

2.1. La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante providencia del 23 de febrero de 2010 (f. 32-33 c-1), decisión que fue notificada al Ejército Nacional y al Ministerio Público.

2.2. El Ejército Nacional contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a las pretensiones formuladas por la parte actora (f. 51-59 c-1). En síntesis, manifestó que la entidad no era la encargada de brindarle seguridad al señor Genaro Fernández Suárez y que dicha obligación se encontraba en cabeza de la Policía Nacional. En ese sentido, expuso que la Constitución Política no le impone una obligación de protección a los ciudadanos, pues el artículo 217 sólo prevé como objeto de las fuerzas militares la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad nacional y el orden constitucional, por lo que solicitó que se declarara su falta de legitimación en la causa por pasiva.

En escrito separado presentó denuncia del pleito contra la Policía Nacional, con fundamento en el artículo 217 del CCA y 55 del CPC. Para tal efecto, insistió en que era esta entidad la encargada de la seguridad del señor Fernández Suárez y, por tanto, la llamada a responder si se llegasen a encontrar probados los elementos de la responsabilidad (f. 62-64 c-1).

2.3. Por auto del 23 de septiembre de 2010, el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la denuncia del pleito propuesta por el Ejército Nacional en contra de la Policía Nacional, por considerar que *“la solicitud (...) [reunía] los requisitos exigidos por el artículo 55 del CPC”*.

2.4. La Policía Nacional contestó la denuncia del pleito. En primer lugar, se opuso a su vinculación, porque en la demanda no se efectuó imputación alguna en su contra y, por el contrario, se insistió en que el deber de seguridad y cuidado de la víctima radicaba en el Ejército Nacional. Por otra parte, pidió que se negaran las pretensiones por la configuración de *“la causal de exoneración de responsabilidad de caso fortuito”*, dado que la muerte del señor Fernández Suárez ocurrió por causa

“de un acontecimiento natural” y no por una falla del servicio atribuible al Estado (f. 77-80 c-1).

2.5. Por auto del 13 de mayo de 2011 (92-93 c-2), el Tribunal Administrativo de Nariño abrió el proceso a pruebas y, mediante proveído del 26 de octubre de 2017¹ (f. 232 c-2), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

En sus alegatos, la parte actora pidió que se declarara la responsabilidad de la demandada principal y la entidad denunciada. A diferencia de lo narrado en la demanda, afirmó que la muerte del señor Genaro Fernández Suárez se dio en el marco del conflicto armado, cuando, en cumplimiento de sus funciones como erradicador, fue objeto *“de un ataque con un artefacto explosivo por miembros de grupos ilegales (...) que no están de acuerdo con la eliminación de cultivos ilícitos”*(f. 249-253 c-1).

El Ejército Nacional (f. 235-248 c-1) y la Policía Nacional (f. 245-263 c-1) reiteraron los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y la denuncia del pleito, respectivamente.

El Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda. Manifestó que los hechos narrados por la parte actora no tenían respaldo probatorio alguno, pues se afirmó que la muerte del señor Fernández Suárez ocurrió como consecuencia de una descarga eléctrica, pero después se demostró que la misma ocurrió por causa de *“un atentado en contra de una patrulla de la Policía”*. Destacó que en el proceso no se demostró la configuración de una falla del servicio por parte del Ejército o de la Policía, lo que permitía concluir que el daño alegado le era atribuible a un tercero (f. 265-269 c-1).

¹ El periodo probatorio se prolongó porque durante ese tiempo se intentó de manera reiterada la práctica de los testimonios solicitados por la parte actora y el envío del proceso penal que se adelantó por la muerte de la víctima.

3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante providencia del 14 de noviembre de 2018, negó las pretensiones de la demanda (f. 271-278 c-2).

En síntesis, manifestó que en este caso se demostró el daño alegado por la parte actora, esto es, la muerte del señor Genaro Fernández Suárez, pero no las *“circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos (...), lo que va de la mano con el estudio de fondo y el régimen de imputación aplicable”*.

