

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Consejera ponente (E): MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 5000-23-31-000-2007-00087-01 (42522)

Actor: JAMES DAVID OSPINA PABÓN Y OTROS

Demandado: NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / muerte de menor por intoxicación / daño no imputable a la administración / ausencia probatoria / inexistencia de falla en el servicio.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 21 de junio de 2011, por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 16 de marzo de 2005, el menor Diego Alexander Osorio Urrego se encontraba jugando con sus hermanos en el patio de su casa, ubicado en la finca Los Mangos, jurisdicción de Puerto Rico Meta, cuando a unos 8 metros encontró “unas latas de comida” abandonadas, se llevó a la boca una de ellas y sufrió una intoxicación que le ocasionó la muerte.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante demanda presentada el 15 de marzo de 2007¹ (fl. 1, c. 1) por conducto de apoderado judicial (fls. 1-3 c.1), el señor James David Osorio Pabón y la señora Sandra Milena Urrego actuando en nombre propio y en representación de sus hijos Maiki Steven y Natalia Zharick y las señoras Nelcy Pabón de Hernández y María Oliva Lizarazo Puentes, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, por lo perjuicios de orden moral y material que, afirmaron, les fueron causados como consecuencia de la muerte de su hijo, hermano y nieto Diego Alexander Osorio Urrego, ocurrida el 16 de marzo de 2005, en Puerto Rico, Meta.

En concreto, los demandantes solicitaron que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA. La Nación Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional son responsables administrativamente y extracontractualmente de todos los daños antijurídicos tanto morales como materiales ocasionados, con motivo del fallecimiento del menor Diego Alexander Osorio Urrego, ocurrido el día 16 de marzo de 2005, en la finca los Mangos, Jurisdicción de Puerto Rico-Meta a causa de una intoxicación al lamer una lata de comida dejada por el Ejército Nacional cuando acantonó en los predios aludidos.

SEGUNDA. LA NACIÓN COLOMBIANA- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL pagará a mis poderdantes como perjuicios morales las siguientes sumas:

Para la madre la cantidad equivalente al valor de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales según trata el artículo 97 del Código Penal.

Para el padre la cantidad equivalente al valor de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales según trata el artículo 97 del Código Penal.

Para cada uno de sus hermanos MAIKI STEVEN Y NATALIA ZHARICK OSORIO URREGO, la cantidad equivalente al valor de cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales según trata el artículo 97 del Código Penal.

Para la abuela paterna NELCY PABÓN DE HERNÁNDEZ, la cantidad equivalente el valor de doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes según trata el artículo 97 del Código Penal.

Para la abuela materna MARÍA OLIVA LIZARAZO PUENTES, la cantidad equivalente el valor de doscientos (200) salarios mínimos legales vigentes según trata el artículo 97 del Código Penal.

Vale la pena aclarar que al momento de [la muerte del menor] DIEGO ALEXANDER OSORIO URREGO, este vivía con sus padres y todos sus hermanos en la finca Los Mangos jurisdicción de Puerto Rico- Meta, en un lugar lleno de amor y bajo una relación de afecto familiar que solo fue roto bruscamente con la muerte del menor, produciéndose entonces un intenso dolor compartido por todos, muy difícil de superar. La madre por la ausencia de su menor hijo requirió de ayuda psicológica, al presentar depresión, pero su tratamiento se vio truncado por la falta de recursos económicos. Según consta en el informe psicológico de fecha de noviembre 28 de 2006 suscrito por la Psicóloga Clínica Ana Victoria Mogollón.

¹ En el plenario no obra constancia de recibido, sin embargo, se pudo deducir que el día de presentación es el mismo del acta individual de reparto de fecha 15 de marzo de 2007.

