



## PROCURADURIA 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA

**DOCTORA  
MARIA CRISTINA QUINTERO FACUNDO  
MAGISTRADA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCION C  
Ciudad.**

**Radicado: 2005-00625 (ACUMULADOS 2005-725, 2005-623 Y 2005-622)  
Demandante: BERTHA LUCIA FRIES Y OTROS  
Demandado: NACION-MINDEFENSA, FISCALIA GENERAL DE LA  
NACION, DAS, CLUB EL NOGAL  
Medio de Control: REPARACION DIRECTA**

El suscrito **PROCURADOR JUDICIAL II 137 ADMINISTRATIVO**, procede a emitir **CONCEPTO** en primera instancia, dentro del proceso de la referencia, para lo que se tienen en cuenta los siguientes:

### **1. ANTECEDENTES:**

A través de apoderado, BERTHA LUCIA FRIES Y OTROS, solicitan que mediante el trámite del medio de control de reparación directa, se acceda a las pretensiones, que se concretan en declarar al Estado y al Club El Nogal, administrativa, patrimonial y extrapatrimonialmente responsables por falla del servicio, al incurrir en omisión de sus deberes legales, que ocasionaron perjuicios a los demandantes, y por lo tanto, que sean condenados a pagar los perjuicios materiales y morales en razón de las lesiones por ellos sufridas en su esfera biológica, moral y material, producto del atentado terrorista perpetrado por el grupo subversivo de las FARC, el 7 de febrero de 2003 en las instalaciones del Club, mediante explosión a control remoto de un carro bomba dejado en el nivel cuarto del parqueadero.

Por resultar procedente y reunir los requisitos de ley, a la mencionada demanda fueron acumulados los siguientes procesos, por guardar identidad fáctica y jurídica:

-Familia Ramírez Bazzanni (Proceso 2005-623).

-Familia Carrillo (Proceso 2005-622).

-Familia Gómez Jara (Proceso 2005-725).

## **2. FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

Se arguye que las demandas omitieron sus deberes legales, al no impedir que ocurriera el atentado terrorista en el Club El Nogal, faltando a sus obligaciones de garantizar la seguridad de todas las personas al interior del mencionado establecimiento, derivado de la falla del servicio en el deber de seguridad y vigilancia, al no prever el ataque existiendo información del mismo de detectar al ingreso del automotor, la dinamita en él camuflada, máxime al ser esta sede símbolo de la institucionalidad colombiana, siendo utilizada con fines institucionales.

Además se acusa al Club El Nogal de haber omitido investigar las condiciones exigidas en los estatutos para admitir como socia a una persona jurídica, INVERNAR INVERNADEROS LTDA., y al beneficiario de la acción empresarial adquirida por ésta, JHON FREDDY ARELLAN ZUÑIGA, todo lo cual fue fraguado para cometer el atentado.

## **3. PRESUPUESTOS FACTICOS RELEVANTES**

El 7 de febrero de 2003, aproximadamente a las 8:05 de la noche, explotó un aparato que fue introducido en las dependencias de la Corporación Club El Nogal, ubicado en la carrera 7 No. 78 – 96 en la ciudad de Bogotá, acto terrorista que dejó un saldo de 35 muertos y 173 heridos. El trágico suceso en las instalaciones de la Corporación Club El Nogal se generó como consecuencia de la explosión de un “carro bomba dejado en el cuarto nivel del parqueadero del Club el Nogal”, el cual se encontraba “cargado con aproximadamente 250 kilos de dinamita tipo anfo”. Dicho explosivo fue mezclado con clorato, lo que multiplicó aún más su efecto explosivo. Al momento de la ocurrencia de los hechos, la señora BERTHA LUCIA FRIES y el señor HANSPETER PICKER se encontraban al interior de las dependencias del mismo, quedando la primera minusválida y el segundo gravemente afectado. Como consecuencia de lo anterior, tanto esta pareja, como el Joven JULIAN ALFREDO REYES FRIES, sufrieron enormes traumatismos psicológicos, emocionales, familiares, personales, cognoscitivos e incluso económicos.

Respecto de las demandas acumuladas igualmente se describen las afectaciones físicas, materiales, morales y a la salud de los demás accionantes.

## **4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Las entidades se opusieron a las pretensiones de la demanda.

El Ministerio de Defensa invocó como argumentos defensivos el hecho exclusivo de un tercero, e igualmente citó jurisprudencia relativa a la falla del servicio, a la responsabilidad de la administración por hechos terroristas, y a la inexistencia de presupuestos para configurar el daño, proponiendo las excepciones de falta de legitimación por pasiva e indebida formulación de la demanda.

El DAS, luego de hacer un estudio de los presupuestos de la responsabilidad, arguyó como excepciones la ausencia de los elementos necesarios para reclamar la responsabilidad, falta de legitimación en la causa por pasiva, hecho de un tercero y genérica.

La Fiscalía General de la Nación formuló las excepciones de inexistencia de falla, hecho exclusivo de un tercero, falta de causa para demandar y genérica.

El Club El Nogal alegó que el atentado terrorista fue un evento de fuerza mayor al que el Club no podía resistirse, mencionando además que no existieron fallas en los sistemas de seguridad del Club. Como excepciones alegó la inexistencia de la obligación de responsabilidad, y la genérica.

La ANDJE, luego de realizar un estudio de los regímenes de responsabilidad, como argumentos esbozó que el hecho dañoso no resultaba imputable a la demandadas, en tanto no se demostró la falla del servicio, aunado a que el atentado no se dirigió contra algún funcionario público o una entidad estatal, eventos en los cuales la jurisprudencia contencioso administrativa considera procedente, en aplicación del régimen objetivo de riesgo excepcional, atribuir responsabilidad al Estado.

## **5. PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a lo expuesto en la demanda y en su contestación, considera este agente del Ministerio Público, que el problema jurídico a resolver gira en torno al siguiente interrogante:

*¿Las demandadas NACION-MINDEFENSA, FISCALIA GENERAL DE LA NACION, DAS, CLUB EL NOGAL, son administrativamente responsables por los perjuicios causados a los demandantes, derivados del ataque terrorista al Club El Nogal ocurrido el 7 de febrero de 2003, que condujo a la muerte y lesiones de las víctimas?*

## **6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

### **6.1. De la parte actora**

Desde la demanda sostiene que se deben conceder sus pretensiones, pues debido al ataque terrorista, para el caso de los accionantes, se configuran los requisitos de la Responsabilidad Administrativa por Falla del servicio o riesgo excepcional.

### **6.2. De la parte demandada**

Consideran que no existió falla del servicio ni riesgo excepcional, además de configurarse el hecho de un tercero, razón por la que los demandantes no tienen derecho a una reparación, al no estructurarse los elementos constitutivos de la responsabilidad, por ende deben negarse las pretensiones.

## 7. POSICIÓN DE ESTE AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En concepto del suscrito, deben negarse las pretensiones por las razones que se pasan a exponer:

1) Marco jurídico aplicable al sub lite, 2) Del caso concreto, y 3) Conclusión.

### 7.1. Marco jurídico aplicable al sub lite

#### ❖ Régimen de Responsabilidad del Estado – Clausula General de Responsabilidad.

El artículo 90 de la C.P. constituye el sustento común de la responsabilidad administrativa, para lo cual es necesario precisar el alcance de sus elementos, la imputabilidad y el daño antijurídico.

Respecto del daño antijurídico, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*<sup>1</sup>

Del mismo modo, la jurisprudencia ha definido el daño antijurídico como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*<sup>2</sup>.

Ahora, en cuanto la **imputabilidad**, esta se define como la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que en principio estaría en la obligación de responder bajo cualquiera de los títulos de imputación, subjetivo u objetivo.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha indicado que:

*“... la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas”*<sup>3</sup>

#### ❖ Responsabilidad del Estado por falla del servicio.

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006. C.P. Mauricio Fajardo. Exp. 13168.

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000. C.P. Mará Elena Giraldo Gómez. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Aclaración de voto de Enrique Gil Botero de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

<sup>3</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 9 de junio de 2010; Rad. 1998-0569

La falla en el servicio es el régimen de atribución jurídica principal en los eventos de responsabilidad estatal, lo que genera en el juzgador, como primera medida la obligación de realizar bajo este régimen el estudio de los elementos probatorios que configuran el caso concreto, salvo en los casos de régimen objetivo establecidos por la jurisprudencia. Al respecto, el H. Consejo de Estado ha manifestado sobre la falla del servicio lo siguiente:

*“La Sala, de tiempo atrás ha dicho que la falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete 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 de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual...”*

*(...) la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.”<sup>4</sup>*

❖ **Del título de imputación aplicable al evento de daños derivados de ataques armados perpetrados por grupos guerrilleros contra bienes e instalaciones del estado.**

Sobre el tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido unánime, pues unas veces ha resuelto bajo el régimen de falla del servicio, otras conforme a la óptica del daño especial y otras con fundamento en el riesgo excepcional, e incluso ha estimado que se trata de una responsabilidad especial o nueva categoría de riesgo, que bien podría no enmarcarse en alguno de los títulos mencionados, habida consideración de las particularidades del conflicto armado en Colombia, y teniendo siempre presente el deber de solidaridad del Estado y su posición de garante. En este sentido, ha coincidido en que no pueden encasillarse todos los casos en el mismo régimen, siendo tarea del juez determinar, conforme la realidad fáctica y probatoria, cuál de los regímenes aplica.