Agregó que si bien en la demanda se afirmó que el referido señor trabajaba como erradicador de cultivos ilícitos y así se indicó en el proceso penal que se allegó, lo cierto es que no se probó *“en qué condición laboraba, si por contrato exclusivo con un particular, ONG o con algún programa del gobierno a través de sus instituciones”*, y, por tanto, *“no es posible identificar la entidad administrativa que debe responder por los daños que cause la actividad de erradicación de cultivos ilícitos”*.

Expuso que, *“seguramente, para el año en que sucedieron los hechos, era Acción Social la encargada de la política de erradicación manual, la cual no fue demandada (o la entidad a la que estaba adscrita y tenía personería jurídica) y menos las instituciones administrativas que en adelante la sucedieron, por lo que se nota la falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

Como consecuencia, concluyó:

Lo anterior es suficiente para rechazar las pretensiones de la demanda, en cuanto no se probó que la muerte del señor Genaro Fernández Suarez se produjo por una descarga eléctrica o electrocutado, y si bien aparece dentro del resumen de la sentencia penal llevada a cabo por homicidio agravado que fue por un atentado terrorista dirigido a una patrulla (...), también lo es que no demandó a las entidades estatales encargadas del programa de erradicación manual de cultivos ilícitos en ese entonces, es decir, Acción Social o la equivalente para estos programas, ni a la empresa que lo contrató.

4. El recurso de apelación

En primer lugar, frente a la forma como ocurrieron los hechos, aclaró que la víctima se desempeñaba, junto con un grupo de personas, como erradicador de cultivos ilícitos, *“quienes (...) [al pisar] unos cables que activaban unos artefactos explosivos (...) generó una onda eléctrica que produjo la muerte de tres personas, entre ellas, Genaro Fernández Suárez”*, por lo que no existe *“disparidad entre lo narrado en la demanda y lo probado en el proceso”*.

Agregó que con el proceso penal, especialmente con lo consignado en el escrito de acusación, se demostraron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los hechos y, por tanto, se sabe que *“el señor Genaro Fernández Suárez murió como consecuencia de un artefacto explosivo que fue dejado en el camino por grupos ilegales para ser explotado al paso de los militares y erradicadores”*.

Por último, reprochó la conclusión consistente en que en este caso no se había demandado a la entidad estatal encargada de desarrollar el programa de erradicación de cultivos ilícitos, dado que el deber de seguridad y protección de los erradicadores recaía única y exclusivamente en el Ejército Nacional:

De manera que era el Ejército Nacional el encargado de proteger la integridad y vida del señor Genaro Fernández Suárez y sus compañeros, y no Acción Social como lo señala el Tribunal, pues era obligación de los militares retornarlos al seno de sus familias una vez finalizara la misión y, como eso no fue posible, recae la obligación de responder”.

5. El trámite de segunda instancia

5.2. El recurso de apelación fue concedido por el tribunal de primera instancia el 16 de julio de 2019 (f. 290 c-2), y admitido por esta Corporación el 16 de agosto de 2019 (f. 295 c-2). Posteriormente, por auto del 13 de septiembre de 2019, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (f. 297 c-2).

En su intervención, el Ministerio Público hizo suyos los argumentos expuestos por el *a quo* en la sentencia de primera instancia y solicitó su confirmación (299-307 c-2). La parte actora, el Ejército Nacional y la Policía Nacional guardaron silencio (308 c-ppal).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 14 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, toda vez que la cuantía de la demanda, fijada por la pretensión mayor², supera la exigida por la norma para tal efecto³.

2. Ejercicio oportuno de la acción

De conformidad con el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁴, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

En el caso concreto, la responsabilidad patrimonial que se impetra en la demanda se originó en el daño que alega haber sufrido la parte actora como consecuencia de la muerte del señor Genaro Fernández Suárez, ocurrida el 29 de octubre de 2007.

Así las cosas, en principio, la demanda podía ser presentada hasta el 30 de octubre de 2009; sin embargo, el 28 de ese mismo mes y año se radicó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría 35 Judicial para Asuntos Administrativos de Pasto, esto es, cuando faltaban 3 días para que operara la caducidad (f. 14 c-1).