TERCERA. Condenar a la Nación-Colombiana- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional a pagar a favor de JAMES DAVID OSORIO PABÓN Y SANDRA MILENA URREGO LIZARAZO, como padres de la víctima los perjuicios materiales sufridos con motivo de la muerte de su hijo DIEGO ALEXANDER OSORIO URREGO teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- 1. La víctima DIEGO ALEXANDER OSORIO URREGO, al momento de su muerte tenía cuatro años, un mes, veintinueve días habiendo nacido el día 17 de enero de 2001, pudiendo haber alcanzado su mayoría de edad a los trece años y diez meses un día después (sic)*
- 2. Si tomamos como vida probable de los padres JAMES DAVID OSORIO PABÓN y SANDRA MILENA URREGO LIZARAZO, 70 años, según las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria, menos sus 29 y 25 años respectivamente que tenían al momento de la muerte de su hijo y la edad de la víctima a la cual alcanzaría su edad productiva, tendríamos entonces un periodo productivo de 41 y 35 años equivalentes a 492 y 420 meses respectivamente.*
- 3. Si al anterior periodo de 492 y 420, le aplicamos un ingreso de un salario mínimo legal al momento de la muerte del menor que para fecha de 16 de marzo del 2005 (\$381.500) nos da un gran resultado de \$ 347.928.000.*
- 4. Como se trata de una familia de escasos recursos económicos en un medio pobre, por regla general los hijos ayudan económicamente a sus padres. En tales condiciones y haciendo una deducción de 48.360.000 de la cifra anterior y como gastos de la subsistencia de la víctima, tendríamos entonces, como perjuicios materiales para condenar a las accionadas, y pagar a favor de JAMES DAVID OSORIO PABÓN y SANDRA MILENA URREGO LIZARAZO, en calidad de padres de la víctima la suma de cuarenta y ocho millones trescientos sesenta mil pesos (\$48.360.000)*
- 5. Los gastos funerarios en que incurrió la familia del menor DIEGO ALEXANDER OSORIO URREGO Q.E.P.D, por el valor de cinco millones de pesos (\$5.000.000), según consta en la factura expedida por la empresa funerales del Oriente en Pto Lleras –Meta de fecha 17 de marzo de 2005.*

CUARTA. Que la sentencia sea cumplida según lo ordenado por los art 174,176, 177 y 178 del C.C.A

Como fundamentos fácticos en la demanda, la parte actora narró:

El 16 de marzo de 2005, el menor Diego Alexander Osorio Urrego se encontraba jugando con sus hermanos en el patio de su casa, ubicada en la finca los Mangos, vereda Las Palmeras, jurisdicción de Puerto Rico Meta, cuando a unos 8 metros encontró unas latas de comida abandonadas por el Ejército Nacional, se llevó a la boca una de ellas, lo que le causó intoxicación.

El señor James David Osorio llevó de inmediato a su hijo a Puerto Toledo para que le brindaran una atención rápida. Al llegar al caserío encontraron un retén del Ejército Nacional, por lo cual el padre del menor solicitó ayuda de su personal médico sin obtener atención alguna; continuaron el camino, a pesar de que el menor se encontraba en grave estado de salud; cuando insistió en pedir la colaboración a las fuerzas

armadas, esta le fue negada. Cuando llegaron al hospital de Puerto Toledo el menor ya había fallecido.

La Fiscalía 39 Seccional de San Martín-Meta adelantó investigación por el fallecimiento del menor y encontró en el informe de laboratorio de toxicología forense, que en la muestra de sangre del menor se halló Carbofuran².

Con anterioridad a los hechos narrados, brigadas móviles antiguerrillas del Ejército Nacional acamparon en la finca Los Mangos, vereda Las Palmas, jurisdicción de Puerto Rico-Meta, una vez se retiraron del sitio, quedaron recipientes de comida enlatada a la intemperie.

2. Trámite en primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia de 24 de abril de 2007 (fol. 61 c. 1), la cual se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público (fol. 66 c. 1).

La parte accionada contestó oportunamente la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma. Adujo que no se cumplían los elementos requeridos para la prosperidad de las pretensiones porque no era posible aplicar una responsabilidad por falla del servicio ante la ausencia de pruebas (fls. 69-71 c.1).

El Ministerio Público guardó silencio.

Mediante auto de 18 de febrero de 2008, se abrió el proceso a pruebas y, una vez concluido el término probatorio, mediante proveído de 27 de abril de 2010 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo (fls. 81 y 141 c. 1).