Precisamente se trae a colación, sentencia de la Alta Corporación, que indicó:<sup>5</sup>

“25. En estos casos, se consideró que, dada la situación de conflicto armado, la simple presencia o ubicación de bienes o instalaciones que los grupos armados ilegales escogen como objetivo de sus ataques, generaba un riesgo para la comunidad que, de concretarse, comprometía la responsabilidad estatal<sup>6</sup>. No importaba, para el efecto, que no existiera ilicitud en la actividad de la administración e

<sup>4</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 7 de abril de 2011. Rad. 52001-23-31-000-1999-00518-01(20750)

<sup>5</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-26-000-1993-08632-01(18472)

<sup>6</sup> No obstante, cabe señalar que esta postura no ha sido asumida de forma unánime por la Corporación. En efecto, en el salvamento de voto a la sentencia de 28 de junio de 2006, exp. 16.630, el Consejero de Estado Mauricio Fajardo Gómez señaló que es equivocado afirmar que la simple presencia de una estación de policía en medio de la comunidad genera un riesgo de naturaleza excepcional pues, es justamente, dicha presencia “la que surte el efecto disuasivo en la delincuencia y se traduce en mejores condiciones de seguridad”. Lo contrario conduce a una enorme paradoja pues “no se ve entonces cómo podría la institución modificar su conducta para no ser condenada, pues si no hace presencia y deja de cumplir sus funciones incurre en omisión, pero si las cumple y para ello se hace presente de modo permanente, entonces es responsable por haber creado un riesgo de naturaleza excepcional por el sólo hecho de acantonarse”. Posteriormente, el Consejero de Estado Ramiro Saavedra, en el salvamento de voto a la sentencia de 4 de diciembre de 2006, exp. 15.571, manifestó que no puede afirmarse que “la sola existencia de una instalación militar o de policía o, el ejercicio del deber de defensa de la comunidad, se convierta por sí mismo en un riesgo para la población en general, pues de aceptarse un razonamiento tal, se tendría que llegar a la paradoja de que la Fuerza Pública es al mismo tiempo un elemento de auxilio y de peligro de la ciudadanía, lo que generaría inestabilidad jurídica que atentaría contra los fines esenciales del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución Política, pues en ella la connotación que se le dio a la Fuerza Pública no fue otra que la de autoridad de protección”.

incluso que ésta respondiera al cumplimiento de un deber legal, pues la imputabilidad surgía de la creación deliberada de un riesgo que se consideraba excepcional, en la medida en que suponía la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos<sup>7</sup>. De cualquier forma, era necesario que el ataque estuviera dirigido contra un típico objetivo militar de la subversión, pues si no existía certeza sobre sus móviles y propósitos, o si éste tenía un carácter indiscriminado y se dirigía únicamente a generar pánico o zozobra entre la población civil, no cabía declarar la responsabilidad del Estado con base en el concepto del riesgo excepcional<sup>8</sup>.

26. No obstante lo anterior, es importante aclarar que en el punto de la atribución de responsabilidad administrativa por ataques guerrilleros contra bienes del Estado cuando no existía falla del servicio, la jurisprudencia del Consejo de Estado no mostró una evolución coherente. Si bien inicialmente el fundamento de la obligación de reparar se estableció con base en el régimen de daño especial, en los últimos años el título de imputación empleado fue el de riesgo excepcional. Con todo, esto no significó un abandono completo y definitivo del régimen de daño especial, por lo cual puede afirmarse que la jurisprudencia en este punto continuó siendo vacilante<sup>9</sup>. Prueba de lo anterior es que casos que por sus similitudes debieron haber sido resueltos con base en el mismo régimen de responsabilidad, recibieron un tratamiento disímil por parte del Consejo de Estado, sin que se explicitaran las razones que justificaron apartarse de la decisión anterior en cada caso<sup>10</sup>.

27. Esta situación motivó que en reciente pronunciamiento, la Sección Tercera del Consejo de Estado en pleno abordara el debate sobre la responsabilidad estatal en casos como el que hoy se estudia, señalando que, así como la Constitución Política de 1991 no privilegió ningún régimen de responsabilidad extracontractual en particular, así tampoco podía la jurisprudencia establecer un único título de imputación a los eventos en los cuales los particulares resulten afectados por ataques perpetrados por grupos guerrilleros contra bienes o instalaciones del Estado, ya que éste puede variar en consideración a las circunstancias fácticas acreditadas dentro del proceso y a los parámetros o criterios jurídicos que el juez estime relevantes dentro del marco de su argumentación:

*En lo que se refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.*

*En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta sentencia<sup>11</sup>.*

28. Así las cosas, se precisa que aunque el título de imputación utilizado por la Sección Tercera en la sentencia transcrita haya sido el de daño especial, ello no implica que todos los casos en los que se discuta la responsabilidad del Estado por daños derivados de ataques o tomas guerrilleras tengan que resolverse de la misma forma pues, se insiste, el juez puede válidamente considerar que existen razones tanto jurídicas como fácticas que justifican la aplicación de un título o una motivación diferente.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2000, exp. 11.585, C.P. Alier Eduardo Hernández.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, exp. 16.640, C.P. Ruth Stella Correa; sentencia del 21 de junio de 2007, exp. 25.627, C.P. Alier Eduardo Hernández.

<sup>9</sup> Esta situación ha sido puesta de presente por la doctrina. Véase al respecto Enrique Gil Botero, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, editorial Temis, 5ª edición, Bogotá, 2011, pp. 279–311; también Alier Eduardo Hernández, *Responsabilidad extracontractual del Estado*, ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2007, pp. 549–583.

<sup>10</sup> Por ejemplo, en las sentencias 6 de octubre de 2005, exp. AG-00948, C.P. Ruth Stella Correa, y de 4 de diciembre de 2006, exp. 15.571, C.P. Mauricio Fajardo, la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicó el régimen de riesgo excepcional para imputar responsabilidad al Estado por los daños causados a particulares a consecuencia de ataques perpetrados por grupos guerrilleros contra las estaciones de policía de los municipios de Algeciras (Huila) y Santa Rosa del Sur (Bolívar), respectivamente. Con posterioridad, sin embargo, mediante sentencia de 2 de octubre de 2008, exp. AG-00605, C.P. Myriam Guerrero, la Sala dio aplicación al régimen de daño especial para imputar responsabilidad al Estado por los daños causados a varios habitantes del municipio de La Cruz (Nariño) a consecuencia de un ataque armado de las mismas características.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21.515, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en la sentencia de 23 de agosto de 2012, exp. 23.219, C.P. Hernán Andrade Rincón. Ambas sentencias declararon la responsabilidad extracontractual de la Nación-Ministerio de Defensa, Policía Nacional por los daños causados a inmuebles de propiedad de particulares durante el ataque perpetrado por la guerrilla de las FARC a la estación de policía del municipio de Silvia (Cauca) el 19 de mayo de 1999.

29. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que en situaciones de conflicto armado las obligaciones de adoptar medidas positivas de protección y prevención se ven acentuadas y revestidas de una importancia cardinal, por lo que su inobservancia puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, tal como lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, debido a que en estos casos las personas enfrentan un riesgo real de sufrir amenazas o vulneraciones de sus derechos humanos, el Estado asume una posición especial de garante que lo obliga a ofrecer una protección efectiva a la población civil y a adoptar todas las medidas a su alcance para evitar o conjurar situaciones de peligro razonablemente previsibles<sup>12</sup>.

#### **VI. El riesgo excepcional puede servir como criterio de atribución de responsabilidad por los daños derivados de ataques perpetrados por grupos subversivos contra bienes o instalaciones del Estado**

30. Históricamente, la jurisprudencia ha definido tres modalidades básicas de responsabilidad por riesgo: el riesgo-peligro<sup>13</sup>; el riesgo-beneficio<sup>14</sup> y el riesgo-álea<sup>15</sup>. Sin embargo, los casos que involucran daños derivados de ataques guerrilleros a bienes o instalaciones del Estado, plantean una nueva categoría de riesgo, que no encaja dentro de las anteriores, y que se deriva de la confrontación armada que surge de la disputa por el control del territorio y el monopolio del uso de la fuerza.

31. Esta categoría de riesgo, que podría denominarse riesgo-conflicto, surge del reconocimiento de que, dada la situación de conflicto armado, el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales genera para la población civil un riesgo de naturaleza excepcional en la medida en que la pone en peligro de sufrir los efectos de los ataques armados que los grupos guerrilleros dirigen contra los bienes e instalaciones que sirven como medio para el cumplimiento de esos deberes y el desarrollo de dichas actividades<sup>16</sup>.

32. De esta forma, se considera que los atentados cometidos por la guerrilla contra un “*objeto claramente identificable como Estado*” en el marco del conflicto interno armado, tales como estaciones de policía, cuarteles militares u oleoductos, pueden ser imputados al Estado a título de riesgo excepcional no porque estos bienes e instalaciones puedan ser considerados peligrosos en sí mismos –como sí ocurre con los objetos que encuadran dentro de la categoría riesgo-peligro (p.e. armas de dotación oficial, químicos o instalaciones eléctricas)–, sino porque la dinámica misma del conflicto armado ha hecho que la cercanía a ellos genere para la población civil el riesgo de sufrir afectaciones en su vida, su integridad personal y su patrimonio en razón a que son blanco de continuos y violentos ataques por parte de la guerrilla que los considera objetivos militares.