La constancia de no conciliación se expidió el 1 de febrero de 2010, esto es,

después de que transcurrieran 3 meses desde que se presentó la solicitud, los cuales se cumplieron el 28 de enero de 2010, por manera que a partir de esta última fecha se reanudó el término de caducidad restante, el cual vencía el 1 de febrero de 2010⁵, y, como la demanda se presentó ese día, resulta evidente que se hizo oportunamente, esto es, sin que operara el fenómeno jurídico procesal de caducidad (f. 1 c-1).

² Según el numeral 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, antes de la modificación efectuada por la Ley 1395 de 2010, la cuantía se determinaba así: *“Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones”*.

³ De conformidad con el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, los Tribunales Administrativos conocían en primera instancia de las acciones de reparación directa cuando la cuantía excediera la suma equivalente a 500 SMLMV a la fecha de la presentación de la demanda -1 de febrero de 2010-. En la demanda se pidió por concepto de perjuicios morales en favor de cada uno de los demandantes un total de 1000 SMLMV, suma que superaba el monto exigido para el efecto.

⁴ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

⁵ Los días 30 y 31 de enero no fueron hábiles.

3. Legitimación en la causa

3.1. En el presente asunto, la señora Lucelina Urrea Melecio acudió al proceso en calidad de compañera permanente del señor Genaro Fernández Suárez y, para acreditar tal condición, junto con la demanda se aportaron unas declaraciones extrajuicio (f. 18,19, 30 y 31 c-1).

La Sala advierte que las referidas declaraciones carecen de eficacia probatoria, dado que la ley restringió esa clase de declaraciones como medio de prueba en actuaciones judiciales en dos situaciones, a saber: (i) cuando la persona que declara se encuentra enferma y (ii) cuando la declaración tiene como propósito servir de prueba sumaria *“en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba”* (artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil), y ocurre que ninguno de estos supuestos se da en este caso, a lo cual se suma que tales declaraciones no fueron ratificadas en este proceso, ni practicadas con audiencia de la parte contraria.

Además, se debe destacar que en el proceso no obra ninguna otra prueba - documental o testimonial- que permita tener por acreditado que la señora Lucelina Urrea Melecio era la compañera permanente del señor Genaro Fernández Suárez, por lo que la Sala declarará su falta de legitimación en la causa por activa.

No sucede lo mismo con el menor Jhoan Estiven Fernández Urrea, pues con el respectivo registro civil de nacimiento probó ser el hijo del referido señor, de ahí que la Sala encuentre probada la legitimación en la causa por activa de este

demandante (f. 15 c-1).

3.2. Según la demanda y el recurso de apelación, el Ejército Nacional está llamado a responder por la muerte del señor Genaro Fernández Suárez, porque al margen de la entidad estatal que tenía a su cargo el despliegue del plan de erradicación de cultivos ilícitos, era esta demandada la encargada de la seguridad y protección de los “*erradicadores*” que el 27 de octubre de 2007 se encontraban en desarrollo de tales funciones en la vereda El Bombón, del municipio de Puerto Guzmán, departamento del Putumayo.

Así las cosas, la Sala advierte que frente a esta demandada la parte actora efectuó una imputación fáctica y jurídica concreta y, por tanto, le asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho. La legitimación material se analizará al examinar el fondo del asunto.

La Policía Nacional tiene legitimación formal en la causa por pasiva, en tanto fue vinculada al proceso como denunciada en el pleito. La material también se estudiará más adelante, teniendo en cuenta el alcance de la figura por la cual compareció.

4. Problema jurídico

De conformidad con el recurso de apelación interpuestos por la parte actora, la Sala deberá determinar, en primer lugar, si en el presente asunto se encuentran acreditadas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la muerte del señor Genaro Fernández Suárez, quien, según la demanda, para la época de los hechos se desempeñaba como erradicador manual de cultivos ilícitos.

De encontrarse probado lo anterior, será necesario establecer si el daño alegado le resulta atribuible al Ejército Nacional por el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección que, se afirmó, tenía con la víctima, así como la responsabilidad de la entidad frente a la cual se denunció el pleito, esto es, la Policía Nacional.