En su concepto, el Ministerio Público advirtió que la parte demandante no cumplió con su carga probatoria por lo que solicitó negar las pretensiones de la demanda, dado que no se acreditó la relación de causalidad entre la muerte del menor y la conducta activa u omisiva que se le imputa a la parte demandada (fls. 144-149 c. 1).

² Insecticida-nematicida; al aplicarlo al suelo es absorbido por las raíces y transportado por el xilema hacia la parte aérea. Furadan 4F es eficaz para controlar insectos comedores de hojas, barrenadores de suelos, perforadores de plantas tiernas y picadores chupadores. <http://www.farmagro.com.pe/p/furadan-4f-pf/>

A su turno, la parte actora reiteró lo señalado en la demanda, pero agregó que en las declaraciones de los señores Jhon Jairo Gómez y Elver Calderón se hizo referencia a que ellos encontraron material probatorio que permitía evidenciar que la brigada móvil sí estuvo en la vereda Las Palmas (fls. 155-156 c. 1).

La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

3. La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 21 de junio de 2011, el Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión, consideró que no era posible establecer que la muerte del menor era imputable a la “negligencia” del Ejército Nacional. El siguiente fue el razonamiento del *a quo*:

Al respecto, vale la pena indicar que a pesar de que en el expediente reposan fotografías que dan cuenta del material dejado en la finca Los Mangos por miembros de las fuerzas militares, no es posible asegurar que el lugar allí fotografiado sea aquel en el cual ocurrieron los hechos que llevaron a la muerte al menor DIEGO ALEXANDER OSORIO URREGO, razón por la que no se tendrá en cuenta dicha prueba.

(...)

Considera la Sala que el daño indicado por los demandantes no es imputable a la Nación en razón a que no se demostró ni la causa de la muerte, ni que dicha muerte fuese efectivamente por la negligencia del Ejército, razones por las cuales se negaran las pretensiones de la demanda (fls 158-169 c.1).

4. El recurso de apelación

De manera oportuna³, la parte actora señaló que las fuerzas Militares acamparon en la vereda las Palmas, Jurisdicción Puerto Rico Meta y que las mismas dejaron recipientes de comida enlatada a la intemperie, el menor llevó a su boca una de las latas, lo cual le provocó una intoxicación que generó su muerte. Insistió en que en la sangre del menor se halló la sustancia denominada como Carbofuran.

Asimismo, indicó que no le prestaron ayuda al menor, sostuvo que el daño antijurídico y la falla del servicio por parte del Ejército se encontraron acreditados, de allí que debió declararse la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada; afirmó que las

³ El recurso fue presentado y sustentado el 22 de julio de 2011, esto es, dentro del término otorgado para tal fin, había de cuenta de que aquel fenecía el 2 de agosto de 2011.

fotografías y los testimonios obrantes en el expediente dan cuenta de las latas y otros materiales dejados por el Ejército. (fls. 170-171 c. ppal).

5. Trámite de segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal *a quo* a través de auto de 2 de septiembre de 2011 (fol. 174 c. ppal.), admitido por esta Corporación el 9 de diciembre de 2011 (fol. 179 c. ppal.) y, en providencia de 20 de enero de 2012 (fol. 181 c. ppal.), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

En esta oportunidad procesal, la parte demandada se pronunció para señalar que no existen hechos probados que permitan inferir que el menor murió por una conducta atribuible a ella, por lo que solicitó que se confirme la providencia de primera instancia (fls.185-190 c. ppal).

El Ministerio Público guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2011 por el Tribunal Administrativo del Meta, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, toda vez que la demanda se presentó el 15 de marzo de 2007⁴ y la suma de las pretensiones equivale a 3800 SMMLV⁵, por concepto de perjuicios morales, mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de 500 SMMLV⁶.

⁴ En el plenario no obra constancia de recibido, sin embargo, se pudo deducir que el día de presentación es el mismo del acta individual de reparto de fecha de 15 de marzo de 2007.

⁵ Dado que el recurso de apelación se interpuso el 22 de junio de 2011, de conformidad con el artículo 164 de la Ley 446 de 1998, debe aplicarse la Ley 1395 de 2010 para efectos de establecer la cuantía del libelo, lo que significa que deben sumarse las pretensiones.