33. La Sala no desconoce que desde un enfoque de teoría administrativa resulta extraña, por decir lo menos, la afirmación según la cual la simple presencia institucional constituye un factor generador de riesgo, máxime cuando muchas veces es esa presencia –lograda, por ejemplo, mediante el acantonamiento de la fuerza pública– la que permite al Estado conjurar o repeler las amenazas que para la vida y los bienes de la población civil implican las acciones de la delincuencia. Sin embargo, considera que de cara a la realidad del país, resulta imposible negar que existen zonas afectadas por fenómenos graves de violencia política en las que la cercanía a ciertos bienes e instalaciones del Estado, genera un riesgo cierto para las personas que viven o desarrollan sus actividades cotidianas en sus proximidades ya que éstos son blanco de continuos ataques de la guerrilla.”

<sup>12</sup> Sentencias de 31 de enero de 2006, caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, párr. 123 a 141; y de 1º de julio de 2006, caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, párr. 126 a 138. En similar sentido, el Consejo de Estado ha considerado que hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por la inobservancia del deber positivo de protección que le es exigible con mayor rigor en situaciones de conflicto armado, y que demanda la aplicación de medidas de precaución (anticipación del riesgo) y de prevención para proteger y preservar los derechos fundamentales no sólo de las personas civiles, sino también de quienes participan en las hostilidades.

<sup>13</sup> La imputación por riesgo-peligro procede en aquellos casos en los que la Administración interviene en la ocurrencia del daño, pero no por haber fallado en el cumplimiento de sus obligaciones, sino por haber creado consciente y lícitamente un riesgo a partir de la utilización de un objeto (p.e. armas, vehículos), una sustancia (p.e. combustibles, químicos) o una instalación (p.e. redes de energía eléctrica) que resulta en sí misma peligrosa, pero que es útil o necesaria para el cumplimiento de los fines del Estado o para satisfacer demandas colectivas de bienes y servicios.

<sup>14</sup> Se incluye dentro de la categoría de riesgo-beneficio aquella actividad que, aunque no entrañe verdadera peligrosidad, “*conlleva la asunción de las consecuencias desfavorables que su ejercicio pueda producir, por parte de la persona que de dicha actividad se beneficia*”. En este caso, el fundamento de la responsabilidad recae, no ya en el peligro creado por el Estado, sino en el provecho que éste o la comunidad reciben como consecuencia del ejercicio de la actividad riesgosa correspondiente. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16.530, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>15</sup> Es el riesgo que descansa en la probabilidad estadística de la ocurrencia de un daño, derivado de la ejecución de ciertas actividades o el desarrollo de algunos procedimientos, “*quizás con la ineludible mediación del azar o de otro tipo de factores imprevisibles (...)*. En la jurisprudencia francesa se ha reconocido la responsabilidad del Estado en esta suerte de casos cuando se emplean, por parte de la Administración, métodos científicos cuyas consecuencias dañosas aún no son del todo conocidas o cuando, a pesar de ser conocidas, resultan de muy excepcional ocurrencia, en definitiva, cuando se está en presencia del denominado ‘riesgo estadístico’”. Ibid.

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de junio de 2010, exp. 18.536, C.P. Ruth Stella Correa.

Teniendo en cuenta lo anterior, y atendiendo a los argumentos planteados tanto en las demandas como en las contestaciones, esta Procuraduría considera que el presente caso debe ser estudiado tanto dentro del marco del régimen de **falla del servicio**, como dentro del régimen de imputación objetiva por **riesgo excepcional**, toda vez que el daño antijurídico alegado se pretende hacer derivar de presuntas omisiones estatales (falla del servicio), como también de la utilización del Club El Nogal con fines institucionales (riesgo excepcional), todo lo cual que trajo como consecuencia daños en la vida y salud de los demandantes.

## 7.2. Del caso concreto – Valoración jurídica y probatoria

Para resolver el problema jurídico es necesario que se verifique la estructuración de los dos elementos o presupuestos de todo juicio de esta naturaleza, es decir, deberá demostrarse el daño como primer elemento de responsabilidad, así como la imputación fáctica y/o jurídica del mismo a la administración pública demandada, donde se determina la causa eficiente del daño y el fundamento o régimen de responsabilidad aplicable.

Según se señaló, el análisis se hará tanto desde el régimen de falla del servicio, como desde el régimen de riesgo excepcional. En cuanto al primero, debe verificarse si para el caso en estudio están acreditados los tres elementos configurativos de la falla del servicio, esto es: el Daño, la Conducta Activa u Omisiva jurídicamente imputable a la autoridad y el Nexo Causal entre ellas. Y respecto del segundo, ha de examinarse si están demostrados los requisitos que estructuran el riesgo excepcional, esto es: el daño antijurídico, la existencia de una actividad legítima y lícita de la administración, la cual comporta una fuente de alto riesgo para los bienes y las personas, y el nexo causal entre el daño y el desarrollo de la actividad riesgosa.

Como se observa, tanto el daño como el nexo causal son presupuestos comunes en ambos regímenes, mientras que los elementos distintivos son la conducta como falla del servicio y la actividad legítima y lícita como fuente de riesgo. Iniciaremos entonces con el estudio del daño, luego la actividad de la administración, y finalmente, si es del caso, el nexo causal.

### ❖ El Daño.

En relación al primer elemento, nos compete examinar si existió o no un daño antijurídico, definido por la jurisprudencia así: *“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.”*<sup>17</sup>

Condescendiente con lo expuesto por el máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, al estudiar los procesos de reparación directa es indispensable abordar primeramente lo relativo a la existencia o no del daño y si el mismo puede o no considerarse antijurídico; solo bajo la premisa de la existencia del daño antijurídico se ha de *“realizar la*

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sec. Tercera, sent. oct. 28/96. Sent. Sec. Tercera. 13 s/bre /93.

*valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se ha elaborado*<sup>18</sup>.

Efectivamente, se encuentra probado dentro de la actuación que existió un daño antijurídico a los demandantes de los procesos acumulados. Lo anterior ratificado con los diversos dictámenes médicos, historias clínicas, testimonios, registro civil de defunción, y demás pruebas obrantes a la foliatura, así:

En cuanto a la familia Fries Picker (Proceso 2005-625), se demostró la lesión de la columna de la señora Bertha Lucía Fries, aunado a los perjuicios causados a sus familiares.

En torno a la familia Ramírez Bazzanni (Proceso 2005-623), se demostró la lesión en la pierna del señor Jairo Iván Ramírez, sumado a los perjuicios ocasionados a sus familiares.

Respecto de la familia Carrillo (Proceso 2005-622), se demostró la muerte de Juan Sebastián Carrillo y la lesión en la pierna del señor Carlos Carrillo, así como los perjuicios causados a sus familiares.

Finalmente, en cuanto a la familia Gómez Jara (Proceso 2005-725), se demostró la lesión en el miembro inferior de la señora Arleen Jara, al igual que los demás perjuicios ocasionados a sus familiares.

De tal forma, se considera que las pruebas acopiadas son suficientes para demostrar el daño, entendido como una lesión a un bien jurídico protegido (vida e integridad personal), configurándose así el daño antijurídico en los términos definidos por la jurisprudencia.

Una vez verificada la existencia del daño y como quiera que éste no es un elemento suficiente para construir la imputabilidad que se pretende, se abordará el análisis de imputación, con miras a determinar si aquél es atribuible a las entidades demandadas.

#### ❖ De la actividad de la administración

##### **1. De la falla del servicio, esto es, de la conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a la autoridad.**

Al probarse el daño, es procedente examinar la existencia del siguiente elemento configurativo de la falla del servicio, esto es, la conducta activa u omisiva jurídicamente imputable a las autoridades. Por lo tanto queda claro que se configuró el primero de los elementos para imputar responsabilidad al Estado.

La falla del servicio como título de imputación se origina cuando el Estado no ha actuado teniendo el deber de hacerlo, actúa errada o tardíamente. Así, la falla en el servicio se ubica en el régimen de responsabilidad subjetiva, donde lo determinante es la culpa de la Administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado.

<sup>18</sup> Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 18 de febrero de 2010; Exp. 17885 .

A partir de la década de los noventa el Consejo de Estado ha señalado que existe responsabilidad del Estado bajo el régimen de la falla del servicio si se logra demostrar la previsibilidad y la evitabilidad del acto terrorista (PELAEZ GUTIERREZ, Juan Carlos. Op. Cit., p.. 20 y ss.), igualmente en los eventos donde se dio aviso por la comunidad o cuando existían antecedentes que permitían inferir la inminencia de un ataque, en cuyo caso el Estado responderá si no se tomaron las medidas suficientes y necesarias para repelerlo o evitarlo; también cuando hay participación de agentes oficiales en la comisión del acto terrorista.

En este sentido, el Consejo de Estado ha expuesto que deben reunirse los siguientes presupuestos, cuando se trata de probar la falla del servicio por actos terroristas (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2003, consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 14218):

- a) El desconocimiento por acción u omisión a deberes constitucionales, legales, reglamentarios o administrativos por parte del Estado que correlativamente implican derechos de los administrados, en situaciones concretas previsibles.
- b) El daño, cierto, particular, anormal, a las personas que solicitan reparación, a una situación jurídicamente protegida o que genere confianza legítima por parte del Estado.
- c) El nexo de causalidad adecuado, determinante y eficiente, entre el daño y la conducta irregular del Estado.

Sobre el particular, tenemos la sentencia de 27 de enero de 2000, radicación 8490, C.P. Jesús María Carrillo, en la cual el Consejo de Estado analizó la responsabilidad del Estado por un ataque realizado por la guerrilla en las instalaciones de una mina localizada a pocos kilómetros de un puesto del ejército, considerando que debía confirmarse el fallo de primera instancia pues, de acuerdo al acervo probatorio aportado al proceso no se logró probar que el Estado incumplió con las labores de vigilancia que los particulares le solicitaron para proteger la dinamita que se empleaba para la explotación carbonífera.