5. Elementos de la responsabilidad

5.1. El daño

En la sentencia de primera instancia, el tribunal *a quo* encontró probado el daño alegado en la demanda con el respectivo registro civil de defunción del señor Genaro Fernández Suárez (f. 16 c-1) y las anotaciones que en ese sentido se hicieron en el proceso penal que se allegó. Como este punto de la contienda no fue cuestionado en la apelación, la Sala prescindirá del análisis sobre la existencia del daño y pasará a abordar el juicio de atribución.

Por otra parte, con la respectiva copia del registro civil de nacimiento allegado al plenario se probó que el menor Jhoan Estiven Fernández Urrea es hijo del señor Genaro Fernández Suárez (f. 15 c-1), de ahí que la Sala encuentre acreditado el daño alegado por aquel, entendido como el dolor y padecimiento que ha debido de soportar por la muerte de su padre.

5.2. La imputación

Previo a determinar si la muerte de la víctima le resulta atribuible o no a las entidades mencionadas en el problema jurídico y el fundamento de dicha

determinación, es necesario precisar que, con las únicas pruebas allegadas al plenario⁶, relacionadas con la ocurrencia del hecho dañoso, se probó lo siguiente:

Según la noticia criminal, se tiene que el 27 de octubre de 2007, el señor Genaro Fernández Suárez y otros “*erradicadores*” de cultivos ilícitos, así como los miembros de la Policía Nacional que los acompañaban, fueron víctimas de un atentado con artefactos explosivos que causó la muerte de varias personas, entre ellos, la del referido señor, y heridas a otros (f. 112 c-1).

Por lo anterior, la Fiscalía General de la Nación inició la respectiva investigación con el fin de verificar la veracidad de los hechos en cuestión y lograr la individualización y captura de los responsables. En el desarrollo de esa labor, el fiscal del caso escuchó el testimonio de un “*ex miliciano del frente 49 de las FARC*”, quien afirmó que fue el señor “*Fabio Tello Santacruz*” quién instaló los explosivos. Con base en esa declaración, el ente investigador solicitó ante un juez de control de garantías la expedición de la orden de captura, petición que fue avalada por el funcionario judicial en audiencia del 7 de abril de 2008. La aprehensión se hizo efectiva el 27 de abril siguiente (f. 117-119 c-1).

El mismo día de la captura, ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Rovira, Tolima, se llevaron a cabo las audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación y medida de aseguramiento en contra del señor Fabio Tello Santacruz (f. 126-127 c-1).

Durante el desarrollo de las diligencias, la Fiscalía solicitó que se declarara la legalidad de la captura del referido señor, petición que fue aceptada por el juez de control de garantías; luego, se iniciaron las audiencias de formulación de imputación y solicitud de imposición de medida de aseguramiento, oportunidad en la que se le imputó al señor Tello Santacruz los delitos de terrorismo, homicidio agravado y lesiones personales, y se ordenó su reclusión en establecimiento carcelario.

En lo que tiene que ver con este proceso, se destaca la exposición de los hechos realizada en ese momento por la Fiscalía:

La Fiscalía manifestó que conforme a la orden de captura emitida por el Juzgado 20 Penal Municipal con funciones de garantía de Mocoa 7 de Abril de 2008, fue capturado el encausado (...) a quien se le imputa los delitos establecidos como consecuencia del atentado terrorista realizado en el Putumayo el 29 de octubre de 2007, cuando colocó unos explosivos donde

⁶ Al proceso solo se allegaron las actuaciones del proceso penal que se adelantó por la muerte de la víctima, por lo que la Sala solo se referirá a estas.

se encontraban unos erradicadores de coca y personal uniformado, dando muerte a 3 erradicadores, 2 policías heridos y 4 erradicadores igualmente heridos. Lo anterior fue informado por el desmovilizado (...), quien manifestó ser compañero miliciano de las filas de las FARC con el indiciado. Igualmente, señaló que realizan estos atentados con el fin de no dejar acabar la coca, pues es el elemento que utilizan para vender y negociar con mafiosos.