⁶ Artículo 40. Ley 446 de 1998.

2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁷, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos

En el presente asunto la responsabilidad administrativa que se reclama en la demanda se originó en los daños que se alegaron sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte del menor Diego Alexander Osorio Urrego, en hechos ocurridos en la finca los Mangos, vereda las Palmas, jurisdicción de Puerto Rico Meta, el 16 de marzo de 2005 y, habida cuenta de que la demanda se interpuso el 15 de marzo de 2007, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley.

3. Legitimación en la causa

3.1. Por activa

Con ocasión del daño que originó la presente acción, concurrieron al proceso los señores James David Osorio Pabón y Sandra Milena Urrego actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores Maiki Steven y Natalia Zharick Osorio Urrego, igualmente las señoras Nelcy Pabón de Hernández y María Oliva Lizarazo Puentes (fls.15-21 c.1) pues a partir de los registros civiles de nacimiento aportados al plenario⁸,

⁷ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: “Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”.

⁸ “...en vigencia del artículo 347 del C.C., y la Ley 57 de 1887, el estado civil respecto de personas bautizadas, casadas o fallecidas en el seno de la Iglesia, se acreditaba con los documentos tomados del registro del estado civil, o con las certificaciones expedidas por los curas párrocos, pruebas que, en todo caso, tenían el carácter de principales. Para aquellas personas que no pertenecían a la Iglesia Católica, la única prueba principal era la tomada del registro del estado civil. Con la entrada en vigencia de la Ley 92 de 1.938 se estableció la posibilidad de suplir la falta de las pruebas principales por supletorias. Para acudir a éstas últimas, era necesario demostrar la falta de las primeras. Esta demostración consistía en una certificación sobre la inexistencia de la prueba principal, expedida por el funcionario encargado del registro civil, que lo era el notario, y a falta de éste, el alcalde. Por su parte, el Decreto 1260 de 1970 estableció como prueba única para acreditar el estado civil de las personas, el registro civil de nacimiento”. Sentencia de 22 de abril de 2009, exp. 16.694. M.P. Myriam Guerrero de Escobar, reiterada por esta Subsección en sentencia de 9 de febrero de 2011, exp. 19.352, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

acreditaron su condición de padres, hermanos y abuelas del menor fallecido. Por lo cual están todos legitimados en la causa por activa en el presente asunto.

3.2. Por pasiva

En cuanto a la legitimación por pasiva, se tiene que la demanda se presentó en contra de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional-, la cual tiene interés en controvertir las pretensiones, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, dado que sobre esta repercutirán las eventuales consecuencias patrimoniales derivadas del supuesto daño antijurídico al que se refiere el libelo.

4. Cuestión previa: Prueba trasladada y valoración de fotografías

Previo a continuar con el análisis del recurso de apelación, debe aclararse que fue allegado al presente proceso constancia de la Fiscalía Treinta y Nueve delegada ante el Juez Promiscuo del Circuito de San Martín Meta (fol. 35 c.1), en la cual se indicó la fecha en la que ocurrió la muerte del menor y su causa; también se allegó el protocolo de necropsia n.º 010-2005 (fls. 41-46 c. 1) y el informe de toxicología forense n.º 71644 (fls. 42- 43 c. 1), ambos documentos provenientes del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en los cuales se concluyó que en la sangre del menor había muestra de Carbofuran; asimismo se trajeron al expediente, el acta de inspección de cadáver n.º 006 de 16 de marzo de 2005, en la cual también se dio cuenta de la presencia de la sustancia química (fls. 47-48 c.1).

Esas pruebas, decretadas mediante auto de 18 de febrero de 2008 (fls. 81- 84 c. 1), gozan de valor probatorio porque estuvieron a disposición de la parte contra la cual se aducen y corresponden a informes oficiales.

Se advierte que, el Tribunal *a quo* ordenó la práctica de inspección judicial (fol. 81. c. 1) en la finca Los Mangos, vereda Las Palmas, jurisdicción de Puerto Rico, pero el perito solicitó el aplazamiento, por los problemas de orden público que se presentaban en ese momento. Con posterioridad, la parte actora desistió de su realización (fol. 130 c. 1).