Refiere también la providencia que aunque con fundamento en el artículo 2 de la C.P. el Estado está en la obligación de garantizar la vida e integridad de sus asociados, dicha obligación tiene sus límites, pues tales medidas de protección se deben exigir dentro del rango de lo razonable. En consonancia con lo anterior, ha reconocido el Consejo de Estado que las obligaciones a cargo del Estado y de sus autoridades no son absolutas, pues al examinar la posible existencia de una falla del servicio, deben analizarse las circunstancias concretas de cada caso, así como las posibilidades reales de actuar de la administración, como quiera que no estamos en un Estado ideal, no pudiendo exigirse el cumplimiento de lo imposible (CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 16 de noviembre de 1995. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. Expediente: 10309).

Igualmente, tanto en el citado fallo de 27 de enero de 2000, como en providencia del 22 de enero de 1997, exp. 11300 C.P. Carlos Betancur Jaramillo, se indica que el Estado no responde cuando se trata de ataques indiscriminados que buscan generar pánico y desconcierto total, pues no es posible imputar el daño al Estado. Expuso al respecto la primera providencia mencionada:

“Si el atentado es indiscriminado, no es selectivo, y tiene como fin sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por sus propias características cierra las puertas a una posible responsabilidad estatal ya que es un acto sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente y, por lo mismo, en principio imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública y como se ha dicho, los deberes del Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia.”

En consonancia con lo anterior, también resulta célebre citar la sentencia del 2 de mayo de 2002, con ponencia de María Elena Giraldo Gómez, referida a la quema de 21 vehículos, donde la Alta Corporación se abstuvo de condenar el Estado por falla del servicio, ya que no se acreditó una evidente situación de amenaza en el lugar, de manera que se exigiera la presencia estatal. En este proveído el máximo juez de lo contencioso administrativo vuelve a tocar el tema de la falla del servicio relativa, en cuanto que si bien al Estado le compete la protección de los derechos de sus asociados, no se le puede exigir estar presente en todo momento y lugar, sino que solo resulta demandable su presencia y de contera es predicable su responsabilidad, cuando la amenaza es cierta y previsible, por lo que determina la Alta Corporación que “La previsibilidad se torna pues en una situación cualificada necesaria cuando se trata de imputaciones jurídicas por falla en el servicio, en este caso por actos terroristas.”

Tenemos también la sentencia del 16 de marzo de 2006, Sección Tercera, radicado 2002-01472-01 con ponencia de María Elena Giraldo Gómez, donde el Consejo de Estado en el caso de un ataque a un grupo de desplazados en el corregimiento de Ortega, municipio de Cajibío, acudiendo de nuevo a la falla del servicio relativa, determinó que no había responsabilidad por cuanto la amenaza del ataque no era concreta sino general, aunado a que el Estado había reforzado la seguridad del sector, en razón de las elecciones que se avecinaban.

Final y recientemente, se profiere la sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 20 de junio de 2017, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860), C.P., Ramiro Pazos Guerrero, donde la Corporación luego de hacer un balance jurisprudencial sobre el tratamiento de la responsabilidad del estado por actos terroristas, niega las pretensiones de la demanda. Se trató de hechos similares a los aquí juzgados, ocurridos el sábado 30 de enero de 1993 alrededor de las 18:20, cuando un automóvil Renault, cargado con 100 kilos de dinamita y puesto por órdenes de Pablo Emilio Escobar Gaviria, detonó en la carrera 9ª entre calles 15 y 16 en el Barrio Veracruz de la Localidad de Santa Fe en la ciudad de Bogotá, cuya onda explosiva afectó a varias personas que concurrían en el sector, entre ellas a la señora Rosa Elena Puerto Niño y a su hija Mónica Viviana Fierro Puerto, quienes sufrieron lesiones en su integridad física, además de las múltiples averías en varios establecimientos de comercio.

En la mentada providencia se dijo en sus apartes pertinentes, con relación a la falla del servicio, resultando aplicables al sub iudice:

“(…) Aunque el orden público en la ciudad de Bogotá se encontraba alterado –como en diversas zonas del país que sufrieron y sufren todavía los rigores del conflicto armado y el narcotráfico–, esto no significa que las autoridades civiles o policiales tuvieran un conocimiento cierto de que el 30 de enero de 1993, en la carrera 9ª entre calles 15 y 16 del barrio Veracruz de Bogotá, se iba a cometer un acto terrorista en contra de la población civil, de manera que surgiera para ellas el deber de prevenir dicho acto. Contrario a lo sostenido por la parte demandante, el ataque que sufrió la capital del país

no era humana ni institucionalmente previsible para las autoridades, pues se trató de un acto terrorista intempestivo que pudo haber ocurrido en cualquier otro lugar de la ciudad (...)

(...) Aun aceptando que dicho atentado fuera un claro mensaje para el Estado a fin de que replegara su política penal en contra de los narcotraficantes, no se ha demostrado que las autoridades competentes estuvieron en condiciones reales y concretas para prever que ese acto terrorista se iba a producir en ese lugar, pues la naturaleza de los mismos está revestida del factor sorpresa (...)

(...) Con base en las valoraciones anteriores, la Sala encuentra que no hubo falla en la prestación del servicio, puesto que tanto la Policía como el Ejército Nacional cumplieron, dentro del marco de sus posibilidades reales, sus deberes jurídicos adecuadamente (...)

(...) El Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado con fundamento en la falla del servicio cuando se han perpetrado actos violentos de terceros por parte de agentes no estatales en los que ha incidido de modo relevante la intervención estatal. Tal es el caso de la toma armada del Palacio de Justicia por parte del movimiento insurgente -M-19-, ocurrida el 6 y 7 de noviembre de 1985, en la que se reprochó no solo la omisión del Estado en las medidas de seguridad brindadas al complejo judicial y a las personas que laboraban al interior del recinto, sino la actuación de la fuerza pública al desplegar el operativo de resistencia y recuperación del Palacio de Justicia, sin tener en cuenta las garantías mínimas que debían brindarse a los civiles que adentro del recinto judicial se encontraban (...)

(...) La declaratoria de responsabilidad del Estado opera también a partir del análisis de la falla del servicio cuando el daño se produce como consecuencia del acto violento perpetrado por agentes no estatales y el mismo era previsible y resistible para el Estado; contrario sensu, se podría configurar una causal excluyente de responsabilidad para la entidad estatal. Ser irresistible es la imposibilidad del obligado de llevar a cabo el comportamiento legal esperado y la imprevisibilidad ocurre cuando no es posible contemplar por anticipado su ocurrencia, esto es, el acontecimiento sucedió de manera súbita y repentina. Por tanto, sólo cuando la entidad demandada conoció oportunamente de la posible ocurrencia de un acto violento proveniente de un tercero, tenía la competencia y la capacidad real de poner en obra medios, instrumentos, recursos y estrategias para anticiparse, evitar o mitigar los efectos lesivos de dicho acto, pero omitió ejercer oportunamente sus deberes jurídicos, deberá ser declarado responsable si el acto violento tiene lugar y los daños se concretan (...)

(...) En conclusión, frente a los actos violentos de terceros, la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado considera que el concepto de falla del servicio opera como fundamento de reparación cuando: i) en la producción del daño estuvo suficientemente presente la complicidad por acción u omisión de agentes estatales; ii) se acredita que las víctimas contra quienes se dirigió de modo indiscriminado el ataque habían previamente solicitado medidas de protección a las autoridades y estas, siendo competentes y teniendo la capacidad para ello, no se las brindaron o las mismas fueron insuficientes o tardías, de tal manera que su omisión es objeto de reproche jurídico (infracción a la posición de garante); iii) la población, blanco del ataque, no solicitó las medidas referidas; no obstante, el acto terrorista era previsible, en razón a las especiales circunstancias fácticas que se vivían en el momento, pero el Estado no realizó ninguna actuación encaminada a evitar de forma eficiente y oportuna el ataque; y iv) el Estado omitió adoptar medidas de prevención y seguridad para evitar o atender adecuadamente una situación de riesgo objetivamente creada por este.”

Abordando el estudio del caso concreto, tenemos que los demandantes invocan como argumento cardinal de la falla del servicio, la presunta omisión en que incurrieron los demandados, al no atender e investigar la información allegada antes del acto terrorista por el informante Jaime Quiñonez, quien quiso proporcionar información a cambio de un pago y protección, respecto de un supuesto guerrillero llamado Javier Paz o alias “El flaco”, quien al parecer tenía planes de realizar un atentado grande en la ciudad.

Sobre el particular tenemos que este también es uno de los argumentos centrales que tuvo para condenar al Estado por estos hechos, la sentencia del 16 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo, Radicación Número: 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) Acumulado, Actor: Rodrigo Márquez Tejada y otros, Demandado: Nación-Ministerio De Defensa-Policía Nacional y Otros, providencia conocida y citada por todas las partes en su alegato.