El 5 de mayo de 2008, la Fiscal del caso presentó escrito de acusación en contra del señor Tello Santacruz por la supuesta comisión de los delitos de terrorismo, homicidio agravado y lesiones personales. La acusación se formuló en los siguientes términos:

Los hechos se originaron con el atentado terrorista ocurrido el día 29 de octubre de 2007, en la vereda el Bombón del municipio de Puerto Guzmán, Putumayo, cuando una de las patrullas dedicadas al área de erradicación de cultivos ilícitos al mando del intendente (...), fue objeto de atentado terrorista con explosivos mientras se realizaba el retorno del personal de la misma a la base, luego de terminada la jornada de erradicación. El explosivo referido fue instalado a un costado del camino por donde debería circular el personal uniformado y los erradicadores, y al paso de estas personas el artefacto fue activado produciéndose la explosión, dejando como resultado 3 muertos y seis heridos que fueron evacuados por vía aérea en los helicópteros de la policía y el ejército (...)

En cumplimiento del programa metodológico (...) se presentó ante esta fiscalía Informe ejecutivo, donde se expone que con ocasión de la entrega voluntaria al programa de desmovilización, el señor (...) brindó Información con respecto del presunto indiciado de haber atentado contra la Fuerza Pública y los erradicadores (...).

De la Información aportada por el desmovilizado, se conoce que el señor Fabio Tello Santacruz es el responsable del hecho de haber atentado contra el grupo de erradicación manual a los cultivos ilícitos el día 29-10-07, cuando unidades de la Policía Nacional adscrita a antinarcóticos se encontraban desarrollando esas actividades en la vereda el Bombón del municipio de Puerto Guzmán, Putumayo (...).

El 17 de julio de 2008, se celebró la audiencia de formulación de acusación, oportunidad en la que la Fiscalía reiteró lo consignado en su escrito (f. 141-142 c-1). El 12 de agosto y 5 de noviembre de 2008, se realizó la audiencia preparatoria, en la que se descubrieron los elementos materiales probatorios y la evidencia física, y se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de juicio oral y público (f. 146-147 y 157-159 c-1).

La referida audiencia de juicio oral y público se celebró el 16 de enero de 2009. En esta diligencia, los sujetos intervinientes alegaron de conclusión, oportunidad en la que la Fiscalía “sostuvo no tener elementos probatorios para demostrar la materialidad y responsabilidad del acusado”; posteriormente, el juez anunció el

“sentido del fallo de carácter absolutorio” y ordenó la libertad inmediata del procesado (f. 175-177 c-1).

El 16 de febrero de 2010 se realizó la “audiencia de lectura de fallo” en la que el Juzgado Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento de Mocoa, Putumayo, “profirió fallo absolutorio dentro del proceso seguido contra el señor Fabio Tello Santacruz”, por considerar que en este caso el ente acusador no logró demostrar la teoría del caso expuesta en el escrito de acusación. Los argumentos para adoptar la decisión fueron los siguientes (f. 182-187 c-1):

[E]l ente acusador carece de elementos materiales probatorios que permitan demostrar, en primera medida, la materialidad de las conductas punibles endilgadas al señor Tello Santacruz, de ahí que no puede hablarse de que se haya probado a cabalidad la ocurrencia de los delitos investigados.

Lo propio ocurre en cuanto a la responsabilidad penal que se le ha endilgado al acusado, pues, como puede observarse, todos los intervinientes en la audiencia de juicio oral han concluido que la sentencia en ese asunto deberá ser absolutoria, toda vez que no se ha llegado a un conocimiento más allá de toda duda acerca de la responsabilidad penal del sindicado.

(...)

Con todo lo acontecido, quedó frustrada la teoría del caso por parte de la fiscalía y, se reitera, nuestra normatividad exige como requisito fundamental para arribar a un fallo de condena el convencimiento más allá de toda duda probable (...).

La anterior decisión se notificó en estrados, “sin que fuera apelada, por lo que quedó legalmente ejecutoriada” (f. 188-189).

5.2.1. La responsabilidad del Ejército Nacional y la entidad denunciada -Policía Nacional-

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 estableció dos exigencias para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado (i) la existencia de un daño antijurídico, y (ii) la imputación de éste al Estado. La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado.

La imputación fáctica o también llamado nexo causal constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, a partir del cual se determina el origen de un específico resultado, que se adjudica a un obrar –acción u omisión–, que podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando, dado que pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la conducta humana.

Por su parte, la denominada imputación o atribución jurídica supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, esto es, a partir de los títulos de

imputación que corresponden a los diferentes regímenes de responsabilidad que ha

construido la jurisprudencia, a saber, la falla del servicio, el riesgo excepcional o el daño especial.

En el *sub examine*, contrario a lo señalado en el recurso de apelación interpuesto, la Sala encuentra que el Ejército Nacional no comprometió su responsabilidad patrimonial, porque la parte actora no demostró que el daño le fuera jurídica y fácticamente imputable a la accionada, tal como pasa a verse.

Sea lo primero destacar que, si bien en el proceso penal que se aportó se indicó que el señor Genaro Fernández Suárez era un erradicador manual de cultivos ilícitos, lo cierto es que en el expediente no obra prueba alguna que permita verificar, con certeza, (i) el tipo de vínculo laboral o contractual que tenía la víctima; (ii) cuáles eran sus funciones y sus límites o (iii) quién era su empleador -*público o particular*- y a qué se encontraba obligado, razón por la cual la Subsección se abstendrá de analizar, como en otras oportunidades, sobre la jurisdicción competente y la procedencia de la acción. Con todo, se trata de una discusión que ninguna de las partes planteó, pues el debate se centró en los deberes de seguridad y protección en cabeza del Estado en relación con los “*erradicadores*”.

Así, pues, la Sala no puede desconocer, entonces, que en el proceso penal se afirmó que la víctima era un erradicador que falleció en el momento en que desplegaba esas funciones y, por tanto, analizará el caso a partir de esa premisa y bajo el entendido de que se demandó al Ejército Nacional por el incumplimiento en los deberes de seguridad y protección que dicha entidad tenía frente a los “*erradicadores*” que desarrollaban un programa del Estado. Para tal efecto, la Sala, en aras de dar una respuesta de fondo, estudiará, por una parte, las circunstancias que rodearon el hecho y, por la otra, si existió por parte de la accionada algún incumplimiento que hubiera determinado la configuración del daño.

La Constitución Política, en su artículo 2, señala que las autoridades de la República “*están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (...)*”, mandato que debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención, de acuerdo con las circunstancias, tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra, entre otros, para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.

En ese orden de ideas, al Estado le resulta exigible la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, en

principio, no podrá quedar comprometida su responsabilidad⁷.

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

En el presente asunto no se tiene certeza del modo en que ocurrieron los hechos por los cuales se demandó, situación que, de entrada, impide estudiar la responsabilidad de la entidad por cualquiera de los títulos de imputación, pues, como se dijo, la causación de un determinado daño conlleva la necesidad de demostrar que el mismo tuvo algún nexo con el servicio público, esto es, la acción adecuada (responsabilidad objetiva) o inadecuada (falla del servicio) que desplegó la administración, pues es aquella circunstancia la que permite hacerla responsable de la conducta de sus agentes, a través de quienes necesariamente actúa.

Podría decirse que en el presente asunto se sabe que el suceso ocurrió el 29 de octubre de 2007, en la vereda El Bombón del municipio de Puerto Guzmán, departamento del Putumayo *-tiempo y lugar-*. No sucede lo mismo con las circunstancias de hecho que rodearon la muerte del señor Fernández Suárez *-modo-*, pues, inclusive, se trata de un aspecto que ni siquiera la parte actora tiene claro.

En efecto, nótese que en la demanda se aseguró que los *“erradicadores (...) murieron producto de una descarga eléctrica o electrocutados, según lo advirtieron los miembros del Ejército Nacional encargados de su cuidado y seguridad”*; luego, en los alegatos de primera instancia, se indicó que el señor Genaro Fernández Suárez falleció por causa *“de un ataque con un artefacto explosivo por miembros de grupos ilegales (...) que no están de acuerdo con la eliminación de cultivos ilícitos”*; posteriormente, en la apelación, se afirmó que el hecho fatídico ocurrió *“[al pisar] unos cables que activaban unos artefactos explosivos (...) que generó una*

⁷ Al respecto, se pueden consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 8 de abril de 1998, expediente 11.837 y del 18 de octubre del 2007, expediente 15.828, reiterada en sentencia del 8 de mayo de 2020, expediente 54.148, M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

onda eléctrica que produjo la muerte”, pero, a renglón seguido, se dijo que *“el señor (...) Fernández Suárez murió como consecuencia de un artefacto explosivo que fue dejado en el camino por grupos ilegales para ser explotado al paso de los militares y erradicadores”*.

La Sala no pierde de vista que en el proceso penal se indicó en las diferentes etapas que los hechos *“se originaron con el atentado terrorista ocurrido el día 29 de octubre*

de 2007, en la vereda el Bombón del municipio de Puerto Guzmán, Putumayo, cuando una de las patrullas dedicadas al área de erradicación de cultivos ilícitos al mando del intendente (...), fue objeto de atentado terrorista con explosivos mientras se realizaba el retorno del personal de la misma a la base, luego de terminada la jornada de erradicación”.

Bajo esa premisa fáctica, la fiscalía estructuró su teoría del caso y acusó al posible responsable del atentado ante un juez de la República. En criterio de la parte actora, el escrito de acusación da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la muerte del señor Genaro Fernández Suárez; sin embargo, de esas anotaciones tampoco es posible derivar con el grado de certeza que requiere el juicio de atribución que así sucedieron los hechos.

Sobre la naturaleza jurídica de la formulación de la acusación, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado lo siguiente⁸:

[L]a acusación constituye la pieza procesal que sirve de marco de delimitación al juicio, al tiempo que se erige en garantía del derecho a la defensa, como quiera que en ella se establecen los sujetos, hechos jurídicamente relevantes, sus circunstancias y delitos que estructuran la teoría del caso que la fiscalía se compromete a demostrar en el juicio, y con base en este conocimiento la defensa planeará y trazará su línea defensiva, razón por la cual debe garantizársele que no se le sorprenderá con una sentencia que no guarde correspondencia con la acusación.

Entonces, en la acusación es necesario que el fiscal a quien le correspondió el caso enuncie los hechos jurídicamente relevantes y las circunstancias que rodearon el hecho delictivo que se investiga, a partir de lo cual se estructura la teoría del caso, la cual debe ser probada en juicio.

Con el proceso penal se demostró que el acusado resultó absuelto porque la fiscalía no logró sostener, por la falta de pruebas, su teoría del caso y, por tanto, *“la materialidad de las conductas punibles endilgadas al señor Tello Santacruz, de ahí*

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de febrero de 2015. M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

que no puede hablarse de que se haya probado a cabalidad la ocurrencia de los delitos investigados”. El hecho de que en esa actuación el ente acusador hubiera visto *“frustrada la teoría del caso”*, agrega más dudas a la forma cómo ocurrió el suceso, pues a ello se le debe sumar las constantes contradicciones en las que incurrió la parte actora al explicar la forma como sucedió la muerte del señor Genaro Fernández Suárez.

Así, pues, la falta de medios de convicción no le permiten tener por acreditada a la Sala las circunstancias de modo que rodearon la muerte de la víctima y, en este sentido, se estima que se presenta una clara ausencia o imposibilidad de

imputación, puesto que no hay prueba que lleve a la convicción de que el daño resulta atribuible a la entidad demandada, carga que le correspondía a la parte actora, en los términos del artículo 177 del C.P.C.

Inclusive, si se llegase a aceptar que en este caso se demostraron de manera clara la forma como ocurrieron los hechos, la Sala tampoco encuentra que en cabeza de la demandada se hubiera incurrido en un incumplimiento que hubiera determinado la configuración del daño, pues la insuficiencia probatoria tampoco permitiría analizar la responsabilidad de la entidad, pues, se desconoce, por ejemplo: (a) si el suceso ocurrió en una zona que hacía parte del plan de erradicación; (ii) la actitud previa, concomitante y posterior de los miembros de la fuerza pública; (iii) los protocolos y manuales de seguridad; (iv) si se trató de un ataque dirigido, de munición abandonada, minas antipersonales o de una trampa; (v) si fue un hecho previsible y resistible. Todo lo cual impide efectuar una atribución de responsabilidad que genere la obligación de indemnizar.

Ahora bien, en este asunto, la demanda se dirigió únicamente en contra del Ejército Nacional. La Policía Nacional solo fue convocada al proceso mediante la denuncia del pleito, solicitud que fue aceptada por el tribunal mediante auto del 23 de septiembre de 2010.

En lo relacionado con esta figura, el artículo 217 del C.C.A dispone que *“en los procesos relativos a controversias contractuales y de reparación directa, la parte demandada podrá, en el término de fijación en lista, denunciar el pleito [o] realizar el llamamiento en garantía (...)”*. Las exigencias formales y sustanciales de esas figuras son las dispuestas en el CPC, en virtud de la integración normativa consagrada en el artículo 267⁹ del C.C.A.

Respecto de la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía esta Subsección¹⁰ ha *“señalado que a la (...) [primera] figura se le ha entendido como el mecanismo para la exigencia de la obligación de saneamiento por evicción que dispone el artículo 1899 del Código Civil¹¹, sin que exista una diferencia sustancial con el llamamiento en garantía, pues en ambas el interesado pretende la vinculación forzada de un tercero al proceso, solo que en la denuncia del pleito el denunciado tiene un vínculo material con una de las partes mientras que con el llamado en garantía hay un vínculo legal o contractual; no obstante, la jurisprudencia ha considerado que ambas figuras son equivalentes, pues en la práctica su aplicación diferenciada resulta inoficiosa^{12”}.*

Así, pues, a partir de las semejanzas que revisten la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, la jurisprudencia de esta Corporación ha optado por analizar la petición de vinculación, con el ánimo de identificar la figura procesal

aplicable en cada caso¹³.

Por tanto, cuando se invoque el llamamiento en garantía debe verificarse el vínculo legal o contractual que haga posible la comparecencia del tercero, si ello no ocurre, subsidiariamente, se debe analizar la solicitud desde el ámbito de la denuncia del pleito, en cuyo caso se verifica si existe una obligación de saneamiento, sin que sea dable transformar la responsabilidad del tercero convocado en una responsabilidad directa al confundirlo o concebirlo como un demandado, pues *“tratándose de terceros denunciados en pleito o llamados en garantía, su convocatoria obedece a una relación sustancial existente con la parte convocante que los obliga a que, en caso de que dicha parte sea declarada responsable, deban asumir -en todo o en parte- el pago de la condena”*¹⁴.

⁹ *“Artículo 267. Aspectos no regulados. 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 en lo Contencioso Administrativo”.*

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 3 de agosto de 2017, exp: 73001-23-31-000-2010-00639-01(43476), MP:

¹¹ *“Código Civil. Artículo 1899. El comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla. Esta citación se hará en el término señalado por las leyes de procedimiento”.*

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, auto del 11 de marzo de 2013, exp. 25-000-23-26-000-2011-00519-01 (45783), CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹³ Auto de 3 de septiembre de 2008, exp. 34.498.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de abril de 2020, expediente 44428, MP: Ramiro Pazos Guerrero.

De acuerdo con las precisiones anteriores, debido a que el daño no le es imputable al Ejército Nacional, la Sala no se pronunciará sobre la procedencia de la denuncia del pleito o, en su defecto, del llamamiento en garantía, realizada por dicha entidad ni sobre la responsabilidad de la denunciada, dado que dicho análisis solamente sería procedente en el evento en que la demandada y denunciante fuese condenada, lo que no puede ocurrir en este caso, por las razones anteriormente anotadas.

Con todo, debe decirse que frente a la denunciada también le resultarían aplicables la totalidad de las consideraciones expuestas en relación con el Ejército Nacional, pues, como se vio y al margen de la entidad, la falta de prueba impide enmarcar el asunto en algunos de los títulos de imputación de responsabilidad del Estado.

Por las razones expuestas, la Sala modificará el fallo apelado, pues declarará, de oficio, la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Lucelina Urrea Melecio, y negará las pretensiones de la demanda.

6. Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto

en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

MODIFICAR la sentencia proferida el 14 de noviembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Nariño, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR, de oficio, la falta de legitimación en la causa por activa de la señora Lucelina Urrea Melecio.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace: <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado Electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado Electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Salvamento de voto