Además, se valorarán las copias simples aportadas por las partes, de acuerdo a la jurisprudencia unificada de esta Sección⁹, en aplicación del principio constitucional de

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera -Sala Plena- sentencia de 28 de agosto de 2013. C.P.: Enrique Gil Botero. Radicado número: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25.022). La Corte Constitucional, en su

buena fe, toda vez que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandada y porque frente a ellas se surtió y garantizó el principio de contradicción.

En relación con las fotografías allegadas al proceso por el demandante con las que pretende demostrar el estado en el que se encontraba el supuesto lugar de ocurrencia de los hechos, advierte la Sala que en las mismas sólo se observan desechos, sin que sea posible determinar su origen, tampoco el lugar o la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso¹⁰.

También se cuenta en el proceso con los testimonios recibidos por el *a quo* de los señores Jhon Jairo Gómez Gómez y Elver Calderón Luna, quienes manifestaron que les constaba la presencia del Ejército en inmediaciones de la finca Los Mangos, en la vereda Las Palmas, del municipio de Puerto Rico, Meta, así como de haberse enterado de que la muerte del menor Diego Alexander¹¹ “*se produjo por lamer una lata que tenía Carbofuran*” (fls. 104-112 c. 1).

5. Problema jurídico

La Sala examinará si en el presente asunto se configuraron los elementos para declarar la responsabilidad de la Nación- Ministerio de Defensa-Ejército Nacional por una falla en la prestación de los servicios a su cargo, en este caso relativos a la omisión de la entidad al dejar unas latas en la finca Los Mangos, que supuestamente estaban contaminados con un insecticida nematocida¹² llamado Carbofuran¹³.

6. Análisis de la Sala

idéntico sentido reconoció valor probatorio a las copias simples en sentencia de unificación SU-774 del 16 de octubre de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.

¹⁰ Corte Constitucional, 6 de diciembre de 2013, expediente T-4010962, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, en el mismo sentido, sentencia de la Corte Constitucional, 29 de marzo de 2012, expediente T-269, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ En auto de 18 de febrero de 2008 el Tribunal Administrativo del Meta comisionó al Juez Promiscuo Municipal de Puerto Rico Meta para la recepción de testimonios.

¹² Un nematocida es un tipo de [plaguicida químico](#) usado para matar [nematodos](#) que parasitan a las plantas. Los nematocidas suelen ser tóxicos de amplio espectro que poseen alta volatilidad u otras propiedades que promueven la migración a través del suelo. <https://es.wikipedia.org/wiki/Nematocida>

¹³ Insecticida-nematocida; al aplicarlo al suelo es absorbido por las raíces y transportado por el xilema hacia la parte aérea. Furadan 4F es eficaz para controlar insectos comedores de hojas, barrenadores de suelos, perforadores de plantas tiernas y picadores chupadores. <http://www.farmagro.com.pe/p/furadan-4f-pf/>.

6.1. Daño

En relación con el daño que originó la presente acción, esto es, la muerte del menor Diego Alexander Osorio Urrego, se encontró acreditado que el hecho tuvo lugar el 16 de marzo de 2005, conforme consta en el registro civil de defunción expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fol. 24 c1).

Así mismo, en la actuación reposa el acta de inspección del cadáver n.º 006 de 16 de marzo de 2005, proveniente de la Fiscalía Quince del municipio de Puerto Lleras, (fol. 39-40 c. 1), en la que se hizo constar:

Descripción del cadáver

Nombre del Occiso Diego Alexander Osorio Urrego
Cedula Número No Portaba Registro Civil
Edad.....4 Años
Natural de..... Villavicencio
Lugar de los hechos vereda Las Palmas
Miembros superiores flexionados sobre el abdomen
Miembros inferiores en extensión
Orientación del cadáver pies al occidente, cabeza al Oriente

Prendas de vestir y pertenencias

Cadáver desnudo tapado con sabana totalmente blanca. Por lo tanto no tenía ninguna pertenencia al momento del acta de inspección del cadáver.