Ahora bien, para este Ministerio Público, dicha tesis de la falla no está acreditada dentro de la presente actuación en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Alta Corporación contencioso administrativa como para poder condenar patrimonialmente al Estado, por dos razones fundamentales: i) primera, porque tal como lo afirma la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, las declaraciones de Jaime Quiñonez y Helena Zorrilla que son las que se refieren al presunto guerrillero llamado Javier Paz o alias “El flaco”, fueron incorporadas a este expediente como prueba trasladada del proceso penal que se adelantó por estos mismos hechos, pero las mismas nunca fueron sujetas a contradicción en los términos del art. 185 del CPC (actual 174 del CGP), habida cuenta que los aquí demandados no fueron parte en el citado proceso penal, por ende, no es posible valorarlas, so pena de violarse el debido proceso y derecho de defensa; y ii) segunda, por cuanto de acuerdo a las pruebas, las autoridades encargadas, específicamente la Fiscalía, el CTI y el Ejército Nacional, sí ejecutaron las actuaciones que resultaban pertinentes con la información suministrada por el señor Jaime Quiñonez, solo que no se logró obtener pistas suficientes como para deducir con certeza que se fuera a realizar el ataque terrorista en El Nogal, y en consecuencia se generara la obligación estatal de actuar en procura de evitar la acción belicosa.

No se configuran entonces los elementos descritos por la jurisprudencia reiterada y consolidada del Consejo de Estado para predicar la existencia de falla del servicio en este caso, toda vez que:

a) Pese a las labores de inteligencia e investigación exigibles de manera razonable, se trató de un acto no previsible ni evitable en concreto, igualmente tampoco se dio aviso por la comunidad, ni existían antecedentes que permitieran inferir la inminencia del ataque el día y lugar en que ocurrió, por ende no podía exigirse al Estado medidas para repelerlo o evitarlo, ni mucho menos hubo participación de agentes oficiales en la comisión del acto terrorista.

b) Se trató de un atentado indiscriminado, no selectivo, pues no se pudo demostrar que fuera dirigido contra alguien en específico o contra un funcionario estatal, su fin fue sembrar pánico y desconcierto social como una forma de expresión, por ende, por tales características, al ser sorpresivo en el tiempo y en el espacio, planeado y ejecutado sigilosamente, en principio resultaba imposible de detectar por los organismos encargados de la seguridad pública.

c) Aunque el orden público en la ciudad de Bogotá se encontraba alterado, al punto que se había decretado el estado de conmoción interior, ello no significa que las autoridades civiles o policiales tuvieran un conocimiento cierto de que el 7 de febrero de 2003, en el Club Privado El Nogal, se iba a cometer un acto terrorista en contra de la población civil, de manera que surgiera para ellas el deber de prevenir dicho acto.

d) Aun aceptando que dicho atentado fuera un claro mensaje para el Estado respecto de las negociaciones que se estaban surtiendo con los paramilitares, no se demostró que las autoridades competentes estuvieron en condiciones reales y concretas para prever que ese acto terrorista se iba a producir en ese lugar y ese momento, pues el mismo estuvo revestido del factor sorpresa.

e) Conforme a la falla del servicio relativa, si bien al Estado le compete la protección de los derechos de sus asociados, no se le puede exigir estar presente en todo momento y lugar, sino que solo resulta demandable su presencia y de contera es predicable su responsabilidad, cuando la amenaza es cierta y previsible, pues como se ha dicho, los deberes del Estado, que son irrenunciables y obligatorios, no significan que sea por principio omnisciente, omnipresente ni omnipotente, para que responda indefectiblemente y bajo toda circunstancia.

f) Si bien el Estado está en la obligación de garantizar la vida e integridad de sus asociados, dicha obligación tiene sus límites, pues tales medidas de protección se deben exigir dentro del rango de lo razonable, por ello las obligaciones a cargo del Estado y de sus autoridades no son absolutas, pues al examinar la posible existencia de una falla del servicio, deben analizarse las circunstancias concretas de cada caso, así como las posibilidades reales de actuar de la administración, como quiera que no estamos en un Estado ideal, no pudiendo exigirse el cumplimiento de lo imposible.

Con fundamento en lo expuesto, y realizando un análisis de las pruebas en consonancia con lo sostenido por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, esta Procuraduría encuentra que no hubo falla en la prestación del servicio, pues los demandados cumplieron dentro del marco de sus posibilidades reales, sus deberes jurídicos adecuadamente, ya que específicamente en torno a la información dada por Jaime Quiñonez, se recibió su declaración, se llevaron a cabo reuniones con él, se adelantaron operativos de identificación, se realizó seguimiento al número de teléfono suministrado y se efectuó la averiguación sobre Javier Paz o alias “El Flaco”; en resumen, en la medida de sus opciones reales pese a realizarse todas las labores de inteligencia e investigación no se pudo prever la inminencia, el lugar y fecha del atentado, como sí ocurrió en otros casos donde se logró evitar los ataques.

## **2. De la actividad legítima y lícita de la administración, que comporta una fuente de alto riesgo para los bienes y las personas (riesgo excepcional).**

Según se dijo en precedencia, también se ha invocado en el de marras, a efectos del reconocimiento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, con ocasión del daño causado en razón del ataque subversivo al Club El Nogal, el título de imputación de riesgo excepcional, donde además del daño, que ya se demostró, es menester acreditar que éste se ha generado como consecuencia de una actividad legítima y lícita ejercida por la demandada, la cual comporta una fuente de alto riesgo para las personas y los bienes.

Este título de imputación surge como consecuencia de actividades lícitas y legítimas que despliega la Administración, que implican el ejercicio de actividades peligrosas o del uso de cosas que crean un riesgo o peligro, generándose un daño antijurídico para unos individuos determinados. Algunos ejemplos para ilustrar fácticamente la teoría son actividades como procedimientos médicos, incursiones con vehículos oficiales, conducción de energía eléctrica, manipulación de sustancias tóxicas, y procedimientos con precauciones higiénicas estrictas (ARENAS, Hugo. La responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la Constitución de 1.991. En: Instituciones de derecho administrativo. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez y Editorial Universidad del Rosario. 2016. Tomo II. p. 37).

Entonces, para que se concrete un riesgo excepcional con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado, es necesario que se compruebe que el hecho dañador está vinculado con el ejercicio de la actividad peligrosa que crea el riesgo, mediante prueba directa o indirecta, sin que sea necesaria una demostración de la conducta subjetiva de la parte demandada, además de que el daño generado sea cierto, particular y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho que está protegida jurídicamente (CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de junio del 2006. Expediente: 16236. Ponente: María Elena Giraldo Gómez).

Ahora, hablando de actos terroristas el Consejo de Estado ha manifestado que los elementos estructurales de esta forma de responsabilidad en dichas situaciones son:

“Un riesgo de naturaleza excepcional para los administrados que aparece por la amenaza potencial contra los instrumentos de acción del Estado -instrumentales, humanos y de actividad- en época de desórdenes públicos provenientes y propiciados por terceros que luchan contra el mismo Estado y que se concreta con el ataque real de esos instrumentos y la consecuencia refleja en los administrados (personas o bienes), que quebranta la igualdad frente a las cargas públicas. El daño a bienes protegidos por el derecho. El nexo de causalidad, entre el daño y la conducta de riesgo creada por el Estado, con eficiencia de producir aquel ... La responsabilidad patrimonial del Estado se ve comprometida cuando en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional; éste dada su gravedad excede las cargas normales que deben soportar los particulares como contrapartida de las ventajas que resulta de la existencia de dicho servicio público. La Sala no desconoce que el daño en sí mismo considerado no lo produjo el Estado, sino un tercero, pero sí advierte que para su producción el mencionado riesgo sí fue eficiente en el apareamiento del mismo” (CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2003, consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, expediente No. 14218).

Debemos resaltar que hablando de los títulos de imputación de responsabilidad por actos terroristas, es donde más controversia y discusión se ha generado al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado, y la propia doctrina, pues mientras algunas posiciones aceptan como generadores de responsabilidad todos los títulos de imputación (falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial), otras solo admiten la falla del servicio y el riesgo excepcional, e incluso las más conservadoras únicamente avalan la falla del servicio.

En cuanto al riesgo excepcional, son varias las sentencias que se han emitido sobre el particular, destacándose providencia del 20 de septiembre de 2001, radicación 1994-4398, C.P. Alier Eduardo Hernández, en la cual se declara la responsabilidad del Estado por los daños causados a un Agente de Policía, a raíz de una toma guerrillera en el municipio de El Calvario, Meta, con base en que el Agente fue sometido a un riesgo excesivo e innecesario por causa de una falla en la prestación del servicio de policía, pues si bien los miembros de la fuerza pública deben soportar el riesgo de sufrir daños como consecuencia del ejercicio de sus funciones, el cual, por la naturaleza de estas, asumen al aceptar sus cargos y, al ocurrir, no da lugar al surgimiento de la responsabilidad del Estado, ello no autoriza a éste último para abandonarlos a su suerte, imponiéndoles cargas imposibles de cumplir; por el contrario, es su deber dotarlos de los elementos necesarios para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

También se ha hablado de responsabilidad por riesgo excepcional en varias sentencias, cuando el Estado en ejercicio de sus funciones utiliza medios, recursos, instalaciones o funcionarios, crea un riesgo a ciertas personas, excediendo las cargas normales que deberían soportar, por lo cual ante la materialización de daños por terceros, debe indemnizar a las víctimas. Tal es el caso de las sentencias del 5 de diciembre de 2005, radicado 16.149, C.P. María Elena Giraldo Gómez (acto terrorista contra cuartel de policía del municipio del Carmen que causó daño a las personas que habitaban en los inmuebles cercanos) y del 28 de junio de 2006, radicación 1995-00196, C.P. Ruth Stella Correa Palacio (caso de bomba en el comando de policía de Bello, que ocasionó graves daños a una cafetería ubicada en frente). En tales eventos se habla de responsabilidad, en la medida en que si bien el daño fue ocasionado por un tercero (terrorista), el mismo ocurrió porque el atentado iba dirigido contra instalaciones o funcionarios representativos del estado, es decir, el riesgo fue creado por la administración (teoría del riesgo), sin que el ciudadano tenga la obligación de asumirlo.

