



Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja

Tunja, primero (01) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación : 15001 3333 010 **2015-00031**
Demandante : CONCEPCION ALFONSO VEGA
Demandado : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP-
Medio de control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede el Despacho a dictar sentencia en el proceso de la referencia en la forma que sigue:

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones. CONCEPCION ALFONSO VEGA, por intermedio de apoderado, solicitó a la jurisdicción declarar la **nulidad** de las Resoluciones N° RDP 027154 de 14 de junio de 2013 por la cual se negó la reliquidación y pago de la mesada pensional en porcentaje equivalente al 85% del IBL a partir de 1996, fecha de reconocimiento de la pensión vitalicia de vejez; RDP 032160 de 16 de julio de 2013 mediante la cual se resolvió el recurso de reposición y RDP 036589 de 12 de agosto de 2013 que confirma en apelación la anterior, expedidas por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP-.

Que como consecuencia de lo anterior se declare a favor de la actora el derecho de reliquidación de su pensión vitalicia de vejez en proporción del ochenta y cinco por ciento (85%) del IBL utilizado para liquidar la citada pensión de vejez y que la entidad demandada está obligada a reconocer y pagar al accionante los demás beneficios consagrados en la ley a favor de los titulares del derecho de pensión por vejez.

Como restablecimiento del derecho pide ordenar a la entidad demandada el reconocimiento, liquidación y pago de las cantidades de dinero resultantes de la reliquidación de su pensión vitalicia de vejez a partir del 30 de enero de 1998 hasta la fecha del pago efectivo, dar cumplimiento a la sentencia conforme las reglas de la ley 1437 de 2011, la indexación de las sumas de acuerdo al IPC y en caso de no efectuarse el pago en forma oportuna, que la entidad liquide los intereses comerciales moratorios hasta que se dé cabal cumplimiento a la sentencia que ponga fin al proceso.

1.2. Fundamentos de hecho. Se compendian de forma relevante así:

A la parte actora le fue reconocida pensión vitalicia de vejez por parte de CAJANAL y por considerar que el tiempo cotizado le confería el derecho al pago del 85% del salario base de cotización, ya que aportó al sistema durante 34 años y 16 semanas, solicitó la reliquidación de su pensión, la cual fue negada.

Aduce que se argumentó esta decisión, en que por pertenecer al régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 no le es aplicable el artículo 33 de la citada ley, lo que considera niega el principio de la norma más favorable, además del derecho

constitucional a la igualdad, pues a unas compañeras que se encontraban en la misma situación, CAJANAL les reliquidó su pensión de vejez con esta tasa de reemplazo

Que nuevamente presentó solicitud de reliquidación y el 14 de junio de 2013 fue negado su requerimiento en razón a que no aportó certificado de factores salariales de los años 1988 a 1993, conforme al artículo 177 del CPC respecto a la carga de la prueba. En tal virtud interpuso recursos de reposición y apelación, y la entidad confirmó el acto impugnado.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación. Citó como normas violadas el artículo 17 del CCA, el artículo 29 de la constitución política y el artículo 88 del CCA; artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política y la ley 100 de 1993 en sus artículos 34 y 36.

Manifiesta que la UGPP actuó de forma contraria a derecho por no informar en su momento a la peticionaria que se requería mayor información para la toma de una decisión de fondo, incumpliendo su deber legal de requerir a la peticionaria para que adjuntara la documentación indispensable para decidir, desconociendo lo preceptuado en el artículo 17 del CCA.

Aduce violación al debido proceso por desconocimiento de la presunción de legalidad de las resoluciones 1413 de 30 de enero de 1998 mediante la cual reconoció el derecho a la pensión de vejez y 006112 de 1 de enero de 1999 mediante la cual se realizó reliquidación de la pensión, al exigir factores salariales de los años 1988 a 1993 porque tácitamente se estaría afirmando que los funcionarios que la suscribieron, omitieron tener en cuenta los factores citados para realizar la liquidación y reliquidación. Se desconoce el artículo 29 de la CP y el artículo 88 del CCA, según el cual los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados.

De igual forma, señala que existe violación al debido proceso por exigir a la accionante aportar pruebas que para el caso son innecesarias para la reliquidación de la pensión, ya que su régimen de transición excluye este requisito.

Agrega que hay violación al debido proceso por desconocer normas sustanciales que favorecen a la accionante y en concreto los artículos 34 y 36 de la ley 100 de 1993, incurriendo en vía de hecho.

Finalmente indica que se desconoció el derecho fundamental a la igualdad, debido a que CAJANAL reliquidó pensión de vejez a exfuncionarias del Hospital Regional Valle de Tenza en el cual laboró la accionante, quienes en igualdad de condiciones presentaron sus solicitudes y les fueron resueltas favorablemente. Indica además que desconocer la condición más favorable afecta el debido proceso como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencias T-456/94, T-369/98, T242/98, T-1294/02 entre otras.

II. OPOSICION.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, por intermedio de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones (fls. 59-67).

Precisó que los actos administrativos demandados fueron proferidos con sujeción a los parámetros de la ley 100 de 1993, aplicables a los beneficiarios del régimen de transición, en el entendido que la parte actora adquirió su status pensional el día 29 de octubre de 1995.

Señala que por adquirir su status pensional en vigencia de la ley 100 de 1993, la demandante quedó cobijada por ese nuevo régimen, sujeto al régimen de transición del artículo 36, que le permitía pensionarse con tres de los beneficios del régimen anterior: edad, tiempo de servicio y monto de la pensión. En cuanto a los factores de liquidación le corresponden a los estipulados en el decreto 1158 de 1994, artículo 1º y le fueron reconocidos aquellos que efectivamente certificó.

Afirma que la Corte Constitucional en sentencia C-258 de 2013 se pronunció, indicando la inconstitucionalidad de la interpretación que permite la inclusión de todos los factores sin que se tenga en consideración si estos tienen el carácter remunerativo o si sobre estos se realizó cotización al sistema general de pensiones, motivo por el cual es obligatorio para dicha entidad la aplicación de la extensión de jurisprudencia, apartándose del precedente del Consejo de Estado en relación a la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Además insiste que de accederse a las pretensiones se quebrantaría el principio de solidaridad del que habla el acto legislativo 1 de 2005.

Aduce que la demandante se le liquidó la pensión de jubilación amparada en el régimen de transición con 55 años de edad y 20 años de servicios, como lo indica la ley 33 de 1985 con el 75% como monto de la pensión y los factores salariales indicados en la ley 100 de 1993 y el decreto 1158 de 1994, incluyendo los que se encuentran en forma taxativa en la norma anterior.

Señala que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 le faltaba más de un año para adquirir el derecho, por ello no era viable que el IBL se calculara con el promedio de lo devengado en el último año, sino con el promedio de los últimos diez años o el tiempo que le hiciere falta.

Agrega que esta tesis se adoptó con fundamento en los criterios interpretativos del régimen de transición contenidos en la sentencia C-258 de 2013 de la Corte Constitucional y reiterada en la sentencia SU-230 de 2015, según las cuales, el régimen de transición se circunscribía a los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo, pero no al ingreso base de liquidación.

Con fundamento en lo anterior propuso como excepciones: *"INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION O COBRO DE LO NO DEBIDO"*, *"INEXISTENCIA DE VULNERACION DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES"*, *"PRESCRIPCION DE MESADAS"*, esta en cuanto se accediera a reconocer el derecho pretendido y *"SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES"*

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

3.1. Parte demandante. Dentro del término correspondiente guardó silencio.

3.2. Parte demandada (fls.150-166). La UGPP, reiteró que los actos demandados fueron proferidos en estricta sujeción a los parámetros establecidos en el régimen de transición de la ley 100 de 1993, normatividad aplicable para el caso, por cuanto a la entrada en vigencia de esta ley (1 de abril de 1994), tenía 48 años de edad y contaba con 24 años y 7 meses de tiempo de servicios, con un quantum pensional del 75% y no con el 85% como pretende el libelista, **pues iría en contra del principio de inescindibilidad de la norma.**

Reafirma que los factores solicitados por el libelista no se encuentran señalados en la ley 100 de 1993 y no tienen una relación directa con el servicio por lo que no puede concluirse que constituyen salario y mucho menos, factor salarial.

Insistió en la aplicación de las Sentencias de la Corte Constitucional C-258 de 2013 y SU – 230 de 2015, que para la liquidación de la pensión de jubilación de aquellas personas que se encuentran dentro del régimen de transición debe tomarse como fundamento legal el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que restringió las reglas del IBL, reiterando que el régimen de transición de la Ley 100, se restringe a la edad, el tiempo de servicios y el monto de la pensión, pero que periodo de liquidación y factores, se hace con las reglas de la ley 100 de 1993, solicitando su aplicación.

Finalmente, solicitó acoger los argumentos expuestos, declarando la prosperidad de las excepciones propuestas.

Se resuelve previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Asunto a resolver

Corresponde establecer en este caso, si la demandante CONCEPCION ALFONSO VEGA tiene derecho a que la UGPP le reliquide su pensión de vejez, en un porcentaje correspondiente al 85% del salario base de cotización en aplicación del artículo 34 de la ley 100 de 1993, por haber laborado entre el 1 de septiembre de 1961 y el 30 de marzo de 1998, esto es por, 36 años, 6 meses y 29 días, que equivalen según la certificación visible a folio 140 a 1.900 semanas de cotización.

4.2. De las excepciones

Lo primero que es necesario indicar, es que las denominadas excepciones de "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION O COBRO DE LO NO DEBIDO" e "INEXISTENCIA DE VULNERACION DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES" en realidad corresponden a extensiones de las razones de oposición a la demanda¹ y no a excepciones propiamente dichas, de las cuales se predica envolver circunstancias impeditivas, extensivas o modificativas del derecho que se reclama, por lo que se resolverán los descargos junto con el fondo del asunto.

¹ Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pág. 408, sexta edición: "La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendida por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho..."

En lo que concierne a la "PRESCRIPCIÓN DE MESADAS", se proveerá una vez se determine la procedencia del derecho reclamado en tanto accede o es consecuencia de él.

4.3. Caso concreto

Para desatar la controversia que se ofrece en este caso, es necesario precisar: i) Cuál es el sistema pensional de la demandante y ii) Si es viable la reliquidación de la pensión de vejez en un 85% del IBL utilizado para liquidar la pensión de vejez.

4.3.1. Régimen pensional de la actora.

Para decidir el caso sometido a conocimiento de la jurisdicción debe precisarse cuál es el sistema pensional de la demandante dada su condición de empleada pública y para ello a partir de su fecha de nacimiento: **29 de octubre de 1945** (doc No. 4, CD fol 56) y el tiempo laborado desde el 1º de septiembre de 1961 (fl. 140) se puede concluir que la señora CONCEPCION ALFONSO VEGA es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, dado que para la fecha de su entrada en vigencia (1 de abril de 1994) contaba con poco más de 48 años de edad y acumulaba 32 años de labores; de modo que cumplía no solo con una sino con las dos condiciones para exceptuarse de las regulaciones que implementaban el sistema general de seguridad social integral en pensiones (art. 36: 35 años de edad o 15 años de labores).

No obstante y aunque en principio pudiera pensarse que a la promotora le son aplicables las disposiciones legales contenidas en las leyes 32 y 62 de 1985, lo cierto es que la revisión de su tiempo de servicios permite identificar que también era beneficiaria del régimen de transición que a su turno implementó el artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

En tal virtud es necesario destacar que esta preceptiva estableció dos condiciones para ello: i) gozar de un régimen especial de pensiones o ii) acumular 15 años de servicio a su entrada en vigor (13 febrero 1985). La revisión de los antecedentes permite concluir que la señora ALFONSO VEGA a la fecha de entrada en vigencia de la ley 33 acumulaba más de veintitrés (23) años de servicio, luego entonces las normas aplicables a la prestación pensional que reclama **no son las leyes 33 y 62 de 1985**, sino la Ley 4 de 1966, Decreto 1743 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y Decreto 1045 de 1978.

El artículo 4 de la Ley 4 de 1966 previó el derecho a la pensión para los empleados públicos que presten sus servicios, en un 75% del promedio mensual obtenido en el último año de servicios, así:

"A partir de la vigencia de esta ley, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de derecho público, se liquidarán y pagarán tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual obtenido en el último año de servicios".

Su decreto reglamentario 1743 de 1966², mantuvo el mismo porcentaje y periodo para efectuar el cálculo, condicionando su pago al retiro definitivo del servicio.

² "ARTÍCULO 5o. A partir del veintitrés (23) de abril de 1960 inclusive, las pensiones de jubilación o de invalidez a que tengan derecho los trabajadores de una o más entidades de Derecho Público, serán liquidadas y pagadas tomando como base el setenta y cinco por ciento (75%) del promedio mensual de salarios devengados durante el último año de servicios, previa la demostración de su retiro definitivo del servicio público."

El Decreto 3135 de 1968 “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales”, aplicable a los servidores públicos del orden nacional, estableció:

“Artículo 27. PENSION DE JUBILACION O VEJEZ. El empleado público o trabajador oficial que sirva veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años si es varón, o 50 si es mujer, tendrá derecho a que por la respectiva entidad de previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75 por ciento del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio”.

Este decreto fue reglamentado por el Decreto 1848 de 1969, que en su artículo 73, precisa que el monto de la pensión corresponde al equivalente al 75% de los salarios y todas las primas devengadas por el empleado en el último año de servicios.

Finalmente, el Decreto 1045 de 1978, en su artículo 45 determinó los factores de salario base de liquidación para las pensiones de jubilación de los empleados del sector nacional, de la siguiente manera:

“Artículo 45°.- De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieran derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

4.3.2. Reliquidación de la pensión de vejez en porcentaje del 85%

El punto medular de la controversia estriba en determinar si es posible que la demandante pueda obtener una tasa de reemplazo no del 75% como lo establece su régimen natural, sino del 85% en aplicación de la regla contenida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 por favorabilidad.

En relación con la aplicación por favorabilidad de los factores de Ley 100 de 1993 y el principio de inescindibilidad normativa propio de los regímenes de transición, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente³:

“Para la Sala es claro -como se expuso en párrafos precedentes-, que el alcance del régimen de transición respecto de estas personas es integral e implica que los diferentes elementos que definen el reconocimiento y pago del derecho pensional sean gobernados sin discriminación alguna por la normatividad anterior, posición que ha constituido una constante en el tratamiento jurisprudencial del tema y que se adopta una vez más por la Sala, de manera pues que se descarta en principio o al menos en cuanto al contenido y alcance del inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 una escisión en cuanto al manejo normativo y aplicación de los elementos que componen y determinan el derecho pensional de los beneficiarios de dicho régimen.

³ Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren, Sentencia de 18 de febrero de 2010, Expediente: 25000-23-25-000-2003-07987-01(0836-08)

(...)

No obstante, en sede judicial, la disyuntiva creada con la desafortunada redacción de dicho artículo ha permitido en casos particulares la aplicación de la liquidación pensional contenida en el inciso 3° pero **únicamente en función del principio de favorabilidad**, de manera que la situación de contradicción se resuelva siempre en beneficio del pensionado según el caso, pues de conformidad con este principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera entonces en casos como éste, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones.⁴

Si bien la aplicación de la favorabilidad implica la adopción integral de la norma escogida por virtud del principio de inescindibilidad de la Ley que le es inherente, debe anotarse que el régimen de transición se constituye en la excepción a dicha regla hermenéutica, pues la redacción misma del precepto legal habilita la aplicación simultánea de los dos ordenamientos (el amparado por el régimen de transición y en cuanto a la liquidación del derecho el contenido en el inciso 3°), y en éste caso la conclusión obligada es la escindibilidad de la norma en función de la favorabilidad.