Descripción de heridas

No presentaba heridas en ninguna parte del cuerpo, ni traumas.
Descripción morfológica

Hubo otro muerto: No
Hubo heridos en el mismo hecho: No
Fecha y hora de la muerte: 16-03-05, a las 2, pm
Posible manera de muerte: sin determinar
Documentos enviados legista: acta de inspección cadáver
Examen sugerido: necropsia.

Observaciones: el papá del menor manifiesta que el niño manipuló una lata de salchicha antes de enfermarse.

De igual forma, obra en el plenario el protocolo de necropsia n.º 010-2005, en el cual el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Meta determinó que la muerte de quien en vida respondía al nombre del menor Diego Alexander Osorio fue causada por una “*posible intoxicación, el estómago estaba vacío, al romperse el intestino sale abundante material amarillento con residuos de material de color azul, la muerte ocurrió*

probablemente en el recorrido de la vivienda hasta Puerto Lleras, queda más a o menos a tres horas en carro” (fls. 44-26 c. 2).

Cabe anotar que, si bien fue allegada la historia clínica del centro de atención de Puerto Lleras (fol. 13 c. 1) su información, además de estar en letra cursiva, es poco legible y de ella solo se puede extraer que en el aparte correspondiente a la anamnesis, examen físico y evolución, se consignó “*sin signos vitales*”.

Corresponde en este punto establecer si ese daño le es imputable a la demandada Nación- Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

6.2. La imputación

Establecida la existencia del daño, la Sala abordará el análisis de su imputación con el fin de determinar si en el caso concreto el mismo puede ser atribuido a la entidad pública demandada y, por tanto, si esta se encuentra, o no, en el deber jurídico de resarcir los perjuicios sufridos por los demandantes.

Al respecto, la Sala ha señalado:

En ese sentido, el problema radicaría en establecer, inicialmente, si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal. Y el análisis de la imputación, que será posterior, se referirá a la existencia del deber de interponerse, actuando –situación- en la que la obligación de indemnizar surgirá del incumplimiento, como comportamiento ilícito-, o de un daño especial o un riesgo excepcional previamente creado, que den lugar a la responsabilidad, a pesar de la licitud de la actuación estatal¹⁴.

Por lo expuesto, las obligaciones que están a cargo del Estado –y por tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión–, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

Del material probatorio que obra en el proceso la Sala no cuenta con elementos que permitan tener certeza sobre la forma como ocurrieron los hechos, esto es, el momento en el que el menor tomó la lata y se la llevó a la boca. Tampoco hay prueba

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 21 de febrero de 2002, exp 12789, CP Alier Hernández Enríquez.

de la presencia de integrantes de la Fuerza Pública en el sitio en el que presuntamente estaba dicho elemento.

En efecto, el 13 de marzo de 2008, mediante el oficio n.º 03456, la Séptima Brigada del Ejército Nacional dio cuenta al *a quo* de que no era posible establecer con exactitud si para la fecha de los hechos hubo presencia militar en la finca Los Mangos, toda vez que la información que reposa en la entidad no registra el nombre de la vereda, inspección o corregimiento y coordenadas geográficas (fol. 92 c. 1).

De igual manera, el 17 del mismo mes y año, en oficio n.º 1534, la Brigada Móvil n.º 4, por requerimiento del Tribunal, puso de presente que *“para los días anteriores a la fecha en mención las Unidades del Batallón de Contraguerrillas N.º 42 “HÉROES DE BARBACOAS” no se encontraban en la Vereda las Palmas”* (fol. 92 c. 1).

El 6 de mayo del año en mención, la misma Brigada sostuvo que ninguno de sus batallones de contraguerrilla había pernoctado en la vereda Las Palmas del municipio de Puerto Rico Meta (fol. 96 c. 1).

Pero en el proceso también obra la prueba testimonial practicada a instancias de la parte actora, cuyo objeto fue el relato de los hechos de los que tuvieron conocimiento los declarantes, vecinos de lugar en el que habitaba el menor con sus padres, en la que los señores Jhon Jairo Gómez Gómez y Elver Calderón Luna dieron cuenta de la presencia del Ejército en cercanías a sus viviendas, así como de haberse enterado de que el menor Diego Alexander se llevó a la boca una lata de salchichas y luego reaccionó con vómito, para ser trasladado al puesto de salud. Luego, se enteraron de su muerte a causa de un tóxico. El primero de los nombrados respondió como sigue el interrogatorio formulado el apoderado de los demandantes:

Preguntado: Indíquele al Despacho lo que usted tenga conocimiento en conocimiento (sic) respecto de alguna situación sucedida el 16 de marzo de 2005, al menor Diego Alexander Osorio Urrego, cuando se encontraba con sus progenitores en la finca los Mangos.

*Contestó: Sí, ese día cuando el niño Diego Alexander salió a jugar con el hermanito MAIKINI (sic), fue cuando encontraron la lata de salchichas que había dejado el Ejército, como a unos 3 metros de la casa de sus padres, y allí el ejército había estado acampado, ese día el niño Diego Alexander lamió una lata de salchichas y luego la dejaron ahí botada, el niño Diego Alexander tuvo una reacción de vómito y echando babaza, la mamá se dio cuenta y lo llevaron para Puerto Lleras, cuando el niño llegó a Puerto Lleras ya había fallecido. Me **enteré** que la muerte del niño Diego se produjo porque la lata que lamió tenía carburan (sic), que es un químico que se utiliza para fumigar matas contra los gusanos (fol. 104 c. 1).*

(...)

Preguntado: Indíqueme al Despacho si usted observó en los alrededores de la vivienda del menor Diego Alexander Osorio Urrego, ubicada en la Finca los Mangos algún material de intendencia dejado por los miembros del Ejército Nacional y a que distancia de la casa

Contestó: Sí, como a los 6 metros de la casa, donde el niño encontró y lamió la lata observé que habían botas militares que había dejado el ejército, bolsas, pedazos de carpas que ellos cargan, también dejaban botado raciones de campaña, unas bolsitas, y se les miraba el distintivo de color verdecito en las bolsas en todo lo otro, las latas, los uniformes tenían marca del ejército nacional en la casa al lado del hombro (sic) (fol. 105 c. 1)

El señor Elver Calderón Luna, por su parte, precisó:

Preguntado: Indíqueme al Despacho lo que usted tenga conocimiento en conocimiento (sic) respecto de alguna situación sucedida el 16 de marzo de 2005, al menor Diego Alexander Osorio Urrego, cuando se encontraba con sus progenitores en la finca los Mangos.

Contestó: Ese día el niño estaba jugando alrededor de la casa a (sic), como estaba el Ejército pues el niño Diego Alexander estaba jugando por ahí y encontró unas latas de salchichas y como todo niño se mete las cosas a la boca, lamió la lata esa, y como a los pocos minutos el niño empezó a vomitar a desmayarse y a convulsionar y en ese momento miramos junto con el papá, la mamá y los que estábamos en la casa, al niño y vimos la lata que había lamido, el niño lo cogió el papá a prestarle auxilio y como lo típico de allá cuando uno se intoxica le dimos aguamiel para que vomitara y de ver que el niño no reaccionaba el padrastro de él se fue a buscar ayuda para ver si llevaban al puesto de salud de Puerto Lleras Meta, de ahí el niño lo llevaron y no alcanzó a llegar vivo al puesto de salud. Me enteré que la lata que lamió tenía caborfuradan (sic) que es un veneno que se utiliza para fumigar matas contra los gusanos y las hormigas.

(...)

Preguntado: Indíqueme al Despacho si usted tuvo conocimiento y observó que miembros del Ejército Nacional acantonaran en los predios de la finca

Contestó: sí, claro ellos llegaron a ese sector unos tres días antes de la muerte del niño Diego Alexander, aproximadamente a unos 8 metros de distancia, me refiero al Ejército Nacional el grupo era la móvil n.º 42 barbacoas. El Ejército acantonó como unos tres días, y de las casas aledañas sacaban los venenos y los llevaron a la finca los Mangos donde estaban acampando y de allí ellos lo regaban y dejaban los tarros botados, no los enterraban ni nada, igualmente dejaban todo lo de ellos, bolsas, latas, sin enterrarlas.

Como se observa, la prueba testimonial que reposa en el plenario tampoco arroja claridad sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió la muerte, pues sus versiones no permiten establecer que fueron testigos presenciales, solo que acudieron al lugar luego de ocurridos los hechos y que, con posterioridad se dieron cuenta de la muerte del menor por intoxicación.

La Fiscalía Treinta y Nueve delegada (fol. 35 c. 1), por su parte, puso de presente que el menor Diego Alexander Osorio Urrego *“falleció por intoxicación exógena con CARBOFURAN”*.

Y, mediante oficio n.º 193- PAT-2005 (fol. 41 c. 1), el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dio cuenta del resultado que arrojaron las muestras tomadas al cadáver del menor, así:

(..) de las muestras del menor Diego Alexander Osorio Urrego. Se detectó Carbofuran en la muestra de sangre examinada.

Conclusión: el menor Diego Alexander Osorio Urrego, falleció por intoxicación exógena con Carbofuran.

Del escaso material probatorio aportado al proceso se puede establecer, únicamente, que el 16 de marzo de 2005 el menor Diego Alexander Osorio Urrego falleció por intoxicación, en tanto se encontró en su sangre la sustancia química denominada Carbofuran, tal como consta en el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fol. 41 c. 1)

No obstante, los medios probatorios allegados al plenario resultan insuficientes para imputar el hecho de la muerte del menor Diego Alexander Osorio Urrego a la entidad demandada.

Lo anterior, si se considera que los testimonios rendidos por los señores John Jairo Gómez Gómez y Elver Calderón Luna, si bien sostienen constarles la presencia del Ejército en el lugar, para la fecha de los hechos, lo cierto es que su dicho entra en contradicción con lo informado por las autoridades militares, quienes, en sendas certificaciones informaron que ninguna de las unidades móviles del Ejército Nacional acamparon en la finca Los Mangos, vereda Las Palmas, jurisdicción Puerto Rico Meta y no obra en el expediente ningún otro elemento que dé cuenta de la presencia de miembros de la institución, como se aduce en la demanda.

Ahora, es de anotar que, aun cuando se aceptara lo manifestado por los testigos, respecto de la presencia del Ejército en el lugar, lo cierto es que tampoco se allegaron elementos probatorios que permitan asegurar que el químico con el que se intoxicó el menor hubiera sido dejado allí por miembros de esa institución, es decir, no se probó que fueron estos quienes abandonaron en el lugar de los hechos las latas de salchicha y tampoco se logró establecer que las mismas contuvieran el elemento tóxico.

Por otro lado, es necesario precisar que, si bien en la demanda se hace alusión a que “*el Ejército Nacional no brindó ayuda al menor*”, en la actuación no se demostró que la misma hubiera sido requerida por su familia o alguna otra persona, ni que esta se hubiera negado a brindarla.

Como lo ha precisado la Sala en varias oportunidades, de acuerdo con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil la carga de la prueba compete a la parte que alega un hecho o a quien lo excepciona o lo controvierte; por tanto, es indispensable demostrar, con los medios legalmente dispuestos para tal fin, los hechos que sirven de fundamento fáctico de la demanda, de modo que la mera afirmación de los mismos no sirve para ello. Así, es necesario establecer cuál es la actividad del ente demandado que guarda el necesario nexo de causalidad con el daño y que permite imputarle responsabilidad a aquél, situación que acá no se dio; por tanto, como la parte actora no cumplió con la carga probatoria exigible para demostrar la responsabilidad de la entidad demandada, la Sala debe concluir que esta no se encuentra acreditada por los hechos que le fueron imputados.

En efecto, de acuerdo con la norma antes señalada, se tiene que la parte actora no cumplió con la carga probatoria impuesta, habida cuenta de que allegó al proceso elementos probatorios que permitieron evidenciar la muerte del menor y su causa, sin embargo, no obra en el acervo probatorio ningún elemento que permita comprobar la falla del servicio que alega la parte actora y su relación con el daño.

Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

7. Costas

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 21 de junio de 2011, en cuanto denegó las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

RAMIRO PAZOS GUERRERO