En contraposición a la anterior tesis, se planteó la postura del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez que no aceptaba la responsabilidad por riesgo excepcional en este tipo de casos, y que en salvamento de voto contra la referida decisión del 28 de junio de 2006, resume así:

“No es posible concluir que en este caso la presencia de los efectivos policiales impuso un riesgo de naturaleza excepcional que se realizó conllevando daños al demandante. Y no está probado procesalmente —ni según las reglas de la experiencia—, que la existencia de un cuartel de la Policía Nacional cree en sus inmediaciones más riesgos de los que reduce.

Esa es una inferencia cuyas conclusiones se ven notablemente incididas por el dramatismo de cada hecho execrable.

Los atentados que ocurren en contra de las instalaciones policiales se dan a pesar de la presencia de los efectivos y no en razón de ésta.

Concluir que la accionada cierne un riesgo excepcional porque es el objetivo y la presencia de sus efectivos aumenta la probabilidad de una confrontación armada o de un ataque indiscriminado y sorpresivo, implica desconocer que, precisamente, la posibilidad de tal confrontación es la que surte el efecto disuasivo en la delincuencia y se traduce en mejores condiciones de seguridad. (...)

No es razonable atribuir responsabilidad por hallar configurada una relación causal entre la presencia de la Policía Nacional y el daño experimentado por el demandante. En caso contrario, cruel es el sino que enfrenta la fuerza pública, porque no se ve entonces cómo podría la institución modificar su conducta para no ser condenada, pues si no hace presencia y deja de cumplir sus funciones incurre en omisión, pero si las cumple y para ello se hace presente de modo permanente, entonces es responsable por haber creado un riesgo de naturaleza excepcional por el sólo hecho de acantonarse.”

Esta posición del Dr. Fajardo fue cuestionada por el Dr. Enrique Gil Botero, quien en múltiples oportunidades, incluidas sentencias, señaló que dentro de un Estado Social de Derecho, su naturaleza, conformación sociopolítica y los principios constitucionales que lo inspiran, obligan al juez en esta materia, en cuanto su aplicación frente a las víctimas de los atentados terroristas, a no dejar pasar desapercibido que la persona humana es el epicentro de la Constitución de 1991, por lo que los problemas de la responsabilidad deben ser estudiados desde el punto de vista de la víctima y los distintos títulos de imputación deben enriquecerse de contenidos concretos inspirados en el modelo de Estado implantado con la Nueva Carta Magna (Responsabilidad extracontractual de Estado, págs. 336 y 337).

También está la posición más radical, de quienes no aceptan el riesgo excepcional ni mucho menos el daño especial como título de imputación en atentados terroristas, admitiendo como única vía la falla del servicio, siendo sus más fieles representantes, el exconsejero Ramiro Saavedra Becerra, quien afirma que solo es posible concebir la responsabilidad del Estado por actos terroristas en los casos en que se configure una falla en el servicio porque el ataque era previsible y no se tomaron las medidas necesarias, ni los cuidados para evitar los daños provenientes del ataque, que es en todo caso el hecho de un tercero y como tal, una causal eximente de responsabilidad. También apoyan esta postura, el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo, quien estima que la aplicación del daño especial o el riesgo excepcional en casos de atentados terroristas, torna la existencia misma del Estado en fuente de responsabilidad permanente, en la medida en que esa existencia genera riesgos, y por ende solo es partidario de responsabilidad por falla del servicio y un sistema de indemnizaciones para los afectados bajo la noción de solidaridad. Igualmente el jurista Ciro Norberto Güechá Medina, quien manifiesta que el único título de imputación jurídicamente coherente para atribuir responsabilidad al Estado por actos terroristas es la falla en el servicio, porque es la actuación irregular de la administración, la única capaz de generar responsabilidad por actos de esta naturaleza. De tal forma, que cuando se obliga al Estado a reparar un daño causado por un acto terrorista, con fundamentos en criterios de responsabilidad objetiva, más que existir responsabilidad administrativa en una persona jurídica de derecho público, lo que se refleja es la solidaridad y la justicia social, que son criterios de ayuda de la administración a los particulares por el hecho de vivir en sociedad y que no son más que el desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho que nos asiste (GÜECHÁ MEDINA, Ciro Norberto. —Responsabilidad del Estado por Actos de Terrorismo. Bogotá, Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibañez, 2012).

Finalmente tenemos la ya citada sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 20 de junio de 2017, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860), C.P., Ramiro Pazos Guerrero, donde también se hace un análisis del caso allí debatido a la luz del régimen de imputación de riesgo excepcional, y que por lo pertinente traemos nuevamente a colación:

“(…) Ahora, como quiera que la parte actora impugna la sentencia de primer grado con base en la teoría del riesgo excepcional, es necesario analizar si hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado con fundamento en este criterio de imputación (…)

(…) De acuerdo con las pruebas obrantes en el presente proceso, no está probado que el daño surgió de la materialización de un riesgo excepcional. En efecto, si bien es cierto que la tensión interna en el país estaba caracterizada por un grado exacerbado de violencia, también lo es que el epicentro de la conflagración no estuvo dirigido en contra de ningún componente representativo del Estado que generara riesgos ciertos para la seguridad de las personas y sus bienes. Así, en estas condiciones, se infiere que, de acuerdo con el epicentro de la conflagración terrorista, ningún elemento estatal expuso a los habitantes del barrio Veracruz de la Localidad de Santa Fe en Bogotá a una situación de riesgo excepcional (…)

(…) En ausencia de falla del servicio, el Consejo de Estado se ha apoyado en el criterio de imputación de riesgo excepcional para atribuir responsabilidad al Estado por los daños causados por actos violentos perpetrados por agentes no estatales, cuya jurisprudencia naciente data de 1984. Habrá lugar a la aplicación de este criterio de imputación, cuando el daño ocurre como consecuencia del ejercicio de una actividad legítima y lícita de la administración que comporta un riesgo de naturaleza anormal o excesiva, esto es, un riesgo mayor al inherente o intrínseco de la actividad o que excede lo razonablemente asumido por el perjudicado, y si dicho riesgo se concreta y llega a producir un daño, este último deberá ser reparado por el Estado. La Sección Tercera ha considerado este título de imputación como fundamento de la responsabilidad estatal por los actos violentos perpetrados por terceros, bajo la consideración de que el ataque esté dirigido contra instalaciones oficiales, tales como

estaciones de policía, cuarteles del Ejército Nacional -incluso si la fuerza pública reacciona o no violentamente para repeler el acto-, centros de comunicaciones al servicio del Estado, oficinas estatales, redes de transporte de combustible, o también contra personajes representativos del Estado, bajo la consideración que la presencia o ubicación de aquellos blancos en medio de la población civil los convierte en objetivos militares de los grupos armados al margen de la ley en el contexto del conflicto armado o en objetivos de ataque cuando se vive una situación de exacerbada violencia como lo son los estados de tensión o disturbios internos, lo cual pone a los administrados en una situación de riesgo potencial de sufrir daños colaterales por la misma situación desentrañada por la violencia. De este modo, se infiere que el Estado no podrá exonerarse de responsabilidad bajo el argumento del cumplimiento a su deber de diligencia, pues a la luz de este título de imputación, esta causal exonerativa de responsabilidad resulta inane (...).

Exponen los demandantes y también la aludida sentencia del 16 de agosto de 2018 del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, para fundamentar la responsabilidad estatal por riesgo excepcional, que el Club El Nogal era utilizado con fines institucionales, lo cual trajo como consecuencia el atentado que a la postre causó daños en la vida y salud de los demandantes que no estaban en la obligación de soportar, vulnerándose el principio de la igualdad en las cargas públicas. Sobre el punto se destaca de la referida providencia:

“Sin lugar a dudas el extinto cuerpo de seguridad tenía que haber conocido las actividades de claro alcance institucional que se desarrollaban en las instalaciones del Club. La entonces Ministra de Defensa, Martha Lucía Ramírez se hospedó en el club entre el 17 de octubre y 19 de octubre, del 21 al 25 de octubre y del 28 de octubre al 2 de noviembre de 2002, así lo refleja el material probatorio. Además, se evidenció las visitas continuas y cercanas al 7 de febrero de 2003 del ministro del Interior y de Justicia de la época, el señor Fernando Londoño, socio y ex presidente del Club y sus permanentes reuniones con altos dignatarios del Estado, como es el caso del Fiscal General de la Nación, el Director Nacional de Estupefacientes, el director del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS-, el director de la Policía Nacional, el comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, la directora del Plan Colombia, los ministros de la Protección Social, Agricultura y Desarrollo Rural, Educación y de Defensa, el Defensor del Pueblo, el Director de Coldeportes, Senadores, Representantes a la Cámara, entre otros funcionarios. Ahora, no entra la Sala a considerar hasta qué punto las funciones de una autoridad pública como un ministro de despacho puede realizarse por fuera de la sede oficial, pues no le corresponde el análisis, empero, dado lo acontecido el 7 de febrero del año 2003, precedido de permanente reuniones con mensaje institucional, debe lamentar el riesgo, sin las cautelas necesarias, al que fueron sometidos los socios del Club, sus trabajadores, invitados y en general, la población civil que desprevenida frecuentaba el lugar y sus alrededores.”