Así, la liquidación del derecho pensional de los empleados cobijados por el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de conformidad con lo expuesto admite tres eventos:

1) La **aplicación integral de la normatividad anterior** en todos los aspectos que conforman el derecho pensional, que como se mencionó al principio corresponde a la esencia misma del sistema de transición.

2) La aplicación del régimen anterior salvo en el cálculo del **Ingreso Base de Liquidación**, el cual se establecería por favorabilidad de conformidad con la primera regla del inciso 3° ibidem, esto es, **con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión a partir de la vigencia de la Ley 100**, cuando éste fuere inferior a 10 años; y

3) La aplicación del régimen anterior estableciendo el **ingreso base de liquidación** de conformidad con la segunda regla contenida en el inciso 3° en mención, es decir, **con el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo**, cuando el que faltare para acceder a la pensión fuera superior a 10 años.

(...)

De acuerdo con lo anterior se tiene, que la liquidación del derecho pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en la Ley 100 de 1993, **no impone una regla jurídica homogénea** en la resolución judicial de los conflictos que al respecto se presentan, sino que admite tres hipótesis que dependerán básicamente en cada caso del contenido del petitum y del acervo probatorio que lo respalde, pues si bien en la mayoría de casos resulta benéfica la aplicación integral del contenido del régimen de transición -tratándose de regímenes generales la liquidación aritmética ordenada en las Leyes 33 y 62 de 1985-, en otros, resulta favorable el cálculo del ingreso base de liquidación bajo las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 ibidem, como en aquellos casos en los que el empleado obtuvo mayores ingresos salariales precisamente en los años que precedieron el último año de servicios, situación que teniendo en cuenta el régimen general anterior referido arrojaría un Ingreso Base de liquidación pensional inferior al que podría obtener el pensionado aplicando el inciso 3° en mención, que ordena su cálculo con el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta al empleado para acceder a la pensión con la actualización año tras año conforme al IPC, caso en el que corresponde al interesado alegar y probar la favorabilidad de dicha norma, por lo expuesto en el párrafo anterior..."- se destaca-

Conforme con lo anterior, el trabajador beneficiario del régimen de transición podría eventualmente, optar por favorabilidad por una de las anteriores tres posibilidades; dos de las cuales permitirían el **cálculo del IBL** conforme a las regulaciones de Ley 100 de 1993, según le falten 10 o menos años para adquirir la pensión, no obstante lo que no podría tolerarse, **es la aplicación de los aspectos más favorables** del régimen de Ley 4 de 1966, Decreto 3135 de 1968 y Decreto 1045 de 1968, en lo referente al cálculo del Ingreso Base de Liquidación, en función de lo devengado en el último año de servicios, sin las restricciones de entre otros el Decreto 1158 de 1994 y **a un mismo tiempo escoger o desmembrar aspectos del nuevo régimen de seguridad social**, que en el caso puntual de la tasa de reemplazo pudieran ser

⁴ C-168 de 1995. Corte Constitucional.

más benéficos, pues tal proceder lo proscribe el ordenamiento, bajo el principio de inescindibilidad, al respecto el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente⁵:

“El principio de inescindibilidad de la Ley, en virtud del cual la norma que se adopte debe ser aplicada en su integridad, quedando prohibido, dentro de una sana hermenéutica, el desmembramiento de las normas legales para tomar aspectos favorables que uno y otro régimen ofrezcan. De esta manera, quien invoca un ordenamiento que le beneficia, y quien en efecto lo aplica, no pueden recoger las prebendas contenidas en el uno para incrustarlas en la aplicación del otro (...).”

En un caso similar, el Consejo de Estado en sentencia de 12 de febrero de 2009, expediente 1344-08, precisó:

“Así las cosas, el actor por estar en régimen de transición, en lo pertinente quedó sometido al régimen anterior, que comprende Decreto 929 de 1976, específicamente en los requisitos a tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación, **pero también en cuanto al monto de la pensión...**

(...)

De la lectura de la demanda, se observa que si bien es cierto, el actor pretende que se reliquide su pensión de jubilación en un porcentaje del 85% de la asignación básica mensual, con fundamento en lo establecido en el artículo 34 de la ley 100 de 1993, como quiera que en su parecer tal norma le es más favorable, también lo es que tal solicitud carece de vocación de prosperidad, pues como se deduce de la resolución de reconocimiento pensional a éste se le reconoció tal acreencia con fundamento en el Decreto 929 de 1976, que establece el régimen de prestaciones sociales de los funcionarios y empleados de la Contraloría General de la República.

De otra parte, respecto de la afirmación del peticionario de que se le aplique el artículo 34 de la ley 100 de 1993, como quiera que esta preceptiva le es más favorable, debe manifestarse que mal puede accederse a tal solicitud, pues como en reiteradas oportunidades lo ha señalado esta Corporación⁶ una vez establecido el régimen aplicable al actor, éste debe aplicarse en su integridad, pues de no ser así se incurre en una **violación al principio de inescindibilidad de la ley que prohíbe dentro de una sana hermenéutica desmembrar las normas legales, rompiendo de tal manera el principio de seguridad jurídica.**

(...)

En este orden de ideas, es claro que dado que el régimen aplicable al actor, se repite, es el contemplado para los empleados de la Contraloría General de la República, esto es el Decreto 929 de 1976, su pensión de jubilación se liquida con el 75% del promedio mensual devengado durante el último semestre laborado, y no con el 85% del ingreso base de liquidación como se pretende conforme a lo establecido en el artículo 34 de la ley 100 de 1993.- se destaca-

4.3.3. La situación más favorable en el caso concreto

El Juzgado anuncia que desestimaré las pretensiones de la demanda, dado que no existen elementos de juicio que permitan concluir que la señora CONCEPCION ALFONSO VEGA tenga un *mejor* derecho a que su prestación pensional tenga una tasa de reemplazo del 85% en lugar de la del 75% que actualmente le es reconocida, por las siguientes razones:

Lo primero será memorar, que la tasa de reemplazo de hasta el 85% que permite reconocer el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, con miras a determinar el monto pensional del beneficiario, no es una disposición jurídica natural del régimen pensional propio de la accionante que como ya se vio, no es la ley 33 y 62 de 1985, sino la ley 4 de 1966 y sus modificatorios, por modo que en principio, no es posible aplicar aun mismo tiempo los aspectos más favorables de dos regímenes jurídicos.

Pese a ello, la jurisprudencia permite en virtud del carácter del régimen de transición, que el beneficiario regule la prestación conservando los requisitos de edad y tiempo de servicios con arreglo a la disposición anterior, dando alcance a los aspectos relativos al ingreso base de liquidación conforme a las normas del sistema de seguridad social integral.

⁵Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del ocho (08) de mayo de dos mil ocho (2008). Expediente 76001233100020030404501(1371-07), M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Radicación número: (3055) 2004-00 Sentencia de 30 de noviembre de 2000. Mp. Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado.

No obstante, lo que parece no tener presente la promotora es que aunque por vía de aplicación del inciso 3^o del artículo 36 y el contenido del artículo 34^o de la Ley 100 de 1993, debe también darse alcance a la regulación sobre los factores salariales a tener en cuenta en la comentada base, los cuales son regulados por el Decreto 1158 de 1994.

ARTICULO 1o. El artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así: "Base de Cotización".
El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sean factor de salario.
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;

Esta situación entonces, permite que al proyectar la pensión de la señora ALFONSO VEGA, quien de acuerdo con la información laboral que reposa en el expediente, siempre permaneció en el mismo cargo como "TÉCNICO EN RAYOS X" del Hospital San Rafael de Guateque (f. 29), no se aprecie ninguna ventaja en relación con su régimen natural, pues para los últimos años de servicio, tanto los verificados entre el 1 de abril de 1994 y el cumplimiento de la edad (29 de octubre de 1995 / 50 años) como los laborados hasta el retiro definitivo (30 de marzo de 1998) siguió conservando este empleo público, sin que por lo mismo pueda inferirse un incremento significativo en su remuneración, distinto del reservado de forma anual para todos los servidores.

De esta forma, al establecer los factores salariales percibidos por la demandante en el año de consolidación de estatus (octubre de 1994 a octubre de 1995), se aprecia que devengó lo siguiente (Doc No. 50 CD f. 56):

- a) Sueldo básico
- b) Prima de alimentación
- c) Auxilio de transporte
- d) Prima de antigüedad
- e) Horas extras
- f) Bonificación 30%
- g) Bonificación por servicios prestados
- h) Prima de servicios
- i) Prima de navidad
- j) Prima de vacaciones

Ergo, conforme a las disposiciones del Decreto 1158 de 1994, únicamente podrían resultar computables para el sub lite, los factores de los literales a), d), e) y g), de la anterior relación.

En tal virtud, si, para el 29 de octubre de 1995, la accionante acumulaba 34 años de labores, equivalentes a 1.768 semanas, innegablemente podría obtener una tasa de reemplazo del 85% en función de lo normado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, amén de acumular más de

7 El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-168 de 1995.

8 Monto de la pensión de vejez. El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización el 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación. El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente (artículo antes de la modificación del art. 10 de la ley 797 de 2003)

las 1.400 semanas requeridas para ello, no obstante, la liquidación del derecho pensional, sería la siguiente, teniendo en cuenta el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993:

Factores	1994 abril-diciembre	1995 enero-octubre (29)	Total
Sueldo	\$1.457.136	\$1.920.099.3	\$3.383.786
Prima de antigüedad	\$134.290	\$160.554	\$294.844
Horas extras	\$188.463	\$266.045.43	\$454.508.43
Bonificación por servicios prestados	\$92.285	-	\$92.285
TOTAL	\$1.872.174	\$2.346.698.73	\$4.641.796.8
	Aczda ⁹ :\$2.295.098.11		
IBL (prom: 18.96 meses)			\$244.820.5
85%			\$208.097.4

Empero, aplicando *correctamente* su régimen natural que ordena promediar lo percibido en el **último año de servicios** en cuantía del **75%**, pero con los factores salariales del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, la liquidación aproximada de la pensión sería la siguiente:

Factores	1994: 29/octubre-31 diciembre	1995: 1/enero -29 octubre	Total
Sueldo	\$329.150.83	\$1.920.099.3	
Prima de alimentación	\$20.165.3	\$121.506.1	
Auxilio de transporte	\$17.638.3	\$113.143.9	
Prima de antigüedad	\$22.750.8	\$160.554	
Horas extras	\$31.928.7	\$266.045.43	
Bonificación 30%	\$8.228.6	-	
Bonificación por servicios prestados	\$15.633.7	-	
Prima de servicios	\$30.386.7	\$166.683	
Prima de navidad	\$44.177	-	
Prima de vacaciones	\$18.225.8	\$84.003	
Total:	\$538.285.73	\$2.832.034.7	\$3.370.320.43
Promedio mensual			\$280.860.
75%			\$210.645

El anterior ejercicio demuestra que la percepción de favorabilidad que enarbola la accionante, en realidad es aparente y desestima tanto la necesidad de aplicar los factores salariales establecidos para regular el IBL en desarrollo de la ley 100 de 1993, como las ventajas propias de su régimen.

En adición a lo anterior, destacará el Juzgado que la carga probatoria para acreditar las ventajas del régimen cuya aplicación demanda le competen a la promotora, sin que en ese sentido se observe en el libelo la sustentación necesaria para ello, la cual exige un ineludible ejercicio de comparación como el que ha propuesto el Juzgado. En ese sentido el Consejo de Estado en la sentencia de 18 de febrero de 2010, indicó:

⁹22.59 variación ipc

“Al respecto debe entenderse que por ser de la esencia del régimen de transición la aplicación integral del régimen anterior, el primer supuesto opera de pleno derecho para quienes se encuentran inmersos en el mismo y consolidan su status pensional, así para efectos del cálculo del quantum pensional y la determinación del ingreso base de liquidación se observarán igualmente las normas que gobernaron la concesión del derecho; no sucede así para quienes consideran les beneficia la liquidación establecida en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues si bien corresponde al Juez aplicar el principio de favorabilidad, **incumbe en estos casos a la parte interesada no sólo alegarla sino probar y aportar los elementos que permitan establecerla, pues bajo los tres supuestos anteriormente enlistados la favorabilidad de la norma sólo puede determinarse luego de la liquidación aritmética del derecho, por lo que se torna necesario para quien pretende la aplicación del inciso 3° en mención, probar que en efecto le beneficia y en tal sentido aportar los certificados salariales que respalden su pretensión**” – se destaca-

Se acotara para concluir entonces, que contrario a lo opinado por la accionante en su demanda el conocimiento de los factores salariales percibidos era esencial para determinar el fundamento de sus súplicas.

También que pese a que la demandante invocó el principio de igualdad para sustentar que aspiraciones similares a las elevadas en este caso, habrían sido concedidas a compañeras del HOSPITAL DE REGIONAL VALLE DE TENZA que se encontraban en las mismas circunstancias que ella, lo cierto es que nada probó respecto a ello, dado el concepto relacional del derecho invocado¹⁰.

No puede terminarse este apartado sin destacar la alusión que ha hecho el Juzgado a la liquidación “correcta” de la mesada de la accionante bajo su régimen natural (ley 4 de 1966 y modificatorios), dado que la comparación efectuada por el Despacho como puedo observarse no se realizó con el valor de la pensión liquidada por CAJANAL en la resolución 01413 de 30 de enero de 1998 (fs. 6-9), pues ésta dejó de incluir factores que conforme al Decreto 1045 de 1945, son viables de computar para obtener el IBL, como las primas de *alimentación*, el *auxilio de transporte*, la *bonificación del 30%* y las *primas de servicios, navidad y vacaciones*, tal como en ese sentido lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sostenido la posibilidad de incluir todo factor dirigido a remunerar el servicio, sin que además deba entenderse que el listado del artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 es taxativo¹¹.

Dicho esto, podría pensarse en que el Despacho debiera ordenar el ajuste de la pensión conforme al régimen propio de la accionante a partir de los yerros advertidos, sin embargo tal posición no puede acogerse porque si bien es cierto corresponde al Juzgador aplicar el régimen jurídico que le resulte más favorable al trabajador¹², ello no puede avanzar en la

¹⁰ T-791 de 2004: El derecho a la igualdad supone siempre efectuar una comparación mínimo de dos situaciones para determinar si efectivamente se transgrede o no la igualdad. En sentencia T- 861 de 1999¹⁰, M.P. Carlos Gaviria Díaz, se dijo lo siguiente: “... el derecho establecido por el Constituyente en el artículo 13 de la Carta implica un concepto relacional, es decir, que su aplicación supone la comparación de por lo menos dos situaciones para determinar si, en un caso concreto, ambas se encuentran en un mismo plano y, por ende merecen el mismo tratamiento o si, por el contrario, al ser distintas un trato diferente ameritan.”

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, 7 de octubre de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2002-02392-01(0265-07); Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez De Páez, nueve (9) de julio de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-25-000-2004-04442-01(0208-07) y desde luego la sentencia de unificación de 4 de agosto de 2010, radicado interno 0112-2009, Consejero Ponente Dr. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

¹² Sobre el alcance de la aplicación de la favorabilidad, indicó la Corte Constitucional en la sentencia C-168 de 1995, lo siguiente: “La *condición más beneficiosa* para el trabajador, se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no sólo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador es a quien ha de aplicarla o interpretarla. De conformidad con este mandato, cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. (...) El Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 21, contempla el principio de favorabilidad, así: “En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad”; se parte

variación de la *causa petendi*, esto es, la modificación sustancial de las pretensiones del libelo y del motivo de contienda.

De esta manera, aunque la resolución del caso imponía el análisis del régimen pensional propio de la señora CONCEPCION ALFONSO VEGA para poder **comparar** el sistema de liquidación que por virtud de la ley 100 de 1993 pretendía, en ánimo de obtener una nueva tasa de reemplazo del 85%; determinando en términos de *favorabilidad* cuál era el sistema más benéfico, la improsperidad de esta pretensión a la luz de los hallazgos jurídicos y probatorios ventilados en el proceso, no puede significar para el sentenciador la obligación de efectuar un control de legalidad oficioso de la prestación reconocida para ajustarla a la ley en tanto evidencie defectos, cuando además de no haber sido advertidos, tampoco han sido materia de cuestionamiento en sede administrativa agotando la vía gubernativa ante la Administradora de Pensiones, quien por lo mismo podría ver seriamente comprometido su derecho fundamental al debido proceso en expresión de los principios de defensa y contradicción, congruencia, justicia rogada y lealtad procesal.

Dicho de otra forma, no considera este Juzgado que al pedírsele resolver si le resulta aplicable a la accionante el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 para obtener una tasa de reemplazo del 85%, pueda concluir el proceso declarando impróspera la aspiración, pero además, ordenando la reliquidación de la pensión de la demandante bajo las normas naturales que rigen su prestación, agotando exámenes y valoraciones sobre la legalidad de actos administrativos no enjuiciados, bajo pretensiones inexistentes y con abierta ausencia del agotamiento de la vía gubernativa, en adicional desmedro de los derechos de la contraparte bajo los principios ya enunciados.

Como corolario de lo expuesto, el Juzgado negará las pretensiones de la demanda.

4.4. Costas.

Guiado el Juzgado por el Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016, emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, en el radicado 1291-2014, en el presente asunto, considera el Despacho que hay lugar a su imposición pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes, es evidente que la parte vencedora, en este caso la UGPP ha tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos (papelería, cds, etc) como en la contratación de apoderados para la defensa de sus intereses, no obstante, para la fijación de las agencias en derecho tratándose la parte vencida del trabajador, el Juzgado considera razonable imponerlas en proporción del 5% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el

entonces del presupuesto de la coexistencia de varias normas laborales vigentes que regulan una misma situación en forma diferente, eventa en el cual habrá de aplicarse la norma que resulte más benéfica para el trabajador. Dicho principio difiere del "in dubio pro operario", según el cual toda duda ha de resolverse en favor del trabajador; porque en este caso tan sólo existe un precepta que reglamenta la situación que va a evaluarse, y como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador. (...) En punta a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.- se destaca-

Consejo Superior de la Judicatura equivalente a CUARENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESOS (\$42.163) en favor de la entidad demandada, las cuales se liquidaran de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del CGP-.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

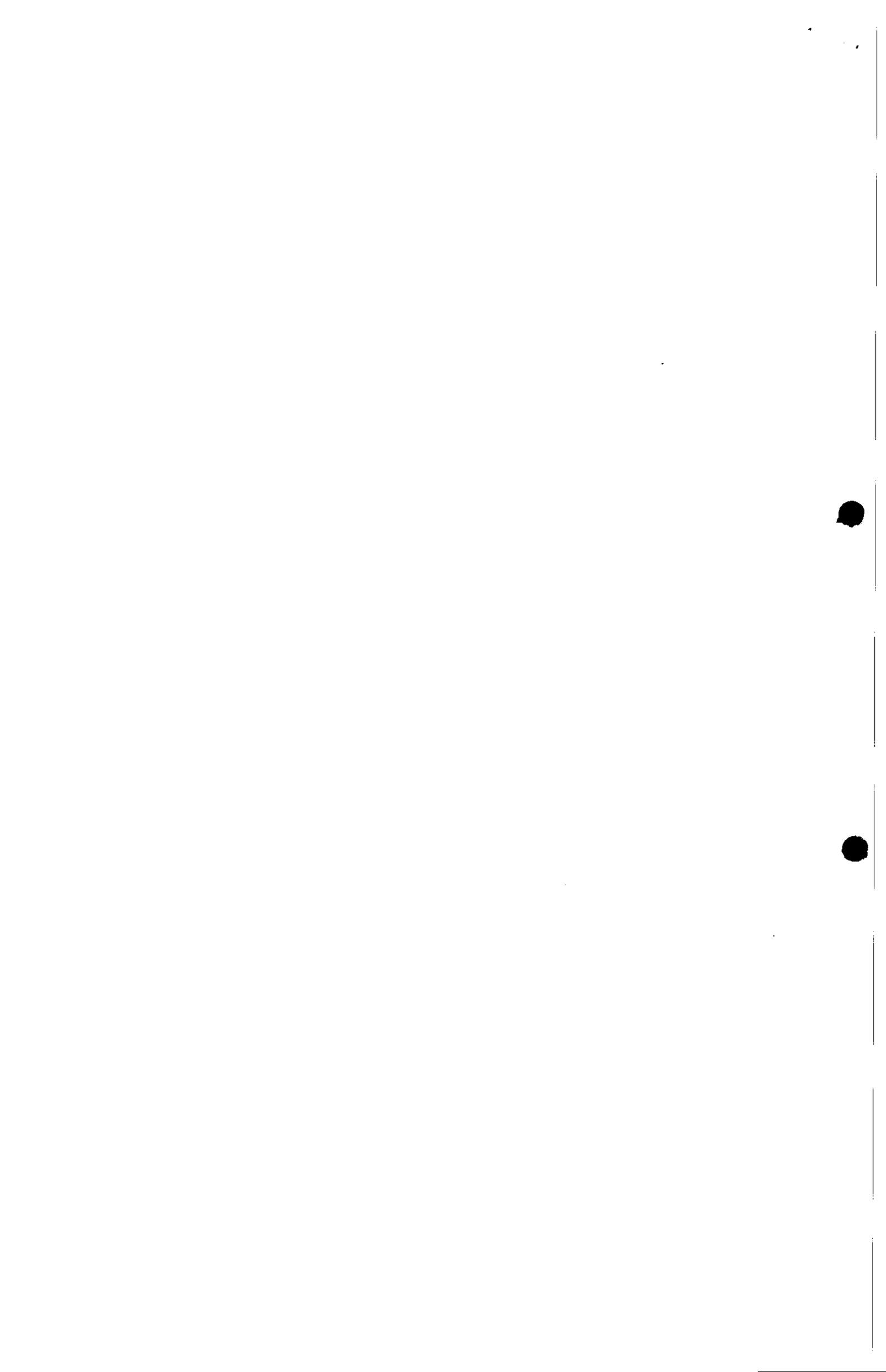
FALLA:

1. **Niéguense** las pretensiones de la demanda instaurada por CONCEPCION ALFONSO VEGA, contra la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL –UGPP- de acuerdo a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.
2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y de conformidad con la motivación expuesta se condena en costas a la parte vencida, esto es a la señora CONCEPCION ALFONSO VEGA y en favor de la UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y PARAFISCAL –UGPP-. Como agencias en derecho se fijan de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003, en favor de la entidad demandada el 3% de la pretensión que sirvió para determinar la competencia, equivalente a CUARENTA Y DOS MIL CIENTO SESENTA Y TRES PESOS (\$42.163) cuya liquidación se sujetará a lo dispuesto en los artículos 365-366 del C.G.P.
3. **En firme** ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

~~FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA~~
Juez

JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA
NOTIFICACIÓN POR ESTADO
EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICÓ POR ESTADO
No. <u>57</u> DE MAYO DE <u>01/12/13</u>
SECRETARÍA (A)





JUZGADO DÉCIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, 01 DIC 2017

Radicación: 150013333010-2015-00177-00
Demandante: José Delfín Rodríguez Merchán y Otros
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA

Procede el Juzgado a emitir la sentencia de instancia correspondiente de la siguiente manera.

I. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones (folio 7 a 9) Mediante apoderado judicial, JOSÉ DELFÍN RODRÍGUEZ MERCHÁN, KAREN LIZETH RODRÍGUEZ SOSA, YULIET TATIANA y DJOKOVIC FRED RODRÍGUEZ HEREDIA, ALBA YANETH HEREDIA, DIODELINA MERCHÁN RODRÍGUEZ, PARMENIO RODRÍGUEZ QUIROGA Y MARÍA ADELAIDA HEREDIA, solicitaron que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por los daños materiales (daño emergente y lucro cesante), morales y de vida de relación causados, en virtud de la falla del servicio que produjo la lesión en el rostro del señor José Delfín Rodríguez Merchán el día 19 de agosto de 2013 durante el desarrollo del Paro Agrario, perjuicios que estima en **Mil Treinta y Tres Millones Doscientos Cuarenta y Ocho Mil Setecientos Pesos (\$ 1.033.248.700)**.

Solicita que se condene en costas a la parte demandada y se le ordene dar cumplimiento a la sentencia en la forma establecido en los artículos 76 y 77 del "CCA"

1.2. Hechos (folios 6 y 7). Señala que el pasado 19 de agosto de 2013 el señor JOSÉ DELFÍN RODRÍGUEZ MERCHÁN, entre las 6 y 7 de la noche se encontraba en el sector de Tierra Negra con algunos amigos que participaban en el Paro Agrario cuando la Policía comenzó a disparar contra el grupo de personas donde se encontraba el señor Rodríguez Merchán, impactando uno de esos proyectiles en la mejilla derecha del demandante causándole una "desfiguración" en su rostro.

Al encontrarse cerradas las vías por el Paro Agrario, el señor Rodríguez Merchán fue conducido por FREDY ROJAS al consultorio de la doctora DIVA MARINA PEDRAZA, ubicado en el Puente de Boyacá donde le fueron prestados los primeros auxilios. Días después el lesionado debió regresar al mismo consultorio debido a un dolor intenso en el rostro y al bloqueo de vías, donde se estableció la presencia de un objeto extraño en el pómulo derecho del aquí demandante realizando una "cirugía" donde se le extrajo una canica de cristal.

Estos hechos fueron puestos en conocimiento de la Procuraduría Provincial de Tunja, entidad que le ordenó valoraciones por medicina legal. Resalta que desde el día 8 de octubre de 2013 el afectado acudió a la E.S.E. Hospital San Rafael a que le revisen la herida y desde entonces ha venido siendo intervenido por un cirujano plástico.

Concluye manifestando que desde el día del accidente hasta la fecha se han causado perjuicios a los demandantes, tanto morales, materiales como a la vida en relación, consecuencia de la actuación irregular de los agentes de policía que se encontraban en el lugar de los hechos controlando el paro agrario.

Estima que se presenta en este caso una falla del servicio por extralimitación o uso desproporcionado de la fuerza, con riesgo y afectación de la vida e integridad física.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL (fs. 59-75) través de apoderado debidamente constituido, se opone a la prosperidad de todas las pretensiones al considerar que las mismas resultan infundadas e improcedentes por ausencia de nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio reclamado; además, por ausencia de elementos probatorios que permitan determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se presenta el supuesto fáctico controvertido, lo que impide encausar grado de responsabilidad alguno contra la entidad demandada.

Añade que el demandante no acredita la supuesta lesión causada el 19 de agosto de 2013 sea por acción u omisión policial; así como tampoco se acredita que el mecanismo u objeto que causó la presunta lesión en el rostro del demandante haya sido con elemento, arma o dispositivo de dotación oficial de propiedad de la policía nacional o que en su accionar haya intervenido algún miembro de la Institución

Resalta que no se prueba algún hecho vinculante con una acción desplegada por miembros de la institución policial en relación con el perjuicio reclamado, por lo que no se encuentran los elementos que integran la responsabilidad del Estado. Respecto al daño y el perjuicio reclamado, considera que no se encuentran acreditados, al no obrar prueba de la existencia de la lesión, incapacidad, pérdida de capacidad laboral, secuelas o perturbaciones funcionales que hayan afectado su salud, así como tampoco obra prueba de la acreditación de los perjuicios materiales y morales reclamados.

Fundamenta que el actor no recibió la atención en salud debida, ni ingresó a un establecimiento de salud acreditado tal como una Empresa Social de Estado, estamento de salud o clínica pública o privada, donde se le elaborara además su correspondiente historia clínica donde se consignara su estado de salud, lesiones causadas, posibles secuelas, como quiera que no se acreditó la idoneidad de la señora MARINA DIVA PEDRAZA, persona que le prestó la atención médica al demandante, aunado al hecho que en las valoraciones realizadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se concluye que no hay documentación clínica que permita establecer el nexo de causalidad entre la cicatriz descrita en el examen médico y los hechos investigados, razón por la cual no es posible realizar la imputación del daño ni de responsabilidad a la demandada. Destaca que la valoración de medicina legal fue practicada aproximadamente 15 días después de la ocurrencia de los hechos, pero sin contar que la policía nacional para la época realizaba constantes patrullajes y acompañaba caravanas de vehículos y marchas pacíficas por lo que se hubiese garantizado la movilización hasta la ciudad

de Tunja para que recibiera la atención médica requerida. Que hay contradicción en las versiones del demandante.

Que de acuerdo con las bitácoras que maneja la Policía para el 19 de agosto de 2013, si bien estaban las vías cerradas no se registraron enfrentamientos con los manifestantes, ni el uso de armas de letalidad reducida en esa fecha, además de que se permitía el tránsito de caravanas escoltadas y en tal virtud no hay explicación razonable para que se dejaran transcurrir 15 días para ser atendido

Concluye señalando que no existe daño ni relación de causalidad entre el hecho controvertido y la imputabilidad del mismo.

Planteó como excepciones o causales de exoneración el "*HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA*" fundamentado en que el suceso pudo obedecer a la intervención del propio demandante en tanto no se acredita la responsabilidad de la entidad demandada y cuando al parecer participaba en las actividades del denominado paro agrario y el "*HECHO DE UN TERCERO*" sustentada bajo similares argumentos, considerando la posibilidad de que la lesión fuera causado por acto de un tercero.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de la oportunidad concedida para presentar alegaciones las partes procedieron de la siguiente manera:

3.1. Parte demandante

Guardó silencio.

3.2. Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional (folios 232 a 236)

Comienza por hacer referencia a los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado; de igual forma, enlista los elementos probatorios relevantes al proceso.

Señala que en este asunto no se puede imputar ni declarar la responsabilidad del Estado, puesto que del acápite probatorio se deriva la inexistencia de daño antijurídico en los hechos que se controvierten, pues la ocurrencia del mismo no es imputable a una acción u omisión de la Policía Nacional.

Destaca que en el expediente no se acreditó que el día 19 de agosto de 2013 se desarrollaron protestas en el sector de tierra negra que hayan ocasionado la intervención de la fuerza pública con el uso de elementos o armas para el control de multitudes, así como tampoco se demostró que el demandante haya resultado lesionado ese día y en ese lugar, lo que si se probó fue que no recibió la atención en salud debida, así como tampoco le fue elaborada una historia clínica a fin de determinar su estado de salud, lesiones, posibles secuelas, etc., así lo manifestó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, cuando señaló que no había documentación de historia clínica para establecer el nexo causal entre la cicatriz y los hechos.

No se demostró que las vías permanecieran cerradas, sino que la Policía garantizó que las vías estuvieran controladas y despejadas. Que hubo contradicción entre lo manifestado ante la Personería Municipal de Ventaquemada y la versión dada ante la Procuraduría Provincial de Tunja.

En lo referente al elemento u objeto con el que presuntamente se impactó a la víctima en el rostro, no obra prueba que dicha lesión se hubiera ocasionado con artefacto perteneciente a la entidad demandada; pues se afirmó en la demanda que la lesión la ocasionó una canica de cristal y en el proceso obra prueba que sostiene tajantemente que los elementos utilizados por la policía nacional para el control de multitudes, no contienen canicas o esferas de cristal, con lo que se puede sostener que la lesión no fue causada por elementos pertenecientes a la institución.

Con base en lo señalado solicita se denieguen la totalidad de las pretensiones de la demanda.

3.3. Ministerio Público

Guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Asunto a resolver

Corresponde al Juzgado establecer en esta ocasión si debe condenarse a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL a resarcir perjuicios al señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN y el conjunto de los demandantes por las lesiones sufridas en su rostro el pasado 19 de agosto de 2013, al ser impactado con una “canica de cristal”, “disparada” por miembros de la institución

4.2. De las excepciones

Respecto a las denominadas “*HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE LA VÍCTIMA*” y “*HECHO DE UN TERCERO*” propuestas por la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL encuentra el Juzgado que constituyen **extensiones de las razones de oposición** a la demanda¹ y no “excepciones” propiamente dichas, de las cuales se predica envolver circunstancias impeditivas, extensivas o modificativas del derecho que se reclama, por lo que se resolverán los descargos de abordar el debate; máxime cuando cuestionan aspectos de la estructura de la responsabilidad, por ende, no enervan o extinguen un derecho, como es la esencia de la excepción².

¹ Hernando Devis Echandia, Estudios de Derecho Procesal, citado en Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, pag. 408, sexta edición: “*La defensa u oposición en sentido estricto existe cuando el demandado se limita a negar el derecho pretendido por el actor o los hechos en que éste se apoya... la excepción existe cuando el demandado alega hechos impeditivos o extintivos o modificativos del mismo, o simplemente dilatorios, que impiden en ese momento y en tal proceso se reconozca la exigibilidad o efectividad del derecho...*”

² Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, sentencia de 28 de abril de 2010, expediente: 17001-23-31-000-1998-00609-01(19839): “Como surge a primera vista, los fenómenos de fuerza mayor o caso fortuito, no constituyen propiamente medios exceptivos y carecen de tal connotación, debido a que no están dirigidas a enervar las pretensiones procesales a través de elementos que las extingan, modifiquen o dilaten, sino que se encuentran encaminados a reargüir los supuestos fácticos que erigen la acción en ejercicio del genérico derecho de defensa. [...] En efecto, la proposición de causas extrañas convoca al análisis de la eventual inexistencia de uno de los elementos de la responsabilidad como es el nexo de causalidad entre el hecho que se imputa a la administración y el daño alegado, planteamiento que, precisamente, constituye parte del debate sustancial planteado. (...) En relación con las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito esgrimidas en la contestación de la demanda y que tienen por objeto prevenir sobre la reacción indeterminable e imprevisible que puede generarse en un organismo, la Sala encuentra que, la denominación del medio exceptivo no

4.2. Regímenes de responsabilidad aplicable.

Dadas las particularidades del caso, es posible que en este asunto resulte aplicable más de un régimen de responsabilidad, dado que se atribuye indirectamente el uso de armas (*"la policía empezó a disparar, f. 6"*) y también el ejercicio desproporcionado de la fuerza. De esta manera, el Juzgado se referirá brevemente a los alcances de una y otra situación, desde la perspectiva del título de imputación por riesgo excepcional y falla del servicio.

Régimen objetivo por uso de armas – Riesgo excepcional

De antaño la Jurisprudencia del Consejo de Estado, ha estimado que la lesión a un interés jurídico tutelado mediante la utilización de elementos peligrosos, como vehículos, conducción de energía eléctrica y armas de fuego, resiste a todo análisis subjetivo con miras a establecer si el agente o la administración actuaron con apego al comportamiento obligatorio esperado, pues la potencialidad de daño que dimana del uso del elemento, permite en el ámbito del principio de proporcionalidad e igualdad ante las cargas públicas, eliminar dicha apreciación en protección de la víctima; quien no tendría el deber de soportar la realización del riesgo creado en provecho de quien explota o usa el artefacto o desarrolla la actividad.

En suma, tales casos son analizados bajo un esquema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, del cual no es posible exonerarse sino con la acreditación del rompimiento del nexo causal; esto es por una causa extraña, bastando al afectado únicamente probar el daño o lesión y la **relación entre esta y la actividad de riesgo** ejecutada por la administración.

Así lo ha estimado el Consejo de Estado en tratándose de los daños causados con armas de dotación oficial³:

"...Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política. En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero." - destaca el juzgado -

Señaló ese alto Tribunal en otra oportunidad⁴:

"...con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, esta Sala elaboró y desarrolló los fundamentos de varias teorías o regímenes que permitían sustentar, con base en el análisis del caso

guarda relación con el contenido del mismo y, éste, a su turno, no tiene tal carácter, pues como se ha indicado las causas extrañas que el apoderado de la entidad presenta como excepciones, tienen como propósito enervar la relación etiológica entre el hecho imputable a la administración y el daño, razón por la cual no se destruye perentoriamente la pretensión procesal del demandante y en su lugar se dispone el análisis de los elementos que hacen parte de la estructura de la responsabilidad, en este caso extracontractual del Estado, a fin de verificar la integración o no de los mismos..." - Destaca el Juzgado. En ese mismo sentido, tratándose de defectos en la legitimación el Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 31 de octubre de 2007, expediente 11001-03-26-000-1997-13503-00(13503) dijo: "...Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que ésta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sala, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado.- destacados fuera de texto-

³Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ Expediente: 12099 sentencia de 27 de julio de 2000, Actor: José Salvador Parra y Otros, Demandado: Municipio de Saravena.

⁴ Sección Tercera, sentencia de 24 de febrero de 2005; expediente 52001-23-31-000-1195-06586-01 (14681), con ponencia del Consejero Doctor ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ Actor: Olindo Redín Ortiz y Otros, Demandado: La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

concreto, la responsabilidad del Estado. Así, se desarrolló, entre otras, la teoría del riesgo excepcional, cuyo contenido, precisado en varios pronunciamientos, fue presentado muy claramente en sentencia del 20 de febrero de 1989, donde se expresó: “...Responsabilidad por el **riesgo excepcional**. Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio desarrollados en beneficio de la comunidad, **emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien a sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio...**”⁵

“Precisó el Consejo de Estado, en aquella oportunidad, que el régimen de responsabilidad por riesgo excepcional podía incluir dentro de los denominados regímenes objetivos, en los que el elemento falla del servicio no entra en juego. En efecto, no está el actor obligado a probarla ni el demandado a desvirtuarla, y **la administración sólo se exonera demostrando la existencia de una causa extraña, que rompa el nexo de causalidad.**

“A partir de la expedición de la nueva Constitución... todo debate sobre la responsabilidad del Estado debe resolverse con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la misma, según el cual éste responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Debe establecerse, entonces, en cada caso, si existen los elementos previstos en esta disposición y la imputabilidad del mismo Estado.

“Sin embargo, reflexiones similares a las realizadas para justificar la teoría de la responsabilidad por el riesgo excepcional permiten afirmar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, que **el régimen aplicable en caso de daño causado mediante actividades o cosas que exponen a los administrados a un riesgo grave y anormal, sigue siendo de carácter objetivo.** En efecto, basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva carta Política...” – negrilla fuera de texto-

En pronunciamiento de 2007 señaló⁶:

“...La conducción de vehículos automotores, al igual que otras actividades tales como **la manipulación de armas de fuego** o la conducción de energía eléctrica, **ha sido considerada por la jurisprudencia como una actividad peligrosa**, cuyo ejercicio por parte de la Administración crea un riesgo anormal para las personas, razón por la cual ella está llamada a responder por los daños que con dicha actividad ocasione, cuando se realiza el riesgo creado. Si bien en principio estos eventos fueron manejados bajo el régimen de la falla presunta y posteriormente el de la responsabilidad presunta, la jurisprudencia de la Sala ha evolucionado para concluir que, en estos casos, no es necesario que se pruebe la existencia de una falla del servicio y resulta irrelevante que se presuma la misma, puesto que **opera un régimen de responsabilidad objetiva** que implica, de un lado, que el demandante sólo tiene que probar la existencia del daño y el nexo con el servicio, es decir que dicho daño fue producto del ejercicio de la actividad peligrosa a cargo de la entidad demandada; en consecuencia, **no basta que ésta pruebe que obró con diligencia y cuidado**, puesto que ello resulta insuficiente, y sólo se podrá exonerar de responsabilidad en tales casos, probando una causa extraña: Fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero...”- Destacado fuera de texto-

En 2104⁷ se menciona que el régimen aplica en general **por el uso de armas, incluidas las de fuego:**

“En este orden de ideas, de conformidad con la *causa petendi* y la jurisprudencia reiterada de la Corporación, considera la Sala que el título de imputación que resulta aplicable al presente caso es aquél que se fundamenta en la producción de daños con ocasión de la utilización de armas de fuego. Al respecto, esta Corporación ha sostenido:

*“En relación con el aludido régimen de responsabilidad objetiva, la Jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sostenido que **tratándose de la producción de daños originados en el despliegue –por parte de la entidad pública o de sus agentes– de actividades peligrosas, lo cual ocurre cuando se utilizan armas de diversas clases, como las de fuego, aquel a quien corresponda jurídicamente la guarda de la actividad quedará obligado a responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo***

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, 20 de febrero de 1989. Expediente 4655.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RAMIRO SAAVEDRA BECERRA, sentencia de 3 de mayo de 2007, expediente: 05001-23-25-000-1992-07122-01(16180), Actor: Jose Ramiro Vargas Palacio, Demandado: Departamento de Antioquia y Otros. En ese mismo sentido se pueden consultar la providencia de 11 de noviembre de 2009 expediente: 05001-23-24-000-1994-02073-01(17927), proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado con ponencia del Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ

⁷ Sección Tercera, CP MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 28 de abril de 2014, Radicación número: (21896)

creado⁵; así mismo, en cuanto al reparto de la carga de la prueba que tiene lugar en litigios en los cuales el aludido sea el asunto objeto de controversia, se ha advertido, en forma reiterada, que

“[A]l actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”⁶.^{7-se} destaca-

En ese mismo sentido, considerando solo el componente de peligrosidad del arma se indicó⁸:

“En la actualidad, cuando se trata de DAÑOS CAUSADOS CON ARMAS PELIGROSAS, el título de la falla presunta lo revaluó la jurisprudencia de esta Sección, enfocándose en el título de riesgo por la actividad peligrosa (...) El tratamiento de la responsabilidad desde el título objetivo de imputación jurídica, parte respecto de la conducta de su no evaluación o calificación, “tan sólo de la peligrosidad (la relación que existe entre el nexo causal de la actividad peligrosa y el daño)”; dicho título se deriva en el origen del riesgo que asume quien, por voluntad o deber, se atreve a manejar elementos que en su estructura y/o en su actividad conllevan peligro

(...)

Ahora bien, la Sala ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que **el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza**. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad demostrando que la imputación no existe o es apenas aparente, cuando el hecho ha tenido ocurrencia por la intervención de un elemento extraño: fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima”... destaca el Juzgado -

En el caso de la utilización de armas de fuego por parte de las fuerzas del Estado, es evidente que aquellas por si mismas representan un peligro potencial y excepcional para los asociados y por ende, la administración está llamada a responder por la materialización de dichos riesgos generados por su uso, pues no son una carga que los ciudadanos estén en la obligación de soportar.

En tal virtud, el Despacho encuentra que si bien no se atribuye la lesión a la manipulación de armas de fuego; si al uso de alguna especie de arma diferente, pues se menciona reiteradamente en el libelo la acción de disparar contra un grupo de campesinos donde se encontraba el demandante, luego entonces podría aceptarse en principio que el régimen objetivo de responsabilidad puede abrigar un debate cuyo contexto sea el uso de armas de “*letalidad reducida*” pues salvadas las proporciones pueden tener la capacidad de causar daños serios a la integridad personal e incluso la muerte.

Dicho de otra forma, el componente peligroso y desequilibrante del principio de igualdad ante las cargas públicas, que justifica la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional en el uso de armas de fuego, está igualmente presente en la operación de fusiles o lanzadores de granadas de gas lacrimógeno o de aturdimiento u otra clase de proyectiles, de modo que indiscutiblemente su uso expone a los administrados y a sus bienes a experimentar riesgos y daños de naturaleza anormal; no sin fundamentos se catalogan como “**armas de letalidad reducida**”, significando con ello que según su uso, pueden ser idóneos para provocar de forma eficaz la muerte o lesión grave de una persona y en tal virtud, merecedora de un tratamiento equivalente al del conjunto general de armas de fuego.

⁸ Sección Tercera, CP RAMIRO PAZOS GUERRERO sentencia 29 de mayo de 2014 Radicación número: (29882)

Régimen subjetivo - Falla del servicio - Uso desproporcionado de la fuerza

En relación con la falla del servicio, tiene dicho el Consejo de Estado⁹:

“...La Sala, de tiempo atrás, ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual...”

Se queja el demandante del uso arbitrario y desproporcionado de la fuerza por parte de la POLICIA NACIONAL el día de los hechos en los cuales, asegura, fue herido en rostro con una “canica de cristal” lanzada por miembros de la entidad.

Emerge entonces un cuestionamiento sobre contenido obligacional del Estado a través de la Institucional Policial como ente llamado a preservar el orden público, pero primeramente a salvaguardar la vida e integridad física de los ciudadanos. De allí que, como en el asunto sub lite se achaca a la Nación proceder de forma irregular en el ejercicio de la fuerza y en la manipulación o manejo de elementos de disuasión, es evidente que el caso **también puede ser analizado** desde la perspectiva del “*adecuado funcionamiento del servicio*”, lo que obliga el examen de la responsabilidad desde el régimen de responsabilidad por falla del servicio (subjetivo).

Dentro de los elementos distintivos de la falla del servicio el Consejo de Estado ha señalado de antiguo¹⁰:

“...La responsabilidad patrimonial por falla del servicio, como se ha manifestado por la Corporación de tiempo atrás, se configura por los siguientes elementos: “**a**) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración; “**b**) Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano; “**c**) Un daño que, implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.; “**d**) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización...”- se destaca-

Este régimen no es esquivo a los eventos de lesiones producidos con armas, pues tiene dicho la jurisprudencia que si el caso concreto **tolera** el análisis del comportamiento del Estado, tal examen debe darse por pedagogía; lógicamente, desde el terreno de la falla del servicio¹¹:

“...la Sala también considera que la responsabilidad por daños ocasionados con arma de dotación oficial en un número importante de casos se debe enmarcar en la clásica responsabilidad subjetiva bajo el título de falla del servicio, cuando se demuestra probatoriamente que de manera ostensible se empleó el uso de la fuerza letal mediante armas de dotación oficial de manera desproporcionada o excesiva. (...) el precedente de esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“[E]n todo caso, la falla probada del servicio constituye el régimen de responsabilidad general, y en los casos en que el asunto no pueda gobernarse bajo dicho título de imputación, se potenciará uno de responsabilidad distinta, y como quiera que en este caso, estamos en presencia de una actividad peligrosa en tratándose de la manipulación de armas de fuego, **podría privilegiarse también la tesis del riesgo excepcional** en caso de ser procedente. En este mareo de referencia, sin duda, será el juzgador en presencia de todos los elementos existentes el que determinará si finalmente se dan o no los presupuestos para resolver el asunto sometido a su conocimiento con

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor MAURICIO FAJARDO GOMEZ, sentencia de 18 de octubre de 2007, expediente: 68001-23-15-000-1995-00940-01(15528), Actor: Luis F. Bayona y otros Demandado: Nación- Ministerio De Defensa Nacional- Ejército Nacional.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de octubre de 1976, C.P., Dr JORGE VALENCIA ARANGO.

¹¹ Sección Tercera, CP RAMIRO PAZOS GUERRERO sentencia 29 de mayo de 2014 Radicación número: (29882)

fundamento en la teoría de la falla probada del servicio, tal y como sucedió en el caso concreto, pues, las distintas pruebas incorporadas y practicadas conducen a inferir la falla imputada a la administración”

De conformidad con lo anterior, se tiene que si en la producción del daño antijurídico **intervino el concurso de una actividad peligrosa**, como lo es la manipulación de armas, el régimen de responsabilidad es de tipo objetivo; sin embargo, **si se observa el incumplimiento de las normas que regulan el uso de fuerza letal**, el fundamento basilar es el aspecto subjetivo de la conducta, la cual se convierte en la causa idónea del perjuicio, y, por ende, se debe enmarcar en el título de imputación de falla en la prestación del servicio.

El Consejo de Estado ha preferido el título de imputación de falla en el servicio, cuando advierte un déficit de buena administración, en aras de garantizar la **función pedagógica** del instituto de la responsabilidad de la que puede hacer uso el juez al definir la responsabilidad del Estado, con el fin de que éste pueda repetir contra el agente que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere producido el daño, en caso de ser condenado el Estado a la correspondiente reparación (...) Recientemente, en decisión del 9 de abril de 2014, el Consejo de Estado precisó que:

“La administración se hace responsable siempre que, en ejercicio de las funciones a su cargo, produzca un daño con ocasión de una actividad peligrosa o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades, por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional y el Ejército Nacional, pues se entiende que el Estado asume los riesgos, a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. En virtud de este título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante; por su parte, la administración puede exonerarse de responsabilidad, para lo cual deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, aún en aquellos casos en los que cuales concurren los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que si se configuran, igualmente, los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, la condena se debe proferir con fundamento en ésta y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad, pues es a través de aquella que el juez de la reparación conmina a la administración por su actuar defectuoso...”

En suma, la función pedagógica del instituto de responsabilidad civil extracontractual es importante, pues exhorta a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado a reducir la producción de daños”- destacados fuera de texto-

Finalmente en punto a la proporcionalidad en el uso de la fuerza, el Consejo de Estado, ha explicado¹²:

[S]i bien es cierto que el Estado puede hacer uso legítimo de la fuerza y por lo tanto, recurrir a las armas para su defensa, **esta potestad sólo puede ser utilizada como último recurso, luego de haber agotado todos los medios a su alcance que representen un menor daño. Lo contrario implicaría legitimar el restablecimiento del orden en desmedro de la vida y demás derechos fundamentales de las personas**

Por otra parte, el compendio tuitivo de orden internacional que regula el uso de la fuerza, mutatis mutandis, también aparece regulado por el derecho interno. Entre las funciones que tiene la Policía Nacional aparece la de asegurar y conservar las condiciones necesarias para el ejercicio de derechos y libertades en el Estado colombiano, razones que justifican el uso de medidas preventivas tendientes a evitar el surgimiento de actos que alteren la convivencia ciudadana. ...

El Decreto 1355 de 1970 en el art. 29 –Del empleo de la fuerza y otros medios coercitivos- dispone que su uso solo **es viable cuando es estrictamente necesario**, y contempla taxativamente los siguientes eventos, a saber:

a) Para hacer cumplir las decisiones y órdenes de los jueces y demás autoridades; b) Para impedir la inminente o actual comisión de infracciones penales o de policía; c) Para asegurar la captura del que debe ser conducido ante la autoridad; d) Para vencer la resistencia del que se oponga a orden policial que deba cumplirse inmediatamente; e) Para evitar mayores peligros y perjuicios en caso de calamidad pública; f) Para defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes; g) Para proteger a las personas contra peligros inminentes y graves.

En igual sentido, en el art. 30, modificado por el art. 109 del Decreto 522 de 1971, se dispuso que con el fin de preservar el orden público, la policía empleará (i) medios autorizados por ley o reglamento; (ii) **escogerá siempre, entre los eficaces, aquellos que causen menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes y que** (iii) tales medios no podrán utilizarse más allá del tiempo indispensable para el mantenimiento del orden o su restablecimiento. Destaca esta disposición que “[L]as armas de fuego no pueden emplearse contra fugitivo sino cuando éste las use para facilitar o proteger la fuga”. –se destaca-

¹² Radicación número: 05001-23-31-000-2000-4596-01 (29882), ya citado.

4.3. Elementos de la Responsabilidad Estatal

En este apartado analizara el Juzgado si se configuraran o no los requisitos esenciales para la conformación de la responsabilidad imputada a la entidad demandada.

4.3.1. Del daño antijurídico

El Juzgado puede tener por establecido que el señor RODRIGUEZ MERCHAN sufrió una lesión en su mejilla derecha, conforme se reporta en el reconocimiento médico legal realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses en fechas 5 de septiembre y 30 de septiembre de 2013 (fs. 35-38), en los cuales se reporta *“cicatriz discromía y retraída de forma irregular y en área de 2.1 x 1.2 cm ubicada en mejilla derecha...”* como también de lo registrado por la ESE CENTRO DE SALUD DEL MUNICIPIO DE VENTAQUEMADA en la cual se indicó en hallazgo: *“presenta nasgeniana derecha cicatriz hipercromía profunda de 1 centímetro de ancho por dos centímetros y medico de longitud doloroso a la palpación”* (f. 48)

Otra cosa desde luego será la determinación de la causa de la lesión y la antijuridicidad de la misma, aspectos que serán materia de análisis en los siguientes apartados.

4.3.2. La prueba del hecho y de la relación de causalidad

En ánimo de establecer la restante estructura de la responsabilidad es imperioso relacionar la prueba relevante del proceso en los siguientes términos:

- a) Se aportó al expediente una certificación expedida por la señora MARINA DIVA PEDRAZA, en calidad de Propietaria de Droguería “Puente de Boyacá” (fl. 34), documento donde señala que el señor Rodríguez Merchán acudió con una herida en el pómulo derecho que *“según su testimonio se lo realizó el SMAT con gas lacrimógeno, el cual contenía canicas de cristal”*, agrega que le prestó los primeros auxilios y que el elemento fue extraído 12 días después, dado que estaba demasiado inflamado y no se podía ver que tal “elemento” se encontrara dentro del rostro del señor y que recurriendo a sus conocimientos como profesional en el área procedió a retirarle el “elemento” dado que las vías se encontraban cerradas y no podía llegar a un puesto de salud o a un hospital para ser atendido por un médico profesional.
- b) En los reconocimientos medico legales realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Dirección Seccional Boyacá (fls. 35 a 38), se destaca el elaborado el 5 de septiembre de 2013 donde se indica *“Para poder determinar elemento causal, incapacidad médico legal y secuelas si las hubiere es necesario en envío de FOTOCOPIA DE HISTORIA CLÍNICA AUTÉNTICA, COMPLETA Y LEGIBLE DEL LUGAR DONDE ESTA PERSONA FUE ATENDIDA POR LOS HECHOS QUE SE INVESTIGAN.”*; posteriormente, en valoración que tuvo lugar el 30 de septiembre de 2013, el informe señala que *“NO HAY DOCUMENTACIÓN DE HISTORIA CLÍNICA QUE PERMITA, ESTABLECER NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CICATRIZ DESCRITA EN EL EXÁMEN FÍSICO Y LOS HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN.”*

- c) Se aporta a folios 39 a 41 informe de valoración psicológica fechado 17 de octubre de 2013 realizado en la comisaría de familia del municipio de Ventaquemada, en el cual se plasma el siguiente concepto: *“Tras escuchar el relato por parte del señor José Delfín Rodríguez Merchán, se encontró que su estado de ánimo es inestable puesto que se evidencia sentimientos de rabia, impotencia y desesperanza frente a laceración presente en el pómulo derecho de su rostro lo que ha conllevado a que tenga la idea fija de ser señalado por la cicatriz. Como resultado, se puede predecir que la afectación psicológica se ha trasladado a las diferentes áreas biopsicosociales por lo que el desarrollo de las mismas no puede ser acorde a lo esperado por su condición social y personal. Debido a que el evento es reciente, la sintomatología evidenciada es más fuerte por lo que importante realizar un seguimiento para prevenir que el problema se agudice en él y los miembros de su familia que resultaron afectados.”* Con lo que se le diagnóstica un posible cuadro de Estrés Agudo.
- d) Declaración dada por el señor JOSÉ DELFÍN RODRÍGUEZ MERCHÁN ante la Procuraduría Provincial de Tunja el 5 de septiembre de 2013 (fls. 42 y 43) entidad ante la cual indicó que *“...yo baje como a las seis de la tarde al sector de Tierra negra a comprar pan y carne para llevar para la casa, eran como las siete de la noche, me puse a hablar con unos amigos campesinos charlando y de un momento a otro empezaron a dispararnos a la cara los del ESMAD sin decirnos nada, cuando de un momento a otro nos encendieron a todos, caían gases lacrimógenos, a mi me dieron en la cara con una “contra” (el señor enseña una bola de cristal – mara) dure hasta el viernes con eso en la cara hasta que fui donde la doctora DIVA MARIA PEDRAZA...”* allí refirió como testigos de los hechos a FREDY ROJAS y LUIS PULIDO.
- e) Aparece otro relato ante la Personería municipal de Ventaquemada en constancia realizada el día 9 de septiembre de 2013, en la cual se indicó luego de narrar que el 19 de agosto de 2013 se encontraba en el sector de Tierra negra sobre las 7 pm en compañía de otros campesinos que *“...los señores del ESMAD de un momento a otro empezaron a dispararnos gases lacrimógenos y bombas aturdidoras a toda la gente que se encontraba en las orillas de la carretera central, cuando unos de esos policías disparó un arma que tenía no sé el nombre de esa arma disparó a mi cara....como estaba herido me fui donde la enfermera DIVA MARINA PEDRAZA que vive y tiene su droguería en el Puente de Boyacá...después de 10 días no se me desinflamaba la cara la enfermera...me palpo...yo le autorice para que me hiciera una cirugía porque si iba a otra parte me demoraba mucho tiempo y no quería que me pasara nada malo...y con un bisturí de cirugía me abrió...y la sorpresa mía y de la enfermera fue de que después de 10 días me encontrara a dentro de la cara una canica o contra de vidrio...”* (f. 44)
- f) La parte demandante aporta 3 fotografías en las cuales se aprecia el rostro del señor RODRÍGUEZ MERCHÁN y la cicatriz notoria en el pómulo derecho (fls. 46 y 47)
- g) Se aportó un reconocimiento de lesiones personales realizado por un médico de la E.S.E. Centro de Salud de Ventaquemada, el día 18 de octubre de 2013 (fl. 48), en el cual se indica que *“refiere que el 19/08/13 en los días del paro agrario me disparan sin decir nada y me impactaron la cara como no había transporte fui a una droguería hasta los 11 días y refiere que le sacaron una bola de cristal de la cara en el área de la mejilla derecha...”*

- h) La Policía Nacional aportó en medio magnético (f. 85) copia de las bitácoras elaboradas durante el paro agrario. En lo concerniente al 19/08/2013 para el sector de interés se encuentra lo siguiente:

“DEPARTAMENTO DE POLICIA BOYACA BITACORA PARO AGRARIO
ANOTACION BITACORA DEL DIA 19 DE AGOSTO DE 2013

(...)

05:45 CAD-DEBOY jefe de turno informa de bloqueo en la vía Tunja-Bogotá. Sector Tierra Negra, escombros y piedras cultivadores de papa. Se informa al señor Coronel Luis Enrique Roa Merchán Comandante de Departamento.

(...)

10:23 La central de radio reporta que se movilizan 60 personas aproximadamente desde el municipio de Jenesano hacia el sector de Tierra Negra, los cuales vienen marchando pacíficamente con pancartas están ocupando un solo carril de la vía. Se informa a CADDEBOY Jefe de Turno, con el fin que trasmita la información.

(...)

11:25 Informa la central de radio del Departamento de Policía Boyacá que personas del Municipio de Ciénega, Ramiriquí y Jenesano se dirigen hacia el sector de Tierra Negra el cual es apoyado por el personal policial del Distrito de Ramiriquí.

(...)

12:10 Informa el ejercito que van 8 camiones con personas de Jenesano a Tierra Negra, con palas y picas van por el Retén Sur hacia Puente Boyacá. Se le informo a PT. Sisa García Omar- SETRA-DEBOY

(...)

14:15 A esta hora y fecha se deja constancia de los movimientos del personal que por orden del señor Coronel Jorge Luis Rodriguez Aragon Director de Incorporación PONAL, se realiza con el fin de reforzar puntos más críticos; así: El personal de apoyo de Chiquinquirá se desplaza hacia al Tramo Vial: Tunja-Bogotá, punto crítico: Municipio Ventaquemada, Lugar: Albarracín al mando del señor TC. Wilson González Delgadillo Celular: 3213944488 – Avantel: 13*191. El personal de apoyo Chiquinquirá, apoyo Alto del Sote, apoyo el Crucero y ESMAD DISEC, se desplaza hacia tramo vial: Tunja-Bogotá, punto crítico: municipio Ventaquemada, lugar: Puente Boyacá, al mando de TC. Omar Bonilla Sepulveda Celular: 3213944575 – Avantel: 13*6477.

(...)

14:20 CAD-DEBOY Jefe de Turno informa que en el sector de Puente Boyacá, que se capturan 6 personas quienes se encontraban rompiendo los panorámicos de los vehículos con caucheras.

14:32 informa la unidad del CAD-DEBOY Jefe de Turno, que el sector de Albarracín se encuentra bloqueada la vía con llantas quemadas por parte del personal de manifestantes

14:55 Informa la unidad de SIPOL que en el sector de Tierra Negra se encuentran de 100 a 150 manifestantes quienes están obligando a los conductores a cerrar la vía con amenaza de quemar sus vehículos

15:00 Informa la unidad de la SIJIN señor IT Luis Miguez que en el sector de Puente Boyacá se da captura a 6 presuntos individuos por el delito de obstrucción en vía pública y perturbación al servicio de transporte público, unidad que lleva el caso Fiscalía 6 de Tunja Fiscal Oscar Rodrigo Perilla Díaz, los cuales se identifican así: 1- CRISTIAN CAMILO JERES MANOSALVA identificado con cedula 1051568387 con fecha de nacimiento 06-07-90 de 24 años de edad profesión minero 2- JOSE ANTONIO DAZA RINCON identificado con cedula 9535292 con fecha de nacimiento 09-08-72 de 41 años de profesión agricultor. 3- JHON ALEXANDER SAMORA VALLADALES identificado con cedula 14136364 con fecha de nacimiento 27-09-83 de 29 años de profesión minero 4- JUAN ANDRES MESA VALLADALES identificado con cedula 1056800569 con fecha de nacimiento 20-03-90 de 23 años de profesión minero 5- TERCERO INOCENCIO RATIVAS TORRES identificado con cedula 1056801455 con fecha de nacimiento 08-12-90 de 22 años de profesión agricultor 6- MARIO ALEJANDRO VALLADALES ACOSTA menor de edad sin documento 17 años con fecha de nacimiento 17-12-95 de profesión estudiante

(...)

17:03 El señor Coronel Luis Enrique Roa Merchán Comandante Departamento de Policía Boyacá, reporta por radio que queda restablecido el orden público en la vía, a la altura de Tierra Negra por la intervención del ESMAD 3 al mando del TE. Vanegas Torres Jaime, 25 motos pertenecientes a la DECUN y DEBOY y 01 camioneta donde se transporta el señor CR. Gallego Chávez Jorge Alexander Subdirector de DITRA los cuales ingresan al Departamento de Boyacá por la vía Albarracín –Tunja, se encuentra en el sitio Personería Municipal en el procedimiento.

17:05 Ejército informa que traslada un Pelotón de la PM hacia Tierra Negra.

(...)

17:18 CAD-DEBOY Jefe de Turno informa que se trasladan unidades de Infancia y Adolescencia para el sector de Tierra Negra, para la aprehensión de dos menores.

(...)

18:05 CAD-DEBOY Jefe de Turno informa que los sectores de Desaguadero- Samacá y Tierra Negra se encuentran bloqueadas las vías, no hay paso vehicular

(..)

18:54 La central de radio reportan accidente en el sector entre Puente Boyacá y Ventaquemada, dejaron atravesado un alambre, donde resultaron lesionados dos motociclistas.

(...)

19:24 Informa la unidad del CAD-DEBOY Jefe de Turno Vía Tunja - Bogotá que hay bloqueo total de la vía a la altura del sector la Germania. Se traslada la información al señor PT. Sisa García Omar-SETRA-DEBOY con el fin de coordinar la situación

19:30 Llega helicóptero de sigla 060909 el señor MY. Richard Fajardo, fin transporte de personal del grupo ESMAD MEBOG desde Bogotá hasta el municipio de Ventaquemada

(..)

20:28 Informa la unidad de SIPOL: Bloqueo vía Tunja-- Bogotá sector la Germania 50 personas atravesaron vehículo

(..)

21:32 CAD-DEBOY Jefe de Turno informa que en el sector **Tierra Negra** la Germania el señor José Angel Espinosa residente en el sector Puente Boyacá edad 45 años, sufre una **lesión en la pierna** al parecer con Turfla y se traslada al Hospital San Rafael de Tunja, caso conocido por el señor St. Rodríguez Bladimir Cel. 3112723392-

(...)

21:40 Informa el señor Coronel Roa Merchán Luis que se habilito la vía que Tierra Negra – Germania

(...)

22:18 A esta hora y fecha se deja constancia de los ciudadanos que fueron **capturados** con motivo del Paro Agrario así: con motivo del paro agrario Nacional.

☐ El señor Wilton Wilches Quiroga identificado con cedula de ciudadanía No. 7180887 capturado por el delito de Daño En Bien Ajeno, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303412, capturado por el EMCAR, en la Vereda Germania KM 103+500MTS. ☐ El señor Adolfo Yesid Camargo Espitia identificado con cedula de ciudadanía No. 74333829 capturado por el delito de Daño En Bien Ajeno, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303412, capturado por el EMCAR, en la Vereda Germania KM 103+500MTS. ☐ El señor Cristian Camilo Jerez Manosalva identificado con cedula de ciudadanía No. 1051568387 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303417, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Julian Andres Mena Valladales identificado con cedula de ciudadanía No. 1056800569 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303417, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Tercero Inocencio Rativa Torres identificado con cedula de ciudadanía No. 1056801455 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303417, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Mario Alejandro Valladales Acosta (menor) identificado con Tarjeta No. XXXXX capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303417, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Angel Leonel Sosa Segura identificado con cedula de ciudadanía No. 74417437 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303418, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Hector Manuel Galindo identificado con cedula de ciudadanía No. 4182172 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303418, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor William Aponte Buitrago identificado con cedula de ciudadanía No. 1056798904 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303418, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Héctor Hernán Borda García identificado con cedula de ciudadanía No. 1056955550 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303418, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Luis Eduardo Pulido Callejas identificado con cedula de ciudadanía No. 7163346 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303418, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Jose Antonio Daza Rincon identificado con cedula de ciudadanía No. 9535292 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303417, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá. ☐ El señor Jhon Alexander Samora Valladales identificado con cedula de ciudadanía No. 14136364 capturado por el ART. 353 perturbación al transporte público, bajo el número de noticia criminal 150016000132201303417, capturado por el SIJIN, en la Vereda Puente Boyacá.

- i) A folio 86 (Oficio 387/MD-JUPEM.JIPEM.191-TRD-29), el Juzgado 191 Penal Militar con sede en Boyacá, indicó que *“revisados los libros radiadores del despacho no se adelantó investigación por hechos acaecidos el día 19 de agosto de 2013 en el sector de tierra negra en donde el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ resultó lesionado en su rostro...”*
- j) A folio 87 (Oficio 009441/DEBOY-CODIN-29), aparece certificación emanada de la Oficina de Control Interno Disciplinario en la cual se indica que *“...no se observa que se hubiese adelantado investigación disciplinaria por hechos acaecidos el día 19/08/2013 en el*

sector tierra negra, donde al parecer el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN resultara lesionado en su rostro, en atención a las protestas presentadas en el paro agrario”

- k) A folio 88 (oficio 010359- DEBOY-SIJIN-29.25) el Jefe Seccional de Investigación Criminal de Boyacá indico que no se encontraron noticias criminales en la cual el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN haya formulado denuncia por hechos acaecidos en las protestas del paro agrario en el año 2013.
- l) Mediante Oficio 197495/DISEC-UNADI-29.25 de 21 de octubre de 2016, el Comandante de la Unidad de Escuadrones Móviles Antidisturbios (fs. 115-118), certificó que revisados los agentes químicos y composición de los elementos no letales a que se refiere la Resolución N° 0448 del 19 de febrero de 2015 “Reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de elementos, dispositivos, municiones y armas no letales en la Policía Nacional” *“que dichos elementos en sus referencias y composición dadas en las fichas técnicas por las empresas fabricantes no contienen “canicas o esferas de cristal”* - se destaca- Adicionalmente se efectúa una relación de las armas con que cuenta el organismo. Se inventariaron armas de GAS (CS 6230, CS 5231, 9230 CS, 37 MM 3233, CS 40 MM GL 202, 40 MM -640, 37 MM-AM600 y CTS TL1), HUMO (6210-) ATURDIMIENTO (MINI BANG 7290M, GL-307, GL 700 “luz y sonido”), MULTIIMPACTO (STING BAL 9594OC), granada que contiene submuniciones de impacto en “caucho” (AM 404/12E) granada con 12 proyectiles de elastómeros y una LANZADORA DE ESFERAS (TAC-700 PAPPER BALL) accionada por aire lanza “200 proyectiles esféricos plásticos”
- m) A folios 119 a 128 obra copia de la resolución 05228 del 27 de noviembre de 2015 *“Por la cual se expide el manual de control de manifestaciones y disturbios para la Policía Nacional”*, en el cual se estandarizan y unifican los parámetros para la gestión desarrollada por las diferentes unidades policiales en cuanto administración y uso del material de armamento y equipo antimotines de la Policía Nacional.
- n) Se aporta también copia de la Resolución 00448 de 19 de febrero de 2015 *“por la cual se expide el reglamento para el uso de la fuerza y el empleo de elementos dispositivos, municiones y armas no letales en la Policía Nacional”* (fs. 129-142) a folio 140 aparece la relación de armas cinéticas en las cuales se destaca además de los fusiles lanzadores, red de nylon, lanzadores de tinta y munición de goma.
- o) A folios 144 a 157 obra copia del libro de anotaciones de la Policía Nacional, Dirección de Tránsito y Transporte - destinado a la ruta Albarracín – Tunja entre el 19 y el 29 de Agosto de 2013 donde consta los disturbios presentados, bloqueos, caravanas, operativos y demás situaciones de servicio. Para el día 19 de agosto de 2013, de manera relevante que a las **01.40** se aprecian 3 vehículos sobre la vía con los neumáticos pinchados; **2.00** se acompaña peaje Albarracín y se reporta que en el sector de Germania está bloqueada la vía, colocando vehículos sobre la calzada y pinchando las llantas, al llegar al sitio se hace relación de los vehículos pinchados; **4.30** acciones para despichar vehículos y recuperar la movilidad; **6.00** se deja constancia de presencia de oficial y el paso restringido de vehículos por la presencia de un camión en la vía; 7.00 cambio turno; **10.00** se deja registro de agresiones y alteraciones del orden público;

- 14.00** llegan refuerzos para el sitio; **15.10** relevo en el mando; **21.05** entrega de elementos y equipos con novedades por daños; **23.15** se pasa revista por corredor vial
- p) De igual forma, a folios 158 a 166 se aporta copia del libro de minuta del servicio para los días 19 a 26 de agosto de 2013 en la cual se hace relación del personal policial asignado a la ruta Albarracín – Tunja así como también se plasmaron las consignas propias del servicio; como complemento de los documentos señalados se aporta copia de las ordenes de servicio N° 130/SETRA-PLANE 38.16, N° 213/COMAN/PLANE 38.16 y N° 218/COMAN/PLANE 38.16 “SEGURIDAD PREVENCIÓN Y CONTROL POLICIAL PARA ATENDER EL PARO NACIONAL AGRARIO EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁA PARTIR DEL DÍA LUNES 19/08/2013” (fls. 167 a 202).
- q) Obra en el plenario también copia del oficio N° 0755/SETRA-UNCOS 17.3 mediante el cual se rindió un informe de actividades durante el paro agrario suscrito por el Comandante de la Unidad de Control y Seguridad 17.3 (fls. 203 a 207), además de obrar copia del informe de actividades rendido mediante oficio N° S-2013 025655 DEBOY/SETRA-29.25 y suscrito por el Jefe UNMUN SETRA DEBOY.
- r) A folio 222 la Fiscalía de Ventaquemada en Oficio de 5 de noviembre de 2016 indico que *“no aparece registrado ningún caso donde el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN...figure como denunciante y victima”*
- s) Finalmente, las oficinas de PRENSA del MUNICIPIO DE TUNJA y DEPARTAMENTO DE POLICIA DE BOYACA no reportaron información sobre caravanas o datos suministrados a la comunidad para habilitación de vías (fs.213 y 229)

Pues bien, revisado el material probatorio obrante en el proceso y relacionado precedentemente, concluye el Despacho que la parte actora no ha logrado acreditar la existencia del hecho y desde luego, la necesaria relación de causalidad entre aquel y la lesión, para así derivar en la antijuridicidad del daño del cual se queja.

Así es, pues no existe en el acervo ningún medio de prueba que acredite en grado de certeza que el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN, se encontraba participando o presente en alguno de los focos sociales del movimiento que dio origen al denominado “Paro Agrario” con manifestación en el sector conocido como Tierra Negra en la Vereda “Puente de Boyacá” perteneciente al Municipio de Ventaquemada. En este aspecto es imprescindible destacar que sus asertos en el libelo no son respaldados más que por documentos en los cuales se contienen sus mismas narraciones o dichos; ejemplo de ello lo constituyen las denuncias presentadas ante Procuraduría Provincial de Tunja, Personería Municipal de Ventaquemada, y los relatos efectuados ante Medicina Legal y Centro de Salud de Ventaquemada.

Si bien en esos documentos se aseveró que eran testigos de los eventos los señores FREDY ROJAS, EMILCEN TORRES, NELSON LOPEZ y LUIS PULIDO, la parte actora, llamó al proceso únicamente a FREDY ROJAS, sin convocar a los demás y no obstante que solicitó la declaración de otros sujetos, el Juzgado en auto de proferido en audiencia inicial (f. 93 y ss 12 de octubre de 2016), únicamente decreto las versiones de DIVA MARINA PEDRAZA y FREDY ANTONIO ROJAS por defectos asociados a la solicitud probatoria que pese a ser recurrida no fue impulsada generándose la declaratoria de desierto del recurso (f. 215). Lo anterior para

destacar que las personas citadas por solicitud del actor (FREDY ROJAS y DIVA MARINA PEDRAZA), dejaron de comparecer a declarar en diligencias de 15 de marzo de 2017 (f. 223) y 5 de mayo de 2017 (f., 230), donde se esperaba que rindieran su testimonio sobre dicha presencia y desde luego sobre otro de los puntos álgidos del debate: la lesión en rostro por "canica de cristal" percutida por miembros del ESMAD.

Valga anotar que no sólo los testigos dejaron de concurrir a estas dos audiencias, pues tampoco se hizo presente el procurador judicial del extremo activo, con el objeto de dar las explicaciones sobre su ausencia y participar en el debate probatorio dando cuenta del recaudo de otra parte importante de la prueba, como lo era la incorporación de documentos por oficio dirigido a la ESE HOSPITAL SAN RAFAEL DE TUNJA y ESE CENTRO DE SALUD DE VENTAQUEMADA, desde donde se esperaba la remisión de Historias Clínicas de la atención del señor RODRIGUEZ MERCHAN, pues aun cuando se elaboraron los oficios correspondientes (fs. 102 y 103), no hay en el proceso acreditación de que hubieran sido tramitados.

La anterior situación sin duda, pone al descubierto la falta de interés de la parte actora en la demostración de los hechos que sirven a las pretensiones que enarbola, como también la de participar en la contradicción de los medios de prueba que se iban incorporando en función de la actividad procesal de la contraparte.

Se considera en este asunto que el soporte médico era vital para el esclarecimiento de los hechos, pues no sin razón en las dos ocasiones en las cuales se presentó el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN a reconocimiento en MEDICINA LEGAL se le indicó que *"Para poder determinar elemento causal, incapacidad médico legal y secuelas si las hubiere es necesario en envío de FOTOCOPIA DE HISTORIA CLÍNICA AUTÉNTICA, COMPLETA Y LEGIBLE DEL LUGAR DONDE ESTA PERSONA FUE ATENDIDA POR LOS HECHOS QUE SE INVESTIGAN"* y luego que *"NO HAY DOCUMENTACIÓN DE HISTORIA CLÍNICA QUE PERMITA, ESTABLECER NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA CICATRIZ DESCRITA EN EL EXÁMEN FÍSICO Y LOS HECHOS MATERIA DE INVESTIGACIÓN."*

Es importante destacar que en la demanda se afirmó que el señor JOSÉ DELFÍN RODRÍGUEZ MERCHÁN recibió el impacto en su mejilla derecha de un disparo de gas lacrimógeno u otro elemento "canica de cristal", lo que le ocasionó una desfiguración en su rostro, no obstante, en el plenario no obra prueba que demuestre que se presentaron enfrentamientos y/o disturbios en la fecha y hora señalados en la demanda, es decir, sobre las siete (7) de la noche del diecinueve (19) de agosto de dos mil trece (2013), que derivaran en el empleo de elementos para el control de manejo de multitudes y disturbios por parte de los miembros de la Policía Nacional asignados al sector Tierra Negra, Vereda Puente de Boyacá del municipio de Ventaquemada.

Si bien la bitácora aportada da cuenta de desórdenes, bloqueos y enfrentamientos entre manifestantes el día 19 de agosto de 2013, no se registró a la precisa hora indicada por el actor una revuelta o disturbio que haya obligado a la Fuerza Pública a usar los medios físicos para

repeler o restablecer el orden público a las siete (07.00 pm) de la noche. Las anotaciones de esa hora y las demás hasta las 7:19 pm son las siguientes:

19:00 Personal de servicio PMU - Teniente Coronel. Elianne Katherine Gaitán Serrano Jefe de Sanidad del DEBOY, celular 320-8597727 Avantel 799 o 350-5546758, Jefe PMU. - MY. Miryam Lucía Guerrero Malangón GUTAH-DEBOY - MY. Aguilera Nava José - Penal Militar DEBOY - SC. Eduardo Ramírez CIEPS-DEBOY - PT. Daniel Eduardo Rodríguez D.H/DEBOY - PT. Cantoñi Mina Víctor Manuel TELEM-DEBOY - PT. Alberto Rodríguez EMCAR 25 DEBOY - PT. Javier Andrés Acosta CIEPS-DEBOY - PT. Hernán Darío Torres Sánchez-SIPOL-DEBOY - PT. Sisa García Omar- SETRA-DEBOY - PT. Johana Tobito CODIN-DEBOY 19:05 Hace presencia el señor Oscar Orlando Motta Garavito teléfono 6776153 representantes CTI Tunja

19:10 Inicia videoconferencia con el señor Presidente de la República de Colombia Juan Manuel Santos para verificación de novedades a nivel nacional, asiste el señor CR. Jorge Luis Ramírez Aragón Director Incorporación, CR. Luis Enrique Roa Merchán Comandante Departamento de Policía Boyacá.

19:15 Se retira de las instalaciones PMU la señora Teniente Coronel. Elianne Katherine Gaitán Serrano Jefe de Sanidad del DEBOY, celular 320-8597727 Avantel 799 o 350-5546758, Jefe PMU.

19:17 Se da parte del Departamento de Policía Boyacá al señor Presidente de la República señor Juan Manuel Santos Calderón

La última anotación de la tarde que permite suponer enfrentamientos se registró a la 17:03 (5:03 pm) en la cual se da parte del restablecimiento del orden y la movilidad en la vía Tunja-Bogotá sector Tierra Negra, por la intervención del ESMAD 3 unidades conjuntas de la Policía Cundinamarca y Boyacá y aunque en horas posteriores 18:05 y 18:54 (6. 05 y 6:54 pm) se registraron nuevos bloqueos y la provocación de un accidente a unos motociclistas generado por el cruce de un cable, no se asentaron registros sobre enfrentamientos o la utilización de medios de disuasión.

La anotación elaborada en la noche, en la hora más próxima a la narrada por el actor es de las 19:24 (7:24 pm) en la cual se da cuenta de un nuevo bloqueo total, pero ocurrido en el sector Germania, que aunque cercano es diferente de Tierra Negra.

Lo anterior debe ser además apreciado en contexto con los registros de la Policía de Tránsito conforme al libro de anotaciones, que según fue resumido, tampoco atestó eventos o enfrentamientos para las 19.00 horas y el informe detallado de los agentes químicos y componentes de las armas no letales utilizadas por la Policía Nacional, respecto a los cuales se certificó por parte del Comandante de la Unidad de Escuadrones Móviles Antidisturbios que *“dichos elementos en sus referencias y composición dadas en las fichas técnicas por las empresas fabricantes no contienen “canicas o esferas de cristal”*; prueba que no fue controvertida por la parte demandante y que descarta la posibilidad de que la lesión sufrida en el rostro por el demandante haya sido ocasionada por algún tipo de proyectil, munición o elemento de uso policial.

Todo ello para señalar que la parte actora no pudo demostrar su presencia en el sitio donde se desarrollaba la protesta en la Vereda Puente de Boyacá, sector Tierra Negra; que a la hora indicada (7 de la noche) se hayan presentado disturbios o enfrentamientos entre manifestantes o entre la fuerza policial y el campesinado y tampoco que la Policía Nacional tuviera dentro de su arsenal de armas de letalidad reducida o disuasivas munición o componentes con el material identificado como “canica de cristal”.

Adicionalmente se indicará que las narraciones del actor son como lo indicó el apoderado de la entidad demandada contradictorias, pues en su versión frente a la Procuraduría Provincial de

Tunja el 5 de septiembre de 2013 (fls. 42 y 43) indicó que recibió la lesión en rostro con una bola de cristal el 19 de agosto de 2013 y que *“dure hasta el viernes con eso en la cara hasta que fui donde la doctora DIVA MARIA PEDRAZA...”* empero ante la Personería municipal de Ventaquemada en constancia realizada el día 9 de septiembre de 2013, señaló luego de referirse a la lesión sufrida a las 7 pm el día 19 de agosto de 2013 que *“como estaba herido me fui donde la enfermera DIVA MARINA PEDRAZA que vive y tiene su droguería en el Puente de Boyacá...después de 10 días no se me desinflamaba la cara la enfermera...me palpo...yo le autorice para que me hiciera una cirugía porque si iba a otra parte me demoraba mucho tiempo y no quería que me pasara nada malo...y con un bisturí de cirugía me abrió...y la sorpresa mía y de la enfermera fue de que después de 10 días me encontrara a dentro de la cara una canica o contra de vidrio...”*(f.44)– se destaca-

Así las cosas, se aprecia indudablemente que ante la Procuraduría las atenciones recibidas de la señora DIVA MARINA PEDRAZA se realizaron el viernes siguiente que conforme al calendario de la época sería el 23 de agosto de 2013, mientras que frente a la Personería la referida señora lo atendió el mismo día 19 de agosto y luego en una segunda ocasión 10 días después, expresando que no fue a otra parte porque *“lo demoraban mucho tiempo”*, por modo que para el momento de interponer la demanda se varía el argumento que justificó la atención por parte de la farmaceuta, para expresar que las vías se encontraban bloqueadas.

En este aspecto, obra en el plenario una certificación suscrita por la señora MARINA DIVA PEDRAZA en la cual indica que el 19 de agosto de 2013 el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN pidió auxilio en su establecimiento porque *“según su relato”* había sido herido en el paro agrario por un integrante del “SMAT”, con gas lacrimógeno que tenía *“canicas de cristal”*; precisó que le colaboró con primeros auxilios porque las vías estaban cerradas y que 12 días después realizó una cirugía donde extrajo un *“elemento”* sin indicar cuál, acotando que lo efectuó porque las vías permanecían bloqueadas.

En relación con este documento lo primero que habrá de advertirse es que su autora fue llamada a declarar sin que la parte actora propugnara por su comparecencia, situación que es de la más cara relevancia si se tiene en cuenta que pese a contenerse su versión en una *“certificación”* o *“documento”*, ello por sí solo no desfigura el sustrato del medio probatorio, pues se trata a no dudarlo de un testimonio, para cuyo perfeccionamiento se requiere el agotamiento de exigencias legales contenidas en los artículos 208 a 225 CGP y 187 y 188 (pruebas anticipadas) del CGP¹³.

En este aspecto el Tribunal Administrativo de Boyacá señaló¹⁴:

“Debe aclararse que las versiones no por contenidas en un escrito, dejan de ser testimonios para convertirse en prueba documental¹⁵.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, sentencia de 15 de junio de 2000, Actor: María Teresa Vengoechea de Peraza, Demandado: Santa Fe de Bogotá: *“...Ahora bien, las informaciones publicadas en diarios no pueden ser considerada dentro de un proceso como una prueba testimonial porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio, en particular porque no son suministradas ante un funcionario judicial¹³, no son rendidos bajo la solemnidad del juramento, ni el comunicador da cuenta de la razón de la ciencia de su dicho (art. 228 C.P.C.), pues por el contrario, éste tiene el derecho a reservarse sus fuentes.... Debe recordarse que el documento declarativo difiere de la prueba testimonial documentada. Por lo tanto, si bien el documento puede contener una declaración de tercero, el contenido del mismo no puede ser apreciado como un testimonio, es decir, la prueba documental en este caso da cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deben ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. ...”*.

¹⁴ Auto de 14 de julio de 2010, expediente 2000-02459 MP. DRA. CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ.

¹⁵ Manual de Derecho Probatorio, Jairo Parra Quijano, Ediciones Librería del Profesional 6ª Edición, 1996. pags 285 y 288: *“...A) Cuando el documento es meramente representativo, verbigracia una fotografía, no es posible separar lo representado del objeto que lo contiene. La*

Para la Sala, en cuanto el contenido vertido en el "documento" (cuerpo físico), corresponde a declaraciones sobre situaciones jurídicas y fácticas que no son propias del declarante, sino de terceros su eficacia es la de ser un testimonio o versión de ese tercero sobre un hecho o evento que le consta o no, por una situación dada. Esta naturaleza de la versión que se contienen en el escrito, no deviene en prueba documental declarativa porque se contenga en papel, pues de admitirse un criterio tal, se avalaría la fabricación de pruebas para lo que bastaría simplemente realizar manifestaciones privadas sobre situaciones de otros sin contradicción alguna y plasmarlas en un medio impreso, aun cuando el asunto no sea de la incumbencia ni del resorte del declarante.

Asunto distinto es que al proceso se aporten recibos, contratos, facturas, etc, que emanados de terceros contienen la indicación de situación jurídicas y hechos en las que el suscribiente intervine con el demandante o demandado o con otro tercero y tiene implicaciones para lo debatido en una causa judicial, por ejemplo la venta de muebles, ropa, joyas, el contrato de restauración de mobiliarios, a los que si se puede calificar verdaderamente como documentos declarativos emanados de terceros, regulado en el artículo 277 del C.P.C., en los que valga insistir, el suscribiente intervine porque es un asunto propio, dada la realización de un acuerdo, transacción u otro actor jurídico aun los unilaterales, en el marco de su autonomía, capacidad y voluntad jurídica.

En estas condiciones, a juicio de la Sala ningún valor probatorio tienen las declaraciones de GLORIA INES ALDANA y ERNESTINA BARON LEAL, pues como testimonios no fueron sometidos a los trámites legales establecidos en las normas procesales atrás indicadas.

Ahora bien, para reforzar las conclusiones anteriores, quiera la Corporación señalar que aun cuando la doctrina ha considerado que en los documentos privados de tipo declarativo emanadas de terceros, pueden contenerse testimonios que pueden ser apreciados por el juzgador¹⁶, ello en manera alguna supondría que deban ser aceptados sin juicio o crítica alguna para establecer su valor suasorio, pues se ha dicho "Qué sucede si se presenta un documento declarativo proveniente de un tercero y la parte contra quien se aduce no solicita la ratificación? Pues sencillamente que sea apreciada, claro está, tal conducta no significa de ninguna manera que la parte esté aceptando lo que dice el documento, sino que seguramente tratará de desvirtuar su contenido (testimonio) con otros medios probatorios..."¹⁷

Pero si no bastara lo anterior, debe decirse que la suscribiente a lo sumo podría dar cuenta de las actividades que realizó en el rostro del hoy demandante, las cuales son posteriores al suceso cuyo esclarecimiento se pretende en este proceso y por dicha vía, necesariamente debiera concluirse que no es apto para edificar la responsabilidad que se imputa a la entidad demandada, pues claro lo dejó la señora PEDRAZA, en lo tocante a las lesiones se guía "según su testimonio"

Se adicionará a lo anterior que la justificación para que el señor RODRIGUEZ MERCHAN no acudiera a un centro médico asistencial no es creíble, pues siguiendo las anotaciones de la bitácora aportada por la Policía Nacional, se constata que el 20 de agosto de 2013 se podía transitar por la vía Ventaquemada – Tunja, al respecto se destacan lo siguiente:

01:30 Informa la central de radio, el reporte de las unidades; así: |] Distrito Nueve de Policía Villa de Leyva vía Cucaita – Desaguadero - Peaje Sachica CIERRE TOTAL de la vía principal al Mando del señor

fotografía de una pareja de enamorados, no puede concebirse sin el objeto que la contiene, esto es, la imagen sin el objeto no existe. B) Cuando el documento es declarativo, es posible separar el contenido del objeto que le sirve de recipiente. Una escritura pública (objeto), puede contener unas declaraciones de voluntad que se refieran a un contrato de compraventa. Si independizamos la declaración del objeto que la contiene, aquella puede ser enjuiciada por las causas previstas en los artículos 1740 y siguientes del C.C.. El objeto (escritura) puede ser enjuiciado independientemente de la declaración que contengapor los artículos 99 y 100 del Decreto 960 de 1970....Emilio Belli.: "El criterio que distingue la declaración de la respectiva documentación, se funda sobre el diverso carácter del resultado al que una y otra concurren; psíquico para la declaración....; físico para la documentación"

¹⁶ "Expliquémoslo, inicialmente, con un ejemplo, se trata de un proceso ordinario que tiene como demandante a A y como demandado a B; A aporta al proceso un documento que dice: "Fago constar que el día 2 de diciembre de 1984, observé que el vehículo marca Renault, de color rojo, con placas ED-2628, fue estrellado por la parte de atrás por la volqueta de placas EN-0085, conducida por el señor Z. El escrito aparece firmado por C. [...] Repárese que este documento no es más que un testimonio, que no ha sido recibido, ni siquiera en forma anticipada, por el órgano jurisdiccional, el que, por la misma razón, carece de la solemnidad del juramento; entonces podrá ser apreciado en el proceso por el juez sin necesidad de que se reciba ratificación del mismo, salvo que la parte contraria a la aportante solicite la misma. [...] En el evento de que la parte contraria a la aportante solicitante la ratificación, quien la aportó debe hacer las diligencias para que el 'testigo' comparezca y debe indicar el lugar donde se puede notificar. Si en ese evento no se puede hacer la ratificación, no se podrá apreciar este testimonio, porque la solicitud de ratificación nos está indicando que la parte contraria quiere ejercer su derecho de contradicción. En caso de que no haga la manifestación anterior, ello indica que está conforme con lo dicho por la persona autora del documento declarativo. [...] Ratificar no significa, en ningún caso, leerle al testigo su declaración precedente, para saber si está de acuerdo con ella, sino de la que se trata es de recibírsela como sino existiera ninguna versión anterior, es decir se debe recibir el testimonio para que el solicitante de la ratificación pueda ejercer el derecho de contradicción...": Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio pg. 547, 548, décima séptima edición, librería ediciones del profesional, 2009.

¹⁷ Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio pg. 549 citado.

CT. Alvaro Pabon Mora- Celular: 3213946389. ... Distrito Cuarto de Policía Duitama vía Belén –Soata cierre total vía principal sector la Capilla al ando del señor MY. Alvaro Giovanni Bueno Sarmiento Celular: 3213943682. ... **Vía nacional Tunja – Bogotá sector Puente Boyacá, paso restringido por escombros**, al mando de TC. Omar Bonilla Sepulveda Celular: 3213944575 – Avantel: 13*6477. El resto de unidades policiales sin novedad hasta el momento.

(...)

03:30 La central de radio reporta el jefe de turno, el listado de los ciudadanos que resultaron lesionados, por la participación en las protestas; así:

- ☐ En el sector de Tierra Negra, el señor Leonardo Ramos Pulido identificado con cédula de ciudadanía 72326736 resulta lesionado, el cual ingresa al Hospital San Rafael quien presenta herida en la cabeza y espalda.
- ☐ En el sector de Tierra Negra, el señor Alirio Gaona Pulido identificado con cédula de ciudadanía 72326720 resulta lesionado, el cual ingresa al Hospital San Rafael quien presenta herida en la cabeza y espalda.
- ☐ En el sector de Tierra Negra, el señor Camilo Pulido Peña identificado con cédula de ciudadanía 1057463286 resulta lesionado, el cual ingresa al Hospital San Rafael quien presenta lesión en la cabeza y pierna izquierda.
- ☐ En el sector de Tierra Negra, el señor Víctor Leonel Sanabria identificado con cédula de ciudadanía 1057464312 resulta lesionado, el cual ingresa al Hospital San Rafael quien presenta lesión en el muslo de la pierna izquierda.
- ☐ En el sector de Tierra Negra, el señor Alvaro Vargas Luis identificado con cédula de ciudadanía 1069304820 resulta lesionado, el cual ingresa al Hospital San Rafael quien presenta lesión en la cabeza y brazos.
- ☐ En el sector de tierra Negra, el señor Luis Eduardo Pulido Callejas identificado con cédula de ciudadanía 7163346 resulta lesionado, el cual ingresa al Hospital San Rafael quien presenta incisura media en el cubito izquierdo.
- ☐ En el sector de Puente Boyacá el señor José Angel Espinoza Sánchez identificado con cédula de ciudadanía 17163204 resulta lesionado, con un impacto con arma de fuego con orificio de entrada y salida pierna derecha, confirma la clínica de Salucoop.

04:20 La Patrulla de Tránsito y Transporte PT Forero Díaz Wilson **reporta a la central del radio normalidad en la vía Puente Boyacá – Bogotá**

(...)

Los anteriores registros permiten al Juzgado entender que si bien se presentaron disturbios en la vía, también se verificó recuperación parcial en la normalidad de la circulación que permitió la habilitación temporal en el desplazamiento, situación que hubiera permitido sin asomo de duda al señor RODRIGUEZ MERCHAN, acercarse al Centro de Salud del Municipio de Ventaquemada o a un Hospital en la Ciudad de Tunja en busca de la atención medica idónea que requería la lesión en cara, presuntamente infligida en las manifestaciones, como lo hicieron muchos de los ciudadanos que vieron afectada su integridad personal y que se trasladaron al Hospital San Rafael de Tunja y Clínica Saludos de la ciudad de Tunja, los cuales fueron relacionados en la bitácora.

Desconoce el Juzgado si aquellos ciudadanos fueron trasladados a estas Instituciones por la Policía Nacional o arribaron por sus propios medios, no obstante cualquiera fuera la forma en que ello se verificó, la situación descrita permite concluir que: i) si fue posible el Desplazamiento en la vía Ventaquemada – Tunja en horas de la madrugada y mañana del 20 de agosto de 2013 y que ii) en tal virtud el actor podía procurarse la atención medica por si mismo o incluso con el auxilio de la fuerza pública si así lo hubiera deseado, pues tiene el deber constitucional de prodigar ayuda en estos casos, sin que el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN hubiese probado lo contrario, es decir que reclamada le hubiere sido negada.

No sobra añadir que según las bitácoras también hubo paso en la mencionada vía el 21 de agosto de 2013, anotaciones de la 01.00, las 5:05 am caravana escoltada; 7:50; 10:00 am salida de caravana desde el peaje hasta Tunja: 12:30 am otra caravana escoltada desde el

Peaje a Tunja; 16:00 otra caravana escoltada en el mismo recorrido; 21:00 caravana escoltada Peaje- Tunja.

El 22 de agosto de 2013, se reportó bloqueo a las 5.37 a las 11:30 se reporta llegada de caravana al Peaje; 13:05 se reporta salida de caravana desde el Peaje hasta la ciudad de Tunja; 16:00 se registra movimiento de una nueva caravana escoltadas; 16.06 se reporta que la vía esta desbloqueada. El 23 de agosto de 2013 a las 9.30 se reporta vía desbloqueada y con esa aleatoriedad en los días subsiguientes.

Retomando se concluirá entonces, que el señor JOSE DELFIN RODRIGUEZ MERCHAN no probó los hechos en que edificó la demanda, relacionados con su presencia en las manifestaciones, la agresión policial supuestamente producida el 19 de agosto de 2013 a las 7 pm, el uso de la canica de cristal como componente de armas usadas por los policiales pertenecientes al ESMAD, ni tampoco la imposibilidad de acudir a un centro asistencial para tratar la lesión supuestamente ocasionada en su rostro ese día, con ese elemento y en el contexto alegado, haciendo imposible imputar a la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA POLICIA NACIONAL el hecho causante del reputado daño. En ese sentido, ha señalado el Consejo de Estado¹⁸, en reciente pronunciamiento, lo siguiente:

En cuanto concierne a la imputación, se tiene que el daño antijurídico puede ser **atribuido** a la administración pública, **en la medida en que lo haya producido por acción u omisión**, pues, precisamente, la imputación es la posibilidad de atribuir un resultado o hecho **al obrar de un sujeto**.

Cualquier tipo de análisis de imputación supone, *prima facie*, un estudio en términos de **atribuibilidad material** (*imputatio facti*), 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 en sentido jurídico porque pertenece al concepto o posibilidad de referir un acto a la **conducta humana**, que es lo que se conoce como **imputación**.

De otro lado, la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o subjetiva) supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí intervienen los **títulos de imputación** que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida, tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política¹⁹.

(...)

Ahora bien, como se precisó en precedencia, para que opere la responsabilidad patrimonial del Estado no es suficiente con que el daño le sea atribuible en el plano fáctico, sino que, además, es indispensable que se verifique la existencia de un título jurídico de imputación (*imputatio iure*) o régimen de responsabilidad que fundamente la obligación resarcitoria. (...) - se destaca-

De donde se puede establecer que en el sub examine, no es posible imputar jurídicamente el resultado dañoso, porque ni siquiera surge clara atribución material del hecho por acción de la fuerza pública como ha sido ampliamente sustentado. De esta manera además, no será necesario ahondar en precisiones respecto a los restantes elementos de la responsabilidad, como lo sería el componente subjetivo de la falla del servicio, dado que la relación de causalidad es componente necesario y esencial en cualquier de los títulos de imputación, por modo que al no hacerse explícita en este asunto, las suplicas de la demanda independientemente del régimen de responsabilidad que se use están llamadas a fracasar.

¹⁸ Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E). Radicación número: 05001-23-31-000-2001-02300-01(39354). Sentencia de 12 de octubre de 2017.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de julio 12 de 1993, expediente 7622, M.P. Carlos Betancur Jaramillo.

Respecto a la imputación como elemento común a las diferentes estructuras de responsabilidad se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 9 de mayo de 2011²⁰:

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la **imputación** del mismo a la administración pública²¹ tanto por la acción, como por la omisión. Dicha imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar: i) la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional), y; adicionalmente a lo anterior, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado.

(...)

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad²², según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el **sustento fáctico y la atribución jurídica**²³. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁴.

(...)

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). – se destaca-

Finalmente, no puede perderse ocasión para puntualizar que la carga de la prueba para la demostración de todos los elementos de la responsabilidad y especialmente de los objetivos como la existencia del hecho y la relación de causalidad son de la parte promotora, de manera que no asumirla de forma prolija conduce inexorablemente a la negativa de las pretensiones de la demanda²⁵.

“No obstante lo anterior, considera la Sala que por las lesiones padecidas por el señor Wilmar Alejandro Gallego Gil **no puede serle atribuida** responsabilidad patrimonial a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en atención a que en el expediente **no obra prueba alguna que arroje claridad acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrieron las lesiones en comento; es decir, si bien se encuentra probado el daño alegado por la parte actora, lo cierto es que no están presentes los demás elementos de la responsabilidad: una conducta –activa u omisiva– de la Administración y el nexo causal entre esta y el daño**, motivo por el cual **no es posible proceder a imputar dicho daño a la entidad pública demandada**.

(...)

Por tanto, forzoso resulta concluir que no existe criterio de causalidad que permita vincular la conducta o comportamiento del Ejército Nacional para con los actos o hechos que produjeron el daño, por lo que en el caso que ahora se examina, se torna estéril cualquier examen de los fundamentos o sistemas de responsabilidad, objetivos o tradicionales, pues se está en presencia de una **falta absoluta de causalidad del hecho dañoso que pudiere ser imputable al Estado**²⁶ y aquellos encuentran fundamento y razón de ser solo

²⁰ SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicación número: 54001-23-31-000-1994-08654-01(19976)

²¹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatiojuris’ además de la ‘imputatiofacti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993

²² 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 leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputationiudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatioiudicatoria)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35.

²³ 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 25 de marzo de 2003.

²⁴ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas u preceptivas”. MR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación ajetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [http://criminet.org.es/recpc], pp.6 y 7.

²⁵ Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: DR. MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO (E), sentencia de 28 de septiembre de 2017, expediente: 66001-23-31-000-2006-00630-01(41708)

²⁶ Respecto de la imputación como elemento de responsabilidad del Estado, en casos similares al que hoy se analiza, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido: “Más allá de la compleja cuestión relacionada con la identificación de los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado u partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, incluso frente a supuestos que han dado lugar a comprensiones –al menos en apariencia– dispares en relación con dicho extremo, la Sala ha reconocido que con el propósito de dilucidar si procede, o no, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado en cualquier supuesto concreto, resulta menester llevar a cabo tanto un análisis fáctico del proceso causal que, desde el punto de vista ontológico o meramente naturalístico, hubiere conducido a la producción del daño, como un juicio valorativo en relación con la posibilidad de imputar o de atribuir jurídicamente la responsabilidad de resarcir el perjuicio causado a la entidad demandada; dicho en otros términos, la decisión judicial que haya de adoptarse en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado en un caso concreto debe venir precedida de un examen empírico del proceso causal que condujo a la producción del daño, de un lado, y, de otro, de un juicio, a la luz de los diversos títulos jurídicos de imputación aplicables, en torno a la imputabilidad jurídica de dicho daño a la entidad demandada. “En consecuencia, no debe desdeñarse la importancia de precisar con mayor rigor, en el plano jurídico del Derecho de Daños, el concepto filosófico de causa, toda vez que en esta parte del universo del Derecho dicha noción ‘no se trata para nada de causa y efecto, en el sentido de las ciencias naturales, sino de si una determinada conducta debe ser reconocida como fundamento jurídica suficiente para la atribución de consecuencias jurídicas, o sea de la relación de fundamento a

cuando el daño antijurídico le es imputable a la Administración, cuestión que no se configuró en el evento *sub-examine* y, por ello, se releva al juzgador de ese tipo de análisis²⁷.

Así las cosas, no puede olvidarse que al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, según el cual “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, constituía una carga procesal de la parte actora demostrar las imputaciones hechas por ella en la demanda, a partir de las cuales pretendió que se declarara responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por las lesiones del señor Wilmar Alejandro Gallego Gil y que se la condenara a una cuantiosa indemnización de perjuicios a su favor; sin embargo, la parte actora no cumplió con dicha carga y la consecuencia de su falencia no puede ser otra que la negación de las súplicas de la demanda por ella promovida²⁸. – se destaca-

4.4. Costas

Guiado el Juzgado por el Criterio objetivo valorativo para la imposición de costas procesales, esbozado entre otras providencias en la sentencia de 7 de abril de 2016, emitida por el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, en el radicado 1291-2014, en el presente asunto, considera el Despacho que hay lugar a su imposición pues al margen de cualquier consideración subjetiva en torno al comportamiento de las partes, es evidente que la parte vencedora, en este caso la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL ha tenido que incurrir en gastos de defensa judicial, expresados tanto en recursos físicos (papelería, cds, etc) como en la contratación de apoderados para la defensa de sus intereses, no obstante, para la fijación de las agencias en derecho tratándose la parte vencida de un particular, el Juzgado considera razonable imponerlas en proporción del 1% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura equivalente a SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$ 644.350) en favor de la entidad demandada, las cuales se liquidaran de conformidad con lo establecidos en los artículos 365 y 366 del CGP-.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral De Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

FALLA:

1. **Niéguense** las pretensiones de la demanda instaurada por JOSÉ DELFÍN RODRÍGUEZ MERCHÁN, KAREN LIZETH RODRÍGUEZ SOSA, YULIET TATIANA RODRÍGUEZ SOSA, DJOKOVIC FRED RODRÍGUEZ HEREDIA, ALBA YANETH HEREDIA, DIODELINA MERCHÁN RODRÍGUEZ, PARMENIO RODRÍGUEZ QUIROGA Y MARÍA ADELAIDA HEREDIA, contra la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA

consecuencia”. Consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 11 de febrero del 2009, expediente: 17.145 y del 20 de mayo del mismo año, expediente. 17.405, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

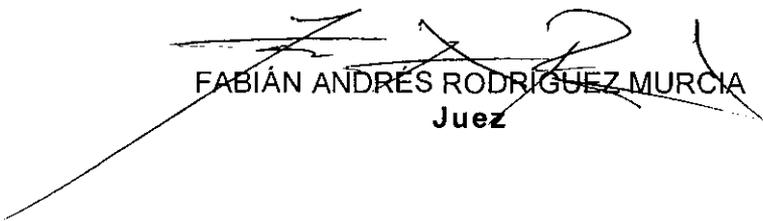
²⁷ En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, expediente. 165.16 y del 4 de junio del 2008, expediente. 16.643. MP. Enrique Gil Botero.

²⁸ Sobre el particular, conviene recordar de manera más detallada lo expuesto por el tratadista Devis Echandía respecto de dicho concepto: “*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 evitiándole 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 den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechas, para evitarse las consecuencias desfavorables.*” *Ídem*. pág 406.

NACIONAL de acuerdo a las motivaciones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

2. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, y de conformidad con la motivación expuesta se condena en costas a la parte vencida, esto es al señor JOSÉ DELFÍN RODRÍGUEZ MERCHÁN y demás demandantes y en favor de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL. Como agencias en derecho se fijan de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 1887 de 2003, en favor de esta entidad el 1% de la cuantía que sirvió para determinar la competencia, equivalente a SEISCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$ 644.350), cuya liquidación se sujetará a lo dispuesto en los artículos 365-366 del C.G.P.
3. En firme ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.


FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ MURCIA
Juez

JUZGADO DECIMO ORAL ADMINISTRATIVO TUNJA	
NOTIFICACIÓN POR ESTADO EL AUTO ANTERIOR SE NOTIFICO POR ESTADO	
No. <u>51</u>	DE MAY. <u>01/12/12</u>
SECRETARIO(A)	