Examinadas las pruebas al tenor de la jurisprudencia reiterada y citada en torno a los elementos constitutivos de este régimen de imputación, encuentra esta Agencia del Ministerio Público que en el caso sub examen tampoco es viable atribuir responsabilidad al Estado por riesgo excepcional, por las siguientes razones:

a) No se demostró que para el día de los hechos, es más, ni siquiera para alguna época cercana al mismo, se estuvieran desarrollando en el Club El Nogal actividades lícitas, legítimas y oficiales por parte de alguno de los estamentos del gobierno, que implicaran el ejercicio de actividades peligrosas o del uso de cosas que crearan un riesgo o peligro excepcional para los socios del referido centro de esparcimiento. Así es, no se probó que el Estado o algún servidor, el día de los hechos y dentro de las instalaciones del Club, estuviera en ejercicio de sus actividades y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, y menos que se utilizaran recursos o medios estatales que colocaran a los particulares presentes o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo de naturaleza excepcional. En efecto, el hecho de que al lugar concurrieran funcionarios públicos, así fuera del más alto nivel, en nada convertía el lugar en un estamento oficial, ni menos permitía deducir que allí estos acudían con el propósito de seguir ejerciendo actos propios de sus funciones como servidores públicos, y no a disfrutar como cualquier socio de las instalaciones del Club Privado, independientemente de su ocupación o cargo.

b) Pese a tratarse de una época de violencia generalizada y ataques terroristas especialmente en Bogotá, provenientes de terceros que luchaban contra el mismo Estado, no se acreditó que el atentado tuviera como objetivo específico y concreto algún instrumento de acción del Estado -instrumental, humano y de actividad-. Las pruebas tampoco permitieron comprobar en concreto que el ataque estuviera dirigido contra algún objetivo estatal, ya fuera físico, personal o actividad, es decir, no se probó en modo alguno que la bomba tuviera como objeto un bien público, un funcionario estatal o una actividad gubernamental que se estuviera desarrollando en ese momento. No obstante tal difícil situación de orden público, no está acreditado que el objeto del ataque estuviera dirigido en contra de algún componente representativo del Estado que generara riesgos ciertos para la seguridad de las personas y sus bienes. En estas condiciones, se desprende que ningún elemento estatal expuso a los socios y personas que departían en el Club El Nogal a una situación de riesgo excepcional.

c) Se reitera que el ataque nunca estuvo dirigido de manera específica y concreta contra instalaciones oficiales, tales como estaciones de policía, cuarteles del Ejército Nacional, centros de comunicaciones al servicio del Estado, oficinas estatales, redes de transporte de combustible, o contra personajes representativos del Estado, bajo la consideración que la presencia o ubicación de aquellos blancos en medio de la población civil los convierte en objetivos militares de los grupos armados al margen de la ley en el contexto del conflicto armado o en objetivos de ataque en dada la situación de violencia en la ciudad, que pusiera a los asistentes al Club en una situación de riesgo potencial de sufrir daños colaterales por la misma situación de la violencia.

Si bien tanto el alegato de los demandantes como la sentencia del 16 agosto de 2018 de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, deducen lo contrario, en sentir de este Ministerio Público se trata de una conclusión equivocada, fundada más en suposiciones e hipótesis no demostradas, más no en hechos ciertos y concretos que hayan sido probados, pues se insiste que si bien podían acudir eventualmente al Club funcionarios públicos de alto nivel, e incluso reunirse con sus homólogos para tratar temas propios del ejercicio de sus cargos, ello lo hicieron fuera de cualquier estamento público y ámbito oficial, como cuando compañeros de trabajo se encuentran en una cafetería o restaurante y deciden tocar entre otros, temas de trabajo, lo cual por supuesto no les está vedado, pero en modo alguno puede ello convertir el lugar en un sitio institucional, por más que lo hagan a diario, ni menos puede pensarse que tal proceder erige un riesgo excepcional para los demás particulares que también visitan el establecimiento comercial, así se trate de altos dignatarios oficiales.

Aceptar dicha postura, llevaría a replantear drásticamente las bases y los fundamentos jurídicos del régimen de imputación de riesgo excepcional para eventos de ataques terroristas, yendo en contravía del precedente y la línea jurisprudencial consolidada en los últimos años por el propio Consejo de Estado, abriéndose espacio para que los deberes de protección del Estado fueran absolutos y su responsabilidad no tuviera límites, es decir, convirtiéndolo en omnisciente, omnipresente y omnipotente, siendo demandable su responsabilidad en todo lugar, momento y bajo cualquier circunstancia. Además de lo anterior, de adoptar dicha tesis, y con el ánimo de evitar condenas contra el Estado, en la práctica los servidores públicos verían coartada su libertad para asistir o reunirse en cualquier sitio privado como lo puede hacer cualquier persona del común, pues ello implicaría llevar siempre consigo el lastre de un riesgo para las demás personas; se trataría ni más ni menos que una intromisión en su libertad de locomoción, en su libre desarrollo de la personalidad y en una violación de su derecho a la igualdad, al verse discriminados para acudir a lugares diversos a sus sitios de trabajo.

Tampoco debe olvidarse que de acuerdo a la propia jurisprudencia y en respetuoso criterio de esta Agencia Pública, la decisión de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 16 de agosto de 2018, a pesar de guardar iguales patrones fácticos con los del caso que ahora es objeto de estudio, debe considerarse como un antecedente con un mero carácter orientador, no constituyendo por ende precedente vertical obligatorio, como quiera que en su *ratio decidendi* no fija una regla con la que haya resuelto la controversia, que sirva como regla para resolver este y todos los demás asuntos que guarden identidad fáctica (Corte Constitucional, Sentencia T-102, feb. 25/15, M. P. Jorge Ignacio Pretelt), menos aun cuando sí existen sentencias anteriores, como la propia sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 20 de junio de 2017, Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860), C.P., Ramiro Pazos Guerrero, que a no dudarlo sí constituyen precedentes obligatorios, pues en ella la Corporación luego de hacer un estudio entre otros, de los siguientes temas: 1. Balance jurisprudencial sobre los regímenes de responsabilidad estatal por daños causados por actos violentos de terceros. 1.1. Responsabilidad subjetiva: teoría de la falla del servicio. 1.1.1. Con participación estatal. 1.1.2. Sin participación estatal. 1.2. Responsabilidad objetiva. 1.2.1. Riesgo excepcional. 1.2.2. Daño especial. 2. El fenómeno del terrorismo como acto violento en contextos de paz y de conflicto armado interno; fija en su *ratio*

*decidendi* las reglas para resolver ese y futuros casos con el mismo patrón fáctico y problemas jurídicos.

Así las cosas, de conformidad con los planteamientos antes esbozados, para esta Procuraduría, aunque se acreditó el daño, no se probó actividad de la administración, bien fuera por el régimen de imputación de falla del servicio o por el de riesgo excepcional; por ende no resulta menester examinar el presupuesto del nexo causal, que depende de la concreción del daño y del actuar de la administración. Al no probarse entonces todos los elementos necesarios para constituir responsabilidad estatal, que conlleve a una condena patrimonial, lo procedente es negar las pretensiones de la demanda frente a las entidades públicas demandadas.

#### ❖ **De la responsabilidad del Club El Nogal**

Capítulo aparte merece el estudio de la responsabilidad del Club El Nogal, pues como con acierto lo señala el apoderado de este demandado en su alegato, dicho examen no puede hacerse a la luz de los regímenes de responsabilidad estatal, privativos de personas de derecho público, sino conforme a la responsabilidad civil extracontractual, donde debe acreditarse, el daño, la culpa y el nexo de causalidad.

Como se indicó en precedencia, el daño está probado en todos y cada uno de los procesos acumulados, conforme a las diversas pruebas allegadas a la actuación.

Ahora bien en cuanto a la culpa, dentro del plenario tampoco se probó que la referida persona jurídica haya incurrido en dolo o culpa, en los términos del art. 2341 del C.C., es decir, no se demostró que en los hechos del 7 de febrero de 2003 que derivaron en la bomba que explotó al interior del establecimiento haya habido intención o negligencia del Club o alguno de sus empleados.

Así, conforme lo expone su apoderado en el alegato final, teniendo en cuenta la naturaleza social del Club y su objeto social de acuerdo a sus estatutos, el objetivo central del establecimiento no era prestar los servicios de inteligencia, protección y seguridad, sino ser un lugar de esparcimiento cultural, social y deportivo, dirigido al entendimiento, intercambio de conocimientos, estudio y cooperación entre sus socios, fomentando el pensamiento, la tecnología, las ciencias y el arte, sin tomar partido ni posición doctrinaria, política o religiosa (art. 2). En tal orden de ideas, por más que fuera ilustre la calidad de sus socios, no podía exigirse a dicho centro de diversión más medidas de seguridad que las normales en cualquier sitio como estos, es decir, no podía llegarse al extremo de exigir seguridad, tecnología o mecanismos de punta como para descubrir o evitar sorpresivos y sofisticados ataques terroristas de grupos especializados en ello.

Es más, de acuerdo a las probanzas, el Club tenía un sistema de seguridad sólido y avanzado, en comparación con los que poseían para la época los demás establecimientos del mismo tipo. Igualmente, El Nogal contaba también con personal de vigilancia capacitado que el día de los hechos cumplió con los protocolos establecidos para el ingreso de socios e invitados. Tampoco se probó que haya existido ese día una falla en los sistemas de seguridad y vigilancia, violación de los procedimientos o complicidad de alguno de los empleados del Club en los hechos.

Le asiste razón al apoderado, cuando afirma que muchas veces ni siquiera los altos organismos de inteligencia y seguridad del Estado cuyo fin es justamente ese, con toda la tecnología y personal disponible, pueden prever o evitar este tipo de ataques, por ende resultaría desproporcionado realizar semejante exigencia a un Club privado que tiene otros propósitos, más no hacer frente a terroristas expertos en el manejo y preparación de explosivos, que invirtieron mucho tiempo y dinero en la planeación del atentado.

Por otro lado, tampoco se probó negligencia del Club en el proceso de selección y admisión de socios, específicamente en la escogencia de la sociedad INVERNAR INVERNADEROS LTDA, como socio, ni en los procedimientos de ingreso de personas y vehículos el día de los hechos, máxime cuando la admisión de tal sociedad fue realizada por una persona diferente al Club El Nogal, y que INVERNAR no era una sociedad fachada, sino que contaba con objeto social, sede y personal propios.

Según lo explicado, para esta Procuraduría Judicial no hubo culpa del Club El Nogal, quien contrario sensu, fue una víctima más del reprochable crimen, pues lo que en realidad se presentó fue el hecho de un tercero como único causante del daño que excluye cualquier responsabilidad de los accionados.

En efecto, el ataque terrorista efectuado por las FARC el 7 de febrero de 2013 fue algo plenamente demostrado en el proceso, de conformidad con el expediente penal arrimado a las diligencias, además de ser un hecho notorio y haberse reconocido por el propio grupo insurgente, confirmado luego de la firma del Acuerdo de paz, existiendo prueba de ello en las diligencias.

Analizaremos entonces a renglón seguido la causal de exoneración de responsabilidad del hecho exclusivo de un tercero, que se configura a favor de los demandados.

#### ❖ Hecho de terceros

Sostienen las accionadas al unísono que en el presente caso tal y como sucedieron los hechos, los daños ocurrieron como consecuencia de hechos de terceros, lo cual rompe con el nexo de causalidad, razón por la cual no les asiste responsabilidad, por ser un hecho súbito, ajeno a su accionar, sobreviniente e irresistible.

Aducen que el hecho configura una causa extraña por la intervención de terceros, que traslada la órbita de responsabilidad de las demandadas a quienes perpetraron el delito, quienes son los que deben responder por los daños causados.

También afirman que a pesar de la difícil situación de violencia por la que atravesaba la ciudad, y no obstante las labores de inteligencia e investigación, el atentado fue imposible de prever y evitar, dada su sofisticada, extremada y cuidadosa preparación.

Lo primero que debe analizarse respecto de esta excepción es la presencia de la causal eximente alegada, esto es, el hecho del tercero. Sobre el punto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa al señalar que los únicos eventos en los cuales es suprimida la responsabilidad del Estado o como en el sub lite del particular vinculado, serán

aquellos en los que medie una causa extraña, *la cual debe estar debidamente probada*: como fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero; e igualmente, probada la causa extraña, también debe reunir unos requisitos -también probados procesalmente- para lograr la exoneración de la responsabilidad endilgada a los demandados, decir, que si no se prueba la causa extraña, pues ningún análisis puede hacerse de sus condiciones.

En este estado de cosas, se hace necesario traer a cuento la sentencia del Honorable Consejo de Estado, con radicado N° 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067) de 24 de marzo de 2011, en la que se refirió al citado fenómeno eximente de responsabilidad, de la siguiente manera:

**“[...] 2.2- El hecho de la víctima y/o de un tercero como eximentes de responsabilidad o causal excluyente de imputación<sup>19</sup>.**

Las tradicionalmente denominadas *causales eximentes de responsabilidad*—fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima— constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista *jurídico*, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su *irresistibilidad*; (ii) su *imprevisibilidad* y (iii) su *exterioridad* respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

*“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.*

*Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:*

*«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»<sup>20</sup>.*

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"<sup>21</sup>, toda vez que “[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación”<sup>22</sup>, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda

<sup>19</sup> Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 11 de febrero de 2009, Exp. 17.145.

<sup>20</sup> Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

<sup>21</sup> Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

<sup>22</sup> Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, Gaceta Judicial, tomo XLIII, p. 581.

que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de “imprevisto” de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil<sup>23</sup> y la, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”<sup>24</sup>. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concurra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones: (...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”<sup>25</sup>. [...] (Subrayados fuera de texto).

Como se indicó, las demandadas afirman que los daños ocurrieron como consecuencia de un ataque subversivo, y por ello se trata de un hecho de un tercero que las exime de responsabilidad. Si bien es claro que el juicio directo de responsabilidad, radica en el grupo guerrillero que perpetró el atentado, y sobre eso no hay discusión alguna, como se ha venido manifestando, el examen de responsabilidad, especialmente en punto del régimen objetivo de riesgo excepcional no se agota allí, ello en virtud de los particulares elementos del título de imputación, el desarrollo jurisprudencial, la situación de conflicto que vivía el país y la ciudad para la época de los hechos.

<sup>23</sup> Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

<sup>24</sup> Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21.

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

Demostrado entonces que hubo una causa extraña o hecho de un tercero, compete determinar si se cumplen sus presupuestos para exonerar de responsabilidad al Estado y al ente privado demandado, veamos:

Se itera que, en cuanto a este medio exceptivo de responsabilidad, la jurisprudencia exige que se demuestre que el hecho del tercero haya sido imprevisible e irresistible, en este caso, que el atentado subversivo, no haya podido preverse ni resistirse por los accionados.

A partir de esto último, conforme a las pruebas y a lo argumentado a lo largo de este escrito, es palmario que en el caso concreto sí operó el hecho del tercero, como causal excluyente de responsabilidad, ya que tal y como lo ha desarrollado el Consejo de Estado su configuración requiere de los requisitos de imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad, lo cual fue demostrado dentro del proceso.

En efecto, según se ha venido planteando, la preparación y ejecución del ataque explosivo se erigió en una situación de imprevisibilidad e irresistibilidad, ya que pese a existir la posibilidad del atentado en El Club o en cualquier otro lugar de la ciudad como venía ocurriendo, en realidad resultó súbito o repentino, pues no obstante las investigaciones y diligencia que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció; en efecto, como lo enseña la jurisprudencia, no era imprevisible porque no pudiera preverse, ya que en realidad toda situación en la actualidad puede imaginarse o resultar posible fácticamente, más en las condiciones de violencia que se vivían, sino porque resultó *imprevisto e irresistible*, pues pese a ejecutarse las actuaciones que resultaban pertinentes con la información suministrada por el señor Jaime Quiñonez, no se logró obtener pistas suficientes como para deducir con certeza que se fuera a realizar el ataque terrorista en El Nogal el día 7 de febrero de 2003, y en consecuencia se generara la obligación estatal de actuar en procura de evitar la acción belicosa, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. De contera, al ser un hecho imprevisto, resultaba irresistible, en la medida que los demandados se vieron imposibilitados para llevar a cabo cualquier actividad a fin de evitarlo, específicamente de evitar sus efectos. Y era irresistible, atendiendo a que como se explicó en precedencia, había una imposibilidad razonable de los entes públicos y del Club de desplegar un comportamiento o actividad que pudiera evitar la ejecución y efectos del atentado. La imposibilidad que como lo expone la jurisprudencia, debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: bastaba que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones del caso, las cuales efectivamente se dieron en el de marras, pues no es que fuera algo sobrehumano, absolutamente imposible de evitar, sino atendiendo a la metódica y sigilosa preparación, a la escasa, precaria y difusa información para una adecuada investigación, y al mundo de posibilidades que podía darse para un atentado, dado la difícil situación de violencia que se padecía, resultaban razonablemente imposibilitados los demandados para evitar el resultado.

Por otra parte, también se cumple el requisito de exterioridad necesario para la configuración del hecho del tercero, como causal excluyente de responsabilidad administrativa; según el cual, la realización del hecho no está determinada ni aun indirectamente por la actividad del ofensor, ni obedece a su culpa. Ello como quiera que tal como se ha venido señalando, las pruebas indican que se adoptaron tanto por los entes

públicos como por el Club El Nogal, las medidas posibles y razonables para prever y evitar un hecho como el acaecido. La anterior ausencia de culpa, tanto desde el ámbito de la falla del servicio, como quiera que el hecho de las FARC (tercero) que se invoca como causa extraña, le resulta ajeno jurídicamente al Estado y al Club El Nogal, quienes no participaron intencional o negligentemente en el mismo; como tampoco desde el título de imputación objetivo de riesgo excepcional, por tratarse de una *exterioridad jurídica*, en el sentido de ser un suceso o acaecimiento por el cual no tenían el deber jurídico de responder las accionadas, como quiera que no crearon la fuente del riesgo según se explicó en precedencia, al no perpetrarse el atentado contra alguna instalación oficial, ni tener –no se demostró- como objetivo específico y concreto algún instrumento de acción del Estado - instrumental, humano y de actividad-.

Razones por las cuales es procedente declarar probada la eximente de responsabilidad denominada hecho de un tercero.

### **7.3. Conclusión**

En respuesta al interrogante planteado, y salvo mejor criterio, en opinión de este Agente del Ministerio Público se deben negar las pretensiones de la demanda, en razón a que en nuestro parecer, en el presente caso, no se acreditaron los elementos constitutivos de responsabilidad.

De usted, Honorable Magistrada,

**JHON CARLOS GARCIA PEREA**  
**PROCURADOR 137 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO**