



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A

Consejero Ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de julio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-00354-01

Demandante: Nación – Ministerio de Defensa Nacional

Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B

Referencia: Acción de tutela

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

***Temas:** TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL – DEFECTO FÁCTICO / DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO –. Se configura el defecto–. Amerita un reproche desde el punto de vista del juez constitucional.*

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de apoderado judicial, en contra de la sentencia de 16 de febrero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante la cual se resolvió:

*<<**PRIMERO. NEGAR** el amparo solicitado dentro de la acción de tutela interpuesta por la Nación – Ministerio de Defensa Nacional contra la subsección B de la sección tercera del Consejo de Estado, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO. NOTIFICAR** esta providencia por telegrama o por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.*

***TERCERO.** En acatamiento de las disposiciones del artículo 31 ibídem, **DE NO SER IMPUGNADA** dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión>> (Negrillas propias del texto).*

I. ANTECEDENTES

A. De la demanda y sus fundamentos

1.- En escrito presentado el 31 de enero de 2020¹, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda de tutela contra la

¹ Folio 1 del documento 1 de la demanda aportada en medio magnético.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, con el propósito de que se protejan sus derechos fundamentales, al debido proceso, la seguridad jurídica y el principio de congruencia, los cuales considera fueron vulnerados por la autoridad judicial accionada, al proferir la sentencia de 20 de marzo de 2018², por medio de la cual revocó la decisión de primera instancia³ y accedió a las pretensiones de la demanda, dentro del proceso de reparación directa, radicado con número 05001 23 31 000 2001 04026 01 (49.498), promovido por la señora Elizabeth María Hurtado Ángel y otros en su contra.

2.- Según se ilustra en la demanda, las pretensiones en ella contenidas se contraen a lo siguiente (se transcribe literal):

<<6.1. *Principal:*

Solicito se ordene a la Sección Tercera Subsección b, se profiera nuevamente sentencia teniendo en cuenta que bajo el título de imputación de riesgo excepcional que se creó con la presencia permanente de la unidad militar en el mismo sitio donde laboraba la víctima, se debe considerar que la seguridad de la zona estaba a cargo de la seguridad privada y que la unidad militar se encontraba cuidando la infraestructura.

Como consecuencia de lo anterior, solicito a su despacho ORDENAR AL ACCIONADO QUE SE PROFIERA UNA NUEVA DECISIÓN CON FUNDAMENTO EN LOS LINEAMIENTOS TRAZADOS POR LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TUTELAS CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL, y de los procesos de reparación directa, para que se profiera sentencia, considerando que bajo los títulos de falla del servicio y daño especial, no se encontró responsable al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, y que bajo el título de riesgo excepcional por la presencia de la tropa en el lugar de trabajo de la víctima, la zona del campamento estaba asignada a la vigilancia privada y que las unidades militares, no se encontraban en la zona de campamento.

Es decir que al no hacer presencia el Ministerio de defensa en la zona del campamento, mal podría crear un riesgo donde no se encontraba.

6.2. PETICIÓN ESPECIAL DE SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL CRÉDITO JUDICIALMENTE RECONOCIDO DERIVADO DE LA SENTENCIA JUDICIAL.

Con toda atención solicitó a esa H. Corporación, decrete como medida provisional, la “suspensión del pago” tendiente a evitar ostensible detrimento patrimonial a la Nación Ministerio de Defensa Nacional, por el cumplimiento de la sentencia hasta tanto se

² Contra dicha decisión se presentaron solicitudes de aclaración y adición, las cuales fueron resueltas mediante pronunciamiento del 31 de julio de 2019, notificado por edicto desfijado el 23 de agosto de la misma anualidad.

³ 6 de diciembre de 2011.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

resuelva la presente tutela, cuyo proceso es 05001-2331-000-2001-04026-01>>
(Negrilla propia del texto)⁴.

3.- Entre los presupuestos de orden fáctico que respaldan la protección invocada con base en el artículo 86 Superior, la parte actora expuso que⁵:

3.1.- Mediante sentencia de 20 de marzo de 2018, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B decidió revocar la providencia de 6 de diciembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró a Isagén S.A. E.S.P. y a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional administrativamente responsables de la muerte del señor Armando Meluk Castro, ocurrida el 17 de agosto de 2000, en el campamento “El Bosque” de la Central Hidroeléctrica Jaguas, por parte de un grupo armado que se identificó como miembro de la guerrilla de las FARC. Lo anterior, bajo el título de imputación de riesgo excepcional.

3.2.- En tal sentencia, el Consejo de Estado determinó que dichas entidades no incurrieron en una falla en el servicio, toda vez que *“adoptaron, en el ámbito de sus posibilidades, medidas concretas y oportunas para proteger la vida y la integridad de los trabajadores de la Central Hidroeléctrica Jaguas”*⁶. No obstante, consideró que estaban llamadas a responder en tanto *“está probado que la muerte del ingeniero Armando Meluk Castro se produjo en un contexto de ataques sistemáticos cometidos por la guerrilla de las FARC contra la industria energética del país y, más específicamente, contra las centrales hidroeléctricas donde la fuerza pública hacía presencia de manera permanente. Lo anterior, significa que el daño es, desde el punto de vista jurídico, la concreción de un riesgo excepcional, creado lícitamente por la administración para el cabal desempeño de sus funciones”*⁷.

3.3.- La demanda que dio origen al anterior proveído dio cuenta de que el 17 de agosto de 2000, un grupo de guerrilleros pertenecientes a las FARC ingresó al

⁴ Expediente digital, Folios 21 y 22 del escrito de demanda.

⁵ Expediente digital, Folios 1 a 5 del escrito de demanda.

⁶ Numerales 35, 36 y 37 de la providencia. “36. Isagén, por una parte, buscó reducir el riesgo de una incursión armada a sus instalaciones asegurando la presencia permanente de la fuerza pública y de personal adscrito a una empresa de vigilancia privada, quienes tenían a su cargo la misión de proteger el personal, la infraestructura, la maquinaria y los equipos que se encontraban en su interior (ver *supra* párr. 17.1 y 17.2). Adicionalmente, en el año 1999, la empresa adelantó, por conducto de la ARL Suratep, un programa de prevención del riesgo público con el objeto de dotar a sus trabajadores de herramientas para conocer, prevenir y afrontar las amenazas existentes en materia de seguridad, tales como retenes, hurtos, hostigamientos, secuestros, asaltos, extorsiones y atentados contra personas e instalaciones. De esta manera, Isagén quiso reducir las vulnerabilidades generadas por la fuerte presencia guerrillera en la zona donde el personal cumplía su labor (ver *supra* párr. 17.5). 37. Por otra parte, el Ejército Nacional dispuso de un contingente de soldados, adscritos a la Cuarta Brigada, que se asentó en las instalaciones de la Central Hidroeléctrica Jaguas, y que, como lo señalaron los señores José Ángel Suárez Ruíz y Ramón Eladio Moreno en declaraciones rendidas ante el *a-quo* (f. 636-642 c. 4), prestaba vigilancia permanente en el lugar.

⁷ Numeral 46 de la providencia.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

campamento “El Bosque” de la central hidroeléctrica “Jaguas”, propiedad de Isagén S.A E.S.P. y después de pronunciar un discurso proselitista en contra del gobierno nacional y de la empresa, a la que acusaron de ser auxiliadora de grupos paramilitares, arremetieron contra la vida del director de operaciones y mantenimiento Armando Meluk Castro. Para ese momento, Isagén S.A E.S.P. contaba con servicio privado de vigilancia y con la cooperación del Ejército Nacional, con quien había suscrito un convenio cuyo objeto era vigilar y proteger el personal, las actividades, la infraestructura y la maquinaria de la empresa⁸.

3.4.- Por los anteriores hechos, la señora Elizabeth María Hurtado Ángel y otros promovieron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional e Isagén S.A E.S.P. De dicha acción conoció el Tribunal Administrativo de Antioquia, Corporación que, mediante sentencia de 6 de diciembre de 2011 negó las pretensiones de la demanda, al encontrar que el material probatorio aportado al proceso desvirtuaba la falla del servicio imputada a las dos entidades demandadas. En concreto, señaló que tanto el Ejército Nacional como Isagén S.A. E.S.P. adoptaron medidas adecuadas para procurar la seguridad de las instalaciones y del personal que laboraba en la Central Hidroeléctrica Jaguas.

3.5.- Aunado a lo anterior, indicó que el ataque cometido contra el ingeniero Meluk no era previsible debido a que la víctima no había recibido amenazas y a que no existían antecedentes de hechos semejantes cometidos por la guerrilla en esa zona del territorio nacional. Insistió en que tanto la empresa como la administración fueron diligentes en su actuación y cumplieron con lo que les era razonablemente exigible, y que los hechos ocurrieron en circunstancias que hacían imposible su evitación.

3.6.- Por último, consideró que no era procedente imputar a las demandadas responsabilidad con fundamento en un régimen objetivo de responsabilidad dado que (i) el objetivo del ataque fue un particular y no un bien o personaje representativo del Estado y (ii) no existía certeza de quién o quiénes perpetraron el homicidio del ingeniero Meluk, por lo que no cabía esperar una respuesta “*equitativa y solidaria de la Nación*” en este caso⁹.

3.7.- En desacuerdo con lo anterior, los demandantes presentaron recurso de apelación, al considerar que si bien en la zona donde operaba la Central Hidroeléctrica Jaguas existían especiales circunstancias de orden público que hacían necesario contar con la presencia y protección del Ejército, el 17 de agosto de 2000 los trabajadores de Isagén estuvieron desprotegidos entre las 8:45 pm y las 10:30 pm, “*tiempo más que suficiente para que el grupo armado reuniera empleados*

⁸ Numeral 3.2. de la providencia

⁹ Numerales 8.2 y 8.3 de la providencia.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

y contratistas, saqueara las instalaciones, diera un discurso sobre las razones que los llevaban a realizar la incursión y asesinaran a la señora (sic) MELUK CASTRO”.

3.8.- Así mismo, se advirtió que la muerte del ingeniero Meluk Castro se inscribe dentro de un contexto de ataques cometidos por la guerrilla contra la infraestructura energética del país, con el fin de afectar la prestación del servicio público. En razón de lo anterior, solicitaron que el caso se resolviera con sujeción a un régimen objetivo de responsabilidad, máxime si se tiene en cuenta que la víctima fue asesinada por ostentar el cargo de director de operación y mantenimiento de la Central Hidroeléctrica Jaguas.

3.9.- Por último, afirmaron que la muerte del ingeniero Meluk Castro supuso el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas porque el hecho se produjo mientras la víctima cumplía con la ejecución de un deber que está a cargo del Estado, cual es el de asegurar la prestación del servicio público de energía eléctrica¹⁰.”

3.10.- El 20 de marzo de 2018, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al resolver el recurso, decidió revocar la decisión de primera instancia y declarar la responsabilidad del Ministerio de Defensa y de Isagen S.A. E.S.P., pues, a su juicio, la muerte del director de operaciones y mantenimiento, Armando Meluk Castro, se produjo en un contexto de ataques sistemáticos cometidos por la guerrilla de las FARC contra la industria energética del país, específicamente, contra las centrales hidroeléctricas en las que la fuerza pública hacía presencia de manera permanente. Para estos efectos indicó que el referido daño fue concreción de un riesgo excepcional, creado lícitamente por la administración en el cabal desempeño de sus funciones.

3.11.- En dicha providencia, se advirtió que tanto Isagén S.A E.S.P como el Ejército Nacional crearon con su actividad un riesgo excepcional, que al concretarse, compromete su responsabilidad, pues, la primera de ellas se desarrolla en un contexto geográfico y político caracterizado por una fuerte presencia guerrillera en el municipio de San Rafael y por la realización de ataques sistemáticos dirigidos a sabotear la prestación del servicio de energía eléctrica por parte del Estado, en tanto que la segunda hacía presencia permanente en el mismo lugar en el que trabajaba la víctima, situación que generó un riesgo cierto de sufrir afectaciones en contra de su vida e integridad.

3.12.- Indicó que el daño surgió del ejercicio de una actividad que, si bien es legítima -la prestación del servicio de energía eléctrica y la protección de la infraestructura

¹⁰ Numerales 9.1.; 9.2; 9.3 de la sentencia acusada.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

energética-, debía cumplirse en condiciones de inseguridad para sus trabajadores y, especialmente, para quienes, como el señor Armando Meluk Castro, ocupaban los cargos de mayor jerarquía.

3.13.- En aras de la fidelidad del razonamiento por el que transcurrió la Sala, se transcribe textualmente el texto completo que recoge los anteriores y únicos razonamientos hechos en punto de la responsabilidad declarada, de la siguiente manera:

<<46. En el caso concreto, está probado que la muerte del ingeniero Armando Meluk Castro se produjo en un contexto de ataques sistemáticos cometidos por la guerrilla de las FARC contra la industria energética del país y, más específicamente, contra las centrales hidroeléctricas donde la fuerza pública hacía presencia de manera permanente. Lo anterior significa que el daño es, desde el punto de vista jurídico, la concreción de un riesgo excepcional, creado lícitamente por la administración para el cabal desempeño de sus funciones.

47. En efecto, la prueba testimonial y documental es clara en señalar que los guerrilleros ingresaron a la central con el objeto de materializar las amenazas que habían lanzado meses atrás contra la empresa Isagén S.A., a la que habían declarado objetivo militar por virtud de la relación de colaboración que mantenía con el Ejército Nacional, y que eligieron al señor Meluk para asesinarlo porque era el funcionario de mayor jerarquía presente en el lugar.

48. En este sentido, es claro que tanto Isagén como el Ejército Nacional crearon, con su actividad, un riesgo excepcional que, al concretarse, compromete su responsabilidad, pues la primera desarrollaba su actividad en un contexto geográfico y político, caracterizado por una fuerte presencia guerrillera en el municipio de San Rafael y por la realización de ataques sistemáticos dirigidos a sabotear la prestación del servicio de energía eléctrica por parte del Estado; en tanto que la segunda hacía presencia permanente en el mismo lugar donde la víctima trabajaba, circunstancia que en la dinámica de la confrontación armada la ponía en el riesgo cierto de sufrir afectaciones en su vida y su integridad personal.

49. En consecuencia, el daño le es imputable jurídicamente a Isagén S.A. E.S.P. y al Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, porque surge del ejercicio de una actividad que si bien es legítima –la prestación del servicio de energía eléctrica y la protección de la infraestructura energética–, debía cumplirse en condiciones de seguridad para sus trabajadores y, especialmente, para quienes, como el señor Armando Meluk, ocupaban los cargos de mayor jerarquía al interior de la Central Hidroeléctrica Jaguas.

50. Por las razones anotadas, la Sala revocará la sentencia apelada y, en su lugar, declarará, a título de riesgo excepcional, la responsabilidad de Isagén S.A. E.S.P. y de la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por la muerte del señor Armando Meluk Castro ocurrida el 17 de agosto de 2000 en el campamento El Bosque de la



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

Central Hidroeléctrica Jaguas. Las entidades condenadas concurrirán en partes iguales al pago de las indemnizaciones que habrán de fijarse, sin perjuicio de que los actores puedan exigir la totalidad de éste a cualquiera de ellas, a su elección, y de que una pueda repetir contra la otra por el monto que le corresponda>>.

3.14.- En los numerales que antecedieron las referidas manifestaciones, la Sala se ocupó en extenso, de analizar el acervo probatorio y el régimen de falla, encontrando que aquel no era exigible, en tanto estaba acreditado que tanto Isagen como el Ejército nacional no habían incurrido en conducta alguna que permitiera encuadrar la imputación reclamada en una falla atribuible a las instituciones que fueron demandadas. Tales razonamientos conclusivos fueron, los siguientes:

<<33. Vistos en conjunto, todos estos hechos son claramente indicativos de que el homicidio del señor Armando Meluk fue cometido por la guerrilla de las FARC, al punto que las propias autoridades les atribuyeron el hecho, según se lee en el oficio n.º 480 del 20 de septiembre de 2000, enviado por el comandante de la estación de policía del municipio de San Rafael a la Fiscalía General de la Nación (f. 41 c. 7):

Informo a esas jefaturas que, para la fecha de los hechos, integrantes del noveno frente de las FARC ingresaron a la central productora de energía, donde al frente de los demás trabajadores, asesinaron con un tiro de gracia al señor ARMANDO MELUK CASTRO, luego dinamitaron el casino de los trabajadores e incineraron dos carros más. Mismo grupo al margen de la ley, días anteriores incursionaron (sic) en la cabecera urbana de esta localidad, donde incineraron un total de 40 vehículos, dos puestos de servicios y asesinaron a tres personas civiles.

34. En estas condiciones, el primer interrogante que la Sala debe resolver es si el Ejército Nacional y/o Isagén fueron negligentes y descuidados porque, teniendo conocimiento del riesgo que existía en materia de seguridad para el personal que trabajaba en la Central Hidroeléctrica Jaguas, se abstuvieron de adoptar medidas efectivas para protegerlo del accionar delictivo de la guerrilla.

35. Las pruebas aportadas al proceso ofrecen una respuesta negativa al anterior cuestionamiento pues ellas son demostrativas de que ninguna de las entidades demandadas incurrió en alguna conducta que sea jurídicamente reprochable pues ambas adoptaron, en el ámbito de sus posibilidades, medidas concretas y oportunas para proteger la vida y la integridad de los trabajadores de la Central Hidroeléctrica Jaguas.

36. Isagén, por una parte, buscó reducir el riesgo de una incursión armada a sus instalaciones asegurando la presencia permanente de la fuerza pública y de personal adscrito a una empresa de vigilancia privada, quienes tenían a su cargo la misión de proteger el personal, la infraestructura, la maquinaria y los equipos que ese encontraban en su interior (ver supra párr. 17.1 y 17.2). Adicionalmente, en el año 1999, la empresa adelantó, por conducto de la ARL Suratep, un programa de



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

prevención del riesgo público con el objeto de dotar a sus trabajadores de herramientas para conocer, prevenir y afrontar las amenazas existentes en materia de seguridad, tales como retenes, hurtos, hostigamientos, secuestros, asaltos, extorsiones y atentados contra personas e instalaciones. De esta manera, Isagén quiso reducir las vulnerabilidades generadas por la fuerte presencia guerrillera en la zona donde el personal cumplía su labor (ver supra párr. 17.5).

37. Por otra parte, el Ejército Nacional dispuso de un contingente de soldados, adscritos a la Cuarta Brigada, que se asentó en las instalaciones de la Central Hidroeléctrica Jaguas, y que, como lo señalaron los señores José Ángel Suárez Ruíz y Ramón Eladio Moreno en declaraciones rendidas ante el a-quo (f. 636-642 c. 4), prestaba vigilancia permanente en el lugar.

38. Ahora bien, el hecho de que estas medidas no hayan resultado efectivas para evitar que la guerrilla incursionara en la Central Hidroeléctrica Jaguas y acabara con la vida del ingeniero Meluk Castro, no compromete la responsabilidad de las entidades demandadas porque, como lo ha dicho antes esta Corporación, la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución, la cual consiste en proteger la vida, la honra y los bienes de todas las personas que habitan el territorio nacional, es de medio y no de resultado, lo cual significa que su incumplimiento no depende de que se consume o no un determinado hecho violento, sino de que las autoridades pongan a disposición de la víctima los medios suficientes, adecuados y oportunos para prevenirlo y, en lo posible, evitarlo¹¹.

39. En este caso, la Sala considera que los medios fueron adecuados, oportunos y suficientes, atendiendo a las circunstancias del momento, porque ninguna de las entidades demandadas podía prever que los guerrilleros incursionarían al campamento El Bosque con el objeto de dar muerte a uno de sus trabajadores dado que los ataques que habían cometido hasta entonces estaban dirigidos contra la infraestructura energética y no directamente contra el personal al servicio de la empresa. La afirmación contraria, hecha por la parte demandante, no fue demostrada.

40. Y aunque en el expediente obra copia de las decisiones adoptadas por la justicia ordinaria en el marco del proceso ordinario laboral promovido contra Isagén por los familiares de otro de sus trabajadores (f. 599-617 c. 3), quien también resultó muerto en las instalaciones de la empresa, lo cierto es que las circunstancias de tiempo y modo en las que ello ocurrió se desconocen, como quedó consignado en el fallo que puso fin al proceso, por lo que resulta imposible establecer si este hecho podía considerarse como antecedente del otro.

41. Por lo anterior se considera que era razonable que tanto el Ejército como Isagén S.A. E.S.P. opinaran que la presencia militar debía concentrarse en las oficinas, en la

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 21 de abril de 2004, exp. 1994-N8725, C.P. Daniel Suárez Hernández. En similar sentido, véase la sentencia de 18 de mayo de 2017, exp. 36386, C.P. Jaime Orlando Santofimio.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

casa de máquinas y en la subestación, como afirma uno de los testigos que ocurrió¹², y no en el campamento El Bosque, pues para la protección de este lugar la empresa había contratado los servicios de una compañía de seguridad privada.

42. Además, a juicio de la Sala, la extensión superficial de la Central Hidroeléctrica Jaguas, la cual era de aproximadamente 100 o 150 cuadras, según lo dicho por el testigo Ramón Eladio Moreno (f. 640 c. 4), hacía materialmente imposible que el Ejército la custodiara en su totalidad y, por el contrario, exigía que priorizara aquellos puntos que se creía que presentaban una mayor vulnerabilidad, atendiendo al contexto histórico del momento.

43. Por lo expuesto, se concluye que las entidades demandadas no incurrieron en ninguna conducta jurídicamente reprochable, debido a que adoptaron las medidas necesarias para precaver una incursión guerrillera a las instalaciones de la Central Hidroeléctrica Jaguas, por lo que la muerte del ingeniero Meluk no les resulta imputable con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad>>.

4.- Como fundamento de la acción de tutela, la parte actora alega que la sentencia acusada incurrió puntualmente en dos defectos, a saber:

4.1.- Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión: sostiene que este defecto se dio en la sentencia objeto de la controversia pero invertido, dado que el juez no carecía del apoyo probatorio; por el contrario, el mismo daba cuenta que la unidad militar no ejercía vigilancia en el campamento en el que se encontraban las víctimas, pues dicha labor había sido asignada a una empresa privada.

4.2.- Señala que en el proceso se probó que la unidad militar estaba cumpliendo la misión de evitar ataques a la infraestructura de la central hidroeléctrica, de manera que las conclusiones a las que arribó la sentencia demandada, al declarar su responsabilidad, no son admisibles, por cuanto quedó claro que dichas unidades no estaban vigilando el lugar en el que ocurrió el homicidio, por el cual se demandó.

4.3.- Defecto material o sustantivo, se presenta cuando existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión que adopta el juez: Indica que dicho defecto se configura en la providencia acusada, toda vez que se fundamenta en argumentos contradictorios, en cuanto se probó que el lugar en el que ocurrieron los hechos no contaba con presencia de las tropas militares, pues, en la medida en que eran 9.000 hectáreas de la central hidroeléctrica se debían priorizar los puntos de vigilancia en los que era más probable la incursión de grupos armados ilegales,

¹² El señor Ramón Eladio Moreno fue interrogado, en diligencia practicada ante el a-quo, acerca del sitio de ubicación del Ejército para la fecha en que ocurrieron los hechos, a lo cual el testigo respondió: “A mi no me consta que áreas tenía el Ejército para vigilar, solo los vi ubicados junto a la casa de máquinas, subestación y oficinas, allí los veía ubicados” (f. 640 c. 4).



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

dentro de los cuales no estaba el campamento “El Bosque”, pues este contaba con seguridad privada.

4.4.- Así mismo, afirma que, según lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política, la cláusula general de responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la existencia de i) un daño antijurídico y, ii) que ese daño antijurídico le sea imputable a la entidad pública (asunto unificado en sentencias del 19 de abril de 2018 radicado 19001233100019990081501 y del 23 de agosto del mismo año). Aduce que si bien en el caso está demostrado plenamente la existencia del daño antijurídico no comparte la atribución de responsabilidad al Ministerio de Defensa, como quiera que en el proceso se probó que los hechos en los cuales perdió la vida el funcionario de la central hidroeléctrica fueron consecuencia del hecho de un tercero, situación que exime de responsabilidad a la mencionada entidad.

4.5.- Sostiene que, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, esta causal eximente de responsabilidad se configura cuando el hecho reviste características de causa extraña, es decir, debe ser imprevisible e irresistible y, además, ajeno a la esfera jurídica del demandado, de manera que, atendidas las circunstancias concretas del hecho, el Ministerio de Defensa no pudo evitar su concreción a pesar de haber tomado todas las medidas o los medios de defensa necesarios para evitarlo. Por ende, concluye que es aplicable, como causal de exoneración de responsabilidad, *-la existencia del hecho de un tercero-*.

4.6.- Agrega que, según la jurisprudencia de esta Corporación, los atentados terroristas dirigidos indiscriminadamente contra la población civil resultan imprevisibles para las autoridades públicas, a menos que se produzcan amenazas previas que permitan adoptar oportunamente medidas de protección, de manera tal que en estos casos no se configura **i)** una omisión del Estado que pueda constituirse en causa del hecho por no haber impedido el accionar de los grupos al margen de la ley y, **ii)** tampoco se presenta un riesgo concreto y excepcional que afecte a un grupo específico de ciudadanos creado por la misma administración en cumplimiento de sus funciones.

4.7.- Por otro lado, refiere que esta Corporación, en cuanto al cumplimiento estricto del deber de protección, en la sentencia de segunda instancia, señaló que el Estado, en cabeza del Ministerio de Defensa y en especial del Ejército Nacional, brindó, dentro de sus capacidades, la protección que para el momento se requería, y, que, tanto la entidad como la central hidroeléctrica adoptaron las medidas que consideraron necesarias para prevenir la ocurrencia de atentados en contra de la empresa. Sin embargo, aclara que las labores de seguridad son de medio y no de resultado. Como consecuencia de lo anterior, afirma que para que pueda atribuirse



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

una falla del servicio hay que tener en cuenta la realidad del país, el desarrollo, la amplitud y la cobertura de los servicios públicos.

4.8.- Finalmente, refiere que el deber constitucional de las fuerzas militares, de defender la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional se cumplió en este caso. Así mismo, señala que la presencia de la fuerza pública no crea riesgos a los administrados, por el contrario, garantiza a los ciudadanos, incluso a las instituciones, el ejercicio de los derechos y deberes que les asisten, así como el cumplimiento de las funciones del Estado. Además, reitera que la unidad militar no se encontraba exactamente en el lugar de la ocurrencia de los hechos, por consiguiente, no era posible crear un riesgo con su presencia.

B. Del trámite procesal y la contestación de la demanda

5.- Inicialmente, mediante auto de 4 de febrero de 2020¹³, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado admitió la acción de tutela, ordenó notificar a la autoridad judicial demandada y vincular, como terceros con interés, al Tribunal Administrativo de Antioquia, al Ejército Nacional, ISAGEN S.A. y a todos aquellos que actuaron en calidad de demandantes dentro de la demanda de reparación directa cuestionada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 y concordantes del Decreto 2591 de 1991. Aunado a lo anterior, solicitó a la autoridad judicial que conoció de la causa ordinaria enviar copia del expediente en el que se tramitó el proceso de reparación directa con radicado 2001-04026.

5.1.- No obstante lo anterior, la Secretaria General de la Corporación omitió vincular al trámite del proceso de referencia a *“todos aquellos que actuaron en calidad de demandantes dentro de la demanda de reparación directa cuestionada”* y a pesar de ello, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 3 de marzo de 2020¹⁴, negó el amparo deprecado en la demanda, sin pronunciarse sobre la falta de notificación.

5.2.- En desacuerdo con lo anterior, los accionantes presentaron impugnación, la cual le correspondió por reparto al consejero José Roberto SÁCHICA Méndez, quien, al advertir la falta de notificación de los demandantes en el proceso de reparación directa, mediante providencia del 12 de noviembre de 2021, decretó la nulidad de lo actuado, con posterioridad al auto admisorio, por indebida conformación del contradictorio.

¹³ Visible de folios 20 vto. del cuaderno principal.

¹⁴ Dicha providencia fue notificada el 27 de mayo de 2020.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

5.3.- En virtud de lo anterior, mediante auto del 27 de noviembre de 2020, el *A quo* ordenó: *“Por la Secretaría General de la Corporación, NOTIFIQUESE de manera inmediata el auto admisorio del 4 de febrero de 2020”*¹⁵. Dicho proveído fue notificado al Ministerio de Defensa, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado y el Tribunal Administrativo de Antioquia el 3 de diciembre de 2020; a la Procuraduría General de la Nación y a Seguros Generales Suramericana S.A. el 18 de diciembre de 2020, y finalmente, fue dado a conocer a los demás terceros con interés¹⁶ el 19 de enero y 4 de febrero de 2021.

(i) Seguros Generales Suramericana S.A.¹⁷

6.- La apoderada de Seguros Generales Suramericana S.A. solicitó que se ordenara a la autoridad judicial accionada proferir un nuevo fallo de segunda instancia dentro del proceso de reparación directa, en el cual, mantenga su decisión frente a la Nación – Ministerio de Defensa, pero revoque la condena con respecto a su llamada en garantía, esto es, a ISAGEN S.A. EPS, *“dado que en cabeza de ésta no se configura responsabilidad bajo ningún título de imputación”*¹⁸. En concreto, consideró que el defecto fáctico endilgado a la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, no se configuró en ninguna de sus dimensiones.

6.1.- Seguidamente, expuso las razones por las cuales considera debe ser exonerada ISAGEN de responsabilidad por la muerte del señor Armando Meluk. Al respecto, afirmó que, a diferencia de lo concluido en la segunda instancia del proceso de reparación directa, no existió responsabilidad imputable a Isagen S.A. E.S.P, toda vez que, *“el ataque fue realizado de forma intempestiva, sin la posibilidad de prever*

¹⁵ Providencia disponible en el aplicativo SAMAI, contenida en 1 folio.

¹⁶ En este punto, se advierte que, el 18 de diciembre de 2020 mediante Oficio MGA-2840 la Secretaría General envió a la dirección física de las señoras María Victoria Jaramillo Arcila y Carlina Meluk Jaramillo, demandantes en el proceso de reparación directa, el respectivo auto admisorio de la demanda, no obstante, este fue devuelto por la empresa de correos 4-72, bajo la causal *“no reside”*. Por lo anterior, se requirió a la señora Doreley Jiménez Ramírez apoderada de los señores Elizabeth Hurtado Ángel, Samir Meluk Hurtado, Yamil Meluk Hurtado, Isabel Meluk Castro, Martha Cecilia Meluk Castro, Victoria Eugenia Meluk Castro, Emilio Meluk Castro, Haydee Isabel Meluk De Abuchar Y Yolanda Meluk Castro, para que allegara la respectiva información de notificación de aquellos y de las señoras María Victoria Jaramillo Arcila y Carlina Meluk Jaramillo, requerimiento que fue cumplido el 13 y 26 de enero de 2021, indicando que al no ser la apoderada de las señoras María Victoria Jaramillo Arcila y Carlina Meluk Jaramillo no contaba con su información de contacto y afirmó que su apoderado en el proceso contencioso administrativo, esto es, el señor José Luis Viveros, podría aportar dicha información. En virtud de lo anterior, el 4 de febrero de 2021, al correo electrónico registrado a nombre del referido apoderado, se envió oficio requiriéndolo para que informara los datos de notificación de las señoras María Victoria Jaramillo Arcila y Carlina Meluk Jaramillo, sin que diera respuesta al mismo. Igualmente, el 3 de febrero de 2021 se requirió al apoderado de la Nación – Ministerio de Defensa para que aportara la información que tuviera de dichas demandantes, sin obtener respuesta.

Con todo, el fallo del 16 de febrero de 2021 fue notificado a los demandantes Elizabeth Hurtado Ángel, Samir Meluk Hurtado, Yamil Meluk Hurtado, Isabel Meluk Castro, Martha Cecilia Meluk Castro, Victoria Eugenia Meluk Castro, Emilio Meluk Castro, Haydee Isabel Meluk De Abuchar Y Yolanda Meluk Castro, a sus respectivos correos electrónicos y a las señoras María Victoria Jaramillo Arcila y Carlina Meluk Jaramillo al correo electrónico de su apoderado judicial en el proceso de reparación directa.

¹⁷ Expediente digital, intervención contenida en 8 folios.

¹⁸ Expediente digital, Folio 5 de la intervención de Seguros Generales Suramericana S.A.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

que el mismo iba a ocurrir”, sumado a que, se logró acreditar que la empresa “realizó todas las gestiones necesarias para brindar protección tanto a las instalaciones de la Central Hidroeléctrica de Jaguas, como a sus empleados”. En este punto adujo que tampoco se presentó ninguna omisión por parte de los organismos de seguridad contratados por Isagen S.A., en especial por parte de la empresa privada de seguridad, “pues ante la magnitud del ataque la capacidad de reacción se minimizó”.

6.2.- Por último, sostuvo que, al no lograrse probar en el proceso que los agentes que produjeron la muerte del señor Meluk Castro pertenecían a algún grupo terrorista que actuaba en el territorio nacional en contra del Estado, ni cuáles fueron los móviles que motivaron la producción del daño, no se cuenta con uno de los elementos necesarios para imputar responsabilidad objetiva por daño especial, el cual es el nexo de causalidad.

(ii) Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹⁹.

7.- La Subsección B de la Sección Tercera de esta Corporación (por conducto de uno de sus magistrados) señaló que la sentencia que se enjuicia fue dictada por funcionarios diferentes a quienes, a la fecha, conforman la Subsección; sin embargo, considera que la providencia y el expediente del respectivo proceso de reparación directa, contienen los argumentos y elementos necesarios para que el juez de tutela tome la decisión que en derecho corresponda²⁰.

(iii) ISAGEN S.A. E.S.P.²¹

8.- Por su parte, ISAGEN S.A. E.S.P. señaló que la sentencia cuestionada incurrió en un “**defecto fáctico y sustantivo (...) por no valoración coherente del material probatorio**”, toda vez que el *ad quem*, **sin contar con pruebas suficientes para ello**, determinó que se creó un riesgo excepcional, pues las fuerzas militares se encontraban en el campamento en el que acaecieron los hechos, lo que impulsó a los insurgentes a cometer el crimen. Sin embargo, no tuvo en cuenta que, en ese momento, estas ejercían el cuidado de la infraestructura física y que la responsabilidad de la vigilancia del campamento en específico le correspondía a la empresa privada contratada por la central hidroeléctrica en desarrollo del cumplimiento de los protocolos de seguridad.

¹⁹Intervención presentada previa anulación del 12 de noviembre de 2020, que se trae a colación en aras de garantizar el debido proceso de la parte.

²⁰ Expediente digital, Folio 51 del documento 1 de la demanda aportada en medio magnético.

²¹ Intervención presentada previa anulación del 12 de noviembre de 2020, que se trae a colación en aras de garantizar el debido proceso de la parte.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

8.1.- Manifestó que la muerte del ingeniero Armando Meluk Castro sucedió a causa de una acción terrorista perpetrada por el grupo guerrillero de las FARC que incursionó violentamente en el campamento de trabajadores “El Bosque”, ubicado en las instalaciones de la central hidroeléctrica Jaguas, propiedad de Isagén S.A. E.S.P. Advirtió que el mencionado hecho se dio dentro de la estrategia que el grupo armado adelantó para alterar el orden público en la región del oriente antioqueño, pues, con anterioridad ya habían efectuado actos contra la población civil como secuestros y homicidios. Sin embargo, hasta ese momento no habían atentado contra las instalaciones de la empresa o el personal de la compañía, así como tampoco se habían presentado amenazas que permitieran prever el atentado.

8.2.- Consideró que los argumentos expuestos en la tutela deben prosperar, toda vez que la sentencia dictada por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado desconoció principios constitucionales como el debido proceso, derecho a una defensa coherente, seguridad jurídica y legalidad, al declarar la responsabilidad solidaria de Isagén S.A. E.S.P.

8.3.- Señaló, que dentro del proceso se acreditó, que la empresa inicialmente asumió la responsabilidad de la seguridad construyendo cerramientos, porterías y, que además, desde el 31 de agosto de 1998 hasta el 31 de septiembre de 2001 época en la que sucedieron los hechos contó con vigilancia privada, pero que dada la magnitud del conflicto armado que se presentaba en la zona, en acatamiento de la “*Directiva Presidencial No. 5 del 28 de septiembre de 1991 (Plan Energético y Vial para las Fuerzas Militares)*” se recurrió a convenios de cooperación con el Ministerio de Defensa Nacional para contar con la presencia permanente del Ejército en el área y así mejorar las condiciones de seguridad tanto de los empleados como de las instalaciones de las centrales de generación de San Carlos, Jaguas y Calderas²².

8.4.- En virtud de lo anterior, coadyuvó la solicitud del Ministerio de Defensa de que se ordene a la autoridad judicial demandada proferir una nueva sentencia en la que se desestime la condena decretada.

9.- Los demás terceros con interés guardaron silencio.

C. De la sentencia de primera instancia

10.- Mediante sentencia de 16 de febrero de 2021, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, negó el amparo solicitado, al advertir que la inconformidad planteada por la parte actora en el escrito de tutela coincide con los argumentos manifestados en la contestación de la demanda del proceso ordinario y

²² Folios 60 a 67 del documento 1 de la demanda aportada en medio magnético.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

demás oportunidades procesales; en razón a ello, señaló que el mecanismo de amparo constitucional no puede ser utilizado como una tercera instancia para reabrir discusiones jurídicas ya concluidas y resueltas por el juez natural del asunto.

10.1.- Así mismo, sostuvo que, en relación con la responsabilidad del Estado por los daños causados por actos violentos de terceros, esta Corporación, en sentencia de 20 de junio de 2017 radicado 19950059501, señaló que, en el régimen de responsabilidad subjetiva (falla en el servicio), debe hacerse una valoración de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad relacionados con la posición que tenía el Estado para conocer y evitar un acto violento proveniente de un tercero, el cual debe ser diferenciable geográficamente de otras posibles amenazas existentes en un contexto de violencia sociopolítico de conflicto armado interno. Si no se configuran los anteriores elementos, el juez deberá estudiar el régimen de responsabilidad objetiva por **-riesgo excepcional-** que implica la condición de que el acto proveniente del tercero esté dirigido contra una institución estatal o persona que represente al Estado, de modo que si el acto violento se dirige de forma indiscriminada y con el único propósito de atemorizar y generar zozobra no será posible endilgar responsabilidad a los entes estatales. Finalmente, deberá analizar cada asunto a la luz del **-daño especial-** con el fin de determinar si el acto violento dirigido a un objetivo estatal resultó afectando un interés particular.

10.2.- Advierte que en el asunto objeto de estudio la autoridad judicial accionada determinó que la responsabilidad del Estado era atribuible a las entidades demandadas bajo el régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional.

10.3.- Concluyó que los argumentos expuestos por el juez natural en el proceso de reparación directa resultaron razonables de manera que la providencia enjuiciada, en cuanto al fondo del asunto, está debidamente sustentada y cumple rigurosamente con los estándares de motivación en tanto el estudio se realizó bajo las normatividad que se consideró aplicable al caso, acompañado del análisis de los hechos y las pretensiones, de las instituciones y normas, máxime si se tiene en cuenta que la parte actora no alegó que se hubieran pretermitido instancias procesales y *“acceso a la administración de justicia o al debido proceso, diferente es que esté en desacuerdo con el sentido de la decisión”*.

D. De la impugnación

11.- La decisión del A-quo fue recurrida por parte de la apoderada judicial de la Nación – Ministerio de Defensa, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de tutela y haciendo énfasis en que, si bien el fallo de tutela estableció que dentro del proceso de reparación directa el juez de segunda instancia efectuó un estudio del caso ajustado a la normatividad y la jurisprudencia aplicables, *“al comenzar por*



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

estudiar el asunto bajo el régimen de responsabilidad subjetivo y continuar con el análisis del régimen objetivo... la conclusión a la que llegó con relación a los elementos necesarios para la configuración del riesgo excepcional es errónea". Lo anterior, en atención a que, tal como se expuso en la demanda de tutela, la unidad militar no se encontraba en el campamento donde pernoctaban los funcionarios y ocurrió el ataque, puesto que este estaba custodiado por vigilancia privada.

11.1.- Sumado a lo anterior, aseveró que, dicha unidad militar sí cumplía con la función de vigilancia de la hidroeléctrica para la cual había sido asignada, solo que al ser un área con aproximadamente 9.000 hectáreas, *"se priorizaron los lugares donde de acuerdo a los antecedentes, era más probable la incursión de grupos armados ilegales"*. En consecuencia, sostiene que, no se logra entender la conclusión a la que llegó el fallador de primera instancia al declarar la responsabilidad de la entidad estatal porque con su presencia creó el riesgo excepcional, *"cuando en la misma parte motiva se manifestó que las unidades militares no estaban en el lugar del homicidio"*.

II.- CONSIDERACIONES

E. Competencia

12.- La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991²³. Dado lo anterior, corresponde determinar si se confirma, modifica o revoca el fallo impugnado, por el cual se resolvió en primera instancia la solicitud de amparo presentada por la parte actora.

F. De la acción de tutela contra providencias judiciales

13.- La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en fallo de 31 de julio de 2012, unificó la postura en relación con la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales²⁴.

13.1.- Posteriormente, a través de una nueva sentencia de unificación, la Sala Plena de la Corporación adoptó los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo

²³ "por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 31 de julio de 2012, exp. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01, C.P. María Elizabeth García González.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

86 Constitucional y, por ende, se consideró que el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características²⁵.

13.2.- Con fundamento en lo anterior, esta Corporación ha sostenido que los requisitos generales para la procedencia del mecanismo de amparo de derechos fundamentales que deben ser cuidadosamente verificados son²⁶:

- Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.
- Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* irremediable.
- Que se cumpla el requisito de inmediatez.
- Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que esta tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.
- Que la accionante identifique, de manera razonable, tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial, siempre que esto hubiere sido posible; y,
- Que no se trate de sentencias de tutela.

13.3.- A su turno, los requisitos específicos de procedencia que ha precisado la jurisprudencia constitucional en la Sentencia C-590 de 2005, acogida por la Sala Plena de esta Corporación, hacen referencia a los denominados defectos (i) orgánico, procedimental absoluto, fáctico y material o sustantivo, (ii) error inducido, (iii) decisión sin motivación, (iv) por desconocimiento del precedente, y (v) violación abierta y flagrante de la carta política.

13.4.- Adicional a los requisitos antes indicados, en punto a las sentencias proferidas por las altas cortes, en ella, el Consejo de Estado, la jurisprudencia constitucional ha exigido que el accionante debe cumplir con un requisito de procedencia adicional, consistente en demostrar la existencia de una abierta contradicción entre la providencia acusada y la Constitución. Así, cuando se controvierten providencias judiciales dictadas por las altas cortes, como ocurre en el caso bajo estudio, la Corte

²⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 5 de agosto de 2014, exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 23 de febrero de 2017, exp. 11001-03-15-000-2016-03336-00(AC), M.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, entre muchas otras providencias.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

Constitucional ha establecido que además de verificar el cumplimiento de los requisitos generales y los especiales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, se debe evidenciar *“la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional”*. Puntualmente, en Sentencia SU–573 de 2017, la Corte Constitucional señaló:

<<“Además de los anteriores requisitos, cuando se trate de acciones de tutela contra providencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, se ha determinado un criterio adicional, en atención a que ‘dichos organismos judiciales son los llamados a definir y unificar la jurisprudencia en sus respectivas jurisdicciones’²⁷. En este sentido, la sentencia SU-917 de 2010, reiterada en la SU-050 de 2017, determinó que:

‘La tutela contra providencias judiciales de las altas Corporaciones es más restrictiva, en la medida en que sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional. En los demás eventos los principios de autonomía e independencia judicial, y especialmente la condición de órganos supremos dentro de sus respectivas jurisdicciones, exigen aceptar las interpretaciones y valoraciones probatorias aun cuando el juez de tutela pudiera tener una percepción diferente del caso y hubiera llegado a otra conclusión’.

“Así las cosas, para determinar la procedencia de la acción de tutela contra una providencia judicial proferida por una Alta Corporación, la jurisprudencia constitucional ha delimitado tres requisitos: (i) el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) el cumplimiento de uno de los requisitos especiales de procedencia; y (iii) la configuración de una anomalía de tal entidad que exija la imperiosa intervención del juez constitucional”>>.

13.5.- Así pues, le corresponde al juez de tutela verificar el cumplimiento estricto de todos los requisitos generales, de tal manera que, una vez superado ese examen formal, pueda constatar si se configura, por lo menos, uno de los defectos arriba mencionados, los cuales deben ser alegados por el interesado²⁸. Ya en punto al

²⁷ Original de la cita: “SU-050 de 2017”.

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 7 de diciembre de 2016, exp. 2016 00134-01, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 7 de diciembre de 2016, exp. 2016-02213-01, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; sentencia de 24 de noviembre de 2016, exp. N° 2016-02568-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2016, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, entre otras.
Corte Constitucional, sentencias SU-556 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa; SU-542 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; SU-490 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; SU-659 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

trámite de impugnación, la competencia de quien conoce el asunto se ve circunscrita a las razones o motivos de inconformidad con el proveído que es objeto de ataque, con la particularidad de que estando de por medio derechos y garantías fundamentales, el juez, Tribunal o alta Corporación, tiene plenas facultades para efectuar un análisis integral, por así exigirlo el restablecimiento y protección de los derechos fundamentales imprecados.

13.6.- La Sala encuentra que se cumple con los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, como, en efecto, lo determinó el *A quo* en la providencia impugnada²⁹, aspecto sobre el cual las partes no controvierten, por lo que se procede a verificar si se configuran los defectos alegados por la parte actora.

G. Análisis del caso concreto

(i) El defecto fáctico planteado por la entidad accionada

14.- El Ministerio de Defensa Nacional solicita que se amparen sus derechos fundamentales i) al debido proceso, ii) la seguridad jurídica, iii) el principio de legalidad y iv) el principio de congruencia dada la contradicción existente entre los fundamentos y la decisión que adoptó el Consejo de Estado en el proveído cuestionado. Para soportar su dicho, el apoderado de la entidad pública indica que el juez de la causa incurrió en un defecto fáctico al valorar de forma indebida las pruebas que obraban en el proceso y, como consecuencia de esto, declarar su responsabilidad por la muerte del señor Armando Meluk Castro, ocurrida el 17 de agosto de 2000, en el campamento “El Bosque” de la Central Hidroeléctrica Jaguas, pues, estas daban cuenta de que la unidad militar no ejercía vigilancia en el campamento en el que se encontraba la víctima, toda vez que dicha labor había sido asignada a una empresa privada y que su misión consistía en evitar ataques a la infraestructura de la central hidroeléctrica, razón por la cual no generó el riesgo endilgado.

14.1.- Aunado a lo anterior, sostiene que la decisión carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal, dado que, a su juicio, el juez contaba con suficientes elementos para exonerar al Ministerio de Defensa de cualquier tipo de responsabilidad, pues se logró demostrar que la unidad militar no ejercía vigilancia en el campamento “El Bosque” de la central hidroeléctrica Jaguas de propiedad de Isagén S.A E.S.P., *–lugar en donde incursionó las FARC y asesinó al director de operaciones y mantenimiento Armando Meluk Castro–*, en la medida en que dicha

²⁹ Folios 6 y 7.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

función estaba a cargo de vigilancia privada contratada por la empresa. En consecuencia,

<<No se entiende la conclusión del despacho al manifestar que las entidades son responsables porque con su presencia crearon el riesgo excepcional, cuando en la misma parte motiva se manifiesta que las unidades militares no estaban en el lugar del homicidio. Así mismo se ha dejado en claro que las arengas que se gritaban eran en contra la hidroeléctrica>>

15.- En relación con el defecto fáctico, la Corte Constitucional ha señalado que es deber de los jueces no solo respetar cada una de las etapas del proceso judicial, sino también garantizar que su decisión tenga fundamento en elementos de juicio obtenidos de manera legal, correspondientes a los hechos que se alegan y sujetos a una valoración sistemática e integral. En ese contexto, ha dicho que el mencionado defecto se configura cuando el juez: (i) no tiene el apoyo probatorio necesario para justificar su decisión³⁰; (ii) incurre en un error en el examen de las pruebas, por no valorar una de ellas o por hacerlo de forma caprichosa o arbitraria; (iii) omite el decreto o la práctica de las pruebas necesarias dentro del proceso, incluso cuando ellas son *ad substantiam actus*, o (iv) adopta una decisión judicial con fundamento en una prueba obtenida de forma ilícita³¹.

15.1.- Sobre la ocurrencia del defecto fáctico, en términos generales, la Corte Constitucional ha señalado:

*<<En otras palabras, se presenta defecto fáctico **por omisión** cuando el juzgador se abstiene de decretar pruebas. (...). Existe defecto fáctico **por no valoración del acervo probatorio**, cuando el juzgador omite considerar pruebas que obran en el expediente bien sea porque 'no los advierte o simplemente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar la decisión respectiva, y en el caso concreto resulta evidente que, de haberse realizado su análisis y valoración, la solución del asunto jurídico debatido variaría sustancialmente.' Hay lugar al defecto fáctico por **valoración defectuosa del material probatorio** cuando o bien 'el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva' dando paso a un defecto fáctico por no excluir o valorar una **prueba obtenida de manera ilícita**>>³².*

³⁰ Sentencia T-231 de 1994.

³¹ Sobre el particular, entre otras, se pueden consultar las sentencias T-932 de 2003, T-902 de 2005, T-162 de 2007 y T-1265 de 2008.

³² Sentencia T-1065 de 2006.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

16.- En ese orden de ideas, la existencia del defecto fáctico respecto de un pronunciamiento judicial supone que el error en que se haya incurrido sea manifiesto, evidente y claro, con la potencialidad de tener una incidencia directa en la decisión adoptada³³.

(ii) El defecto sustantivo planteado por el actor

17.- En cuanto al defecto material o sustantivo, afirma que la decisión contiene una evidente contradicción entre los fundamentos y la decisión que adopta el juez, pues señala que el Ministerio de Defensa es responsable administrativamente, porque con la presencia permanente en el mismo lugar donde la víctima trabajaba, creó el riesgo excepcional, sin embargo, está probado que en la zona del campamento la unidad militar no hacía presencia, comoquiera que esta la ejercía la vigilancia privada. Además, porque el daño se produjo por el hecho exclusivo y determinante de un tercero, lo que excluye la responsabilidad de la administración, sin perjuicio que la incursión en el campamento comportó un hecho imprevisible e irresistible, que no compromete la responsabilidad de la administración

18.- Sobre el defecto material o sustantivo, la Corte Constitucional, en su jurisprudencia, lo ha caracterizado como la existencia de un error en una providencia judicial originado en la interpretación o aplicación de las disposiciones jurídicas al caso analizado por el juez; sin embargo, para que dicho yerro dé lugar a la procedencia del amparo, el juez constitucional debe encontrar en la providencia una irregularidad de tal magnitud, que sus efectos incidan directamente en la efectividad de los derechos fundamentales de las partes, bien sea obstaculizando su ejercicio o lesionando su contenido³⁴

18.1.- En la sentencia SU-448³⁵ de 2011 la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló las principales circunstancias que generan que una providencia judicial incurra en un defecto sustantivo. Concretamente, se explicó que ello ocurre, entre otros supuestos, cuando:

<<i>. La decisión judicial tiene como fundamento una norma que no es aplicable, porque a) no es pertinente, b) ha perdido su vigencia por haber sido derogada, c) es inexistente, d) ha sido declarada contraria a la Constitución, e) a pesar de que la norma en cuestión está vigente y es constitucional, no se adecúa a la situación fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador;

³³ Sentencia T-316 de 2019.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-346 de 2012, M.P. Adriana María Guillen Arango (E).

³⁵ Corte Constitucional, sentencia SU de 26 de mayo de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

ii) Pese a la autonomía judicial, la interpretación o aplicación de la norma al caso concreto, no se encuentra, prima facie, dentro del margen de interpretación razonable o la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes o cuando en una decisión judicial se aplica una norma jurídica de manera manifiestamente errada, sacando del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable tal decisión judicial;

iii). No toma en cuenta sentencias que han definido su alcance con efectos erga omnes

(...)

ix) Sin un mínimo de argumentación se desconoce el precedente judicial>>

18.2.- La incongruencia atada al precedente judicial, parte del hecho que, constituye una garantía para que los fallos judiciales estén apoyados en una interpretación sólida del ordenamiento y para que exista seguridad jurídica. En ello, la Corte concuerda que a través del precedente que fijan los órganos de cierre jurisdiccional, se establezcan las pautas de interpretación y aplicación de la normatividad legal en lo que respecta a los conflictos contencioso administrativo.

18.3.- Al respecto, en la sentencia C-634 de 2011³⁶ se mencionaron los motivos que le dan mayor fuerza al carácter vinculante de la jurisprudencia de las altas cortes, a saber: *“(i) el reconocimiento del carácter ordenador y unificador de las subreglas creadas por los altos tribunales de justicia, como la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional; y (ii) la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión, esto es, las diversas fuentes formales de derecho, otorgándose prevalencia a aquellas de superior jerarquía, como la Constitución; (b) cumplan con reglas mínimas de argumentación, que eviten las falacias y las contradicciones; (c) sean consistentes con las demás decisiones adoptadas por el sistema judicial, de modo que cumplan con el requisito de procedibilidad antes anotado”*.

19.- La coherencia interna que se derivaría de la existencia de decisiones uniformes y reiteradas por parte de los órganos de cierre implica que los jueces de inferior jerarquía deban respetar los precedentes que existan en una dimensión vertical, lo que disminuye el margen de error y permite concentrar los esfuerzos de tribunales de cierre en casos puntuales que den impulso a la labor de consolidación de la jurisprudencia. Por este motivo, la función de unificación jurisprudencial es una vía

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C 634 de 24 de agosto de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

para garantizar la unidad en el ordenamiento jurídico y preservar el derecho a la igualdad³⁷.

19.1.- Lo anterior no significa que el operador judicial no pueda disentir o apartarse del precedente, pero, para que ello ocurra, no basta sustentar la decisión, sino que se deben exponer razones suficientes que evidencien la necesidad de aplicar una nueva regla de decisión que, desde el punto de vista interpretativo, brinde una mayor protección a valores, principios y derechos constitucionales. n.

(iii) El riesgo excepcional. Título de imputación aplicado al caso concreto

20.- Conforme da cuenta la sentencia de 20 de junio de 2017³⁸, frente a los actos violentos de terceros, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en distintos estadios de la jurisprudencia, ha privilegiado y alternado la resolución de los casos concretos, bajo la teoría de la falla del servicio como fundamento de reparación cuando: *i)* en la producción del daño estuvo suficientemente presente la complicidad por acción u omisión de agentes estatales³⁹; *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 brindaron⁴⁰ o las mismas fueron insuficientes o tardías⁴¹, de tal manera que su omisión es objeto de reproche jurídico (infracción a la posición de garante)⁴²; *iii)* la población, blanco del ataque, no solicitó las medidas referidas; no

³⁷ Ibidem.

³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia de 20 de junio de 2017, expediente 18860, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, rad. 10.140, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros. También ver la sentencia del 29 de mayo de 2014 de la Subsección B, Sección Tercera, rad. 30.377, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo, en la que se absolvió al Estado porque no se acreditó la participación de agentes de la fuerza pública en la masacre de la Vereda La Fagua, Chía, ni se probó que los miembros de la comunidad que conocieron del riesgo de la realización de homicidios selectivos en dicha vereda entablaron denuncias o puesto en conocimiento de las autoridades esta situación ni tampoco que el atentado fuera previsible.

⁴⁰ Con fundamento en ese título de imputación se accedió a las pretensiones de los demandantes en sentencias de la Sección Tercera de 11 de diciembre de 1990, rad. 5.417, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; 21 de marzo de 1991, rad. 5.595, M.P. Julio César Uribe Acosta; 19 de agosto de 1994, rad. 9.276 y 8.222, M.P. Daniel Suárez Hernández; 2 de febrero de 1995, rad. 9.273, M.P. Juan de dios Montes; 16 de febrero de 1995, rad. 9.040, M.P. Juan de dios Montes; 30 de marzo de 1995, rad. 9.459, M.P. Juan de dios Montes; 27 de julio de 1995, rad. 9.266, M.P. Juan de dios Montes; 6 de octubre de 1995, rad. 9.587, M.P. Carlos Betancur Jaramillo; 14 de marzo de 1996, rad. 11.038, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; 29 de agosto de 1996, rad. 10.949, M.P. Daniel Suárez Hernández y 11 de julio de 1996, rad. 10.822, M.P. Daniel Suárez Hernández, entre muchas otras.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de diciembre de 2013, rad. 30.814, M.P. Danilo Rojas Betancourth. En este sentido, véase la sentencia el 11 de julio de 1996, rad. 10.822, M.P. Daniel Suárez Hernández, mediante la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por la muerte del comandante de guardia de la cárcel del municipio de Cañasgordas (Antioquia) durante un ataque armado perpetrado por presuntos guerrilleros, aprovechando las deficientes condiciones de seguridad que presentaba el establecimiento carcelario.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 20 de noviembre de 2008, rad. 20511, M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Este fue el título de imputación a partir del cual se declaró la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados a las víctimas de la toma del Palacio de Justicia. Al respecto, véanse, entre otras, las sentencias del 16 de febrero de 1995, rad. 9.040, M.P. Juan de Dios Montes; del 27 de junio de 1995,



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

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 ataque⁴³; y iv) **el Estado omitió adoptar medidas de prevención y seguridad para evitar o atender adecuadamente una situación de riesgo objetivamente creada por este**⁴⁴.

20.1.- Y, donde no se acredita una falla del servicio por infracción a un deber jurídico interno o internacional, el Consejo de Estado ha fundado las decisiones en el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, **bajo la condición de que el acto violento proveniente del tercero esté dirigido en contra de un integrante o institución estatal, esto es, personas o entidades que representen al Estado.**⁴⁵

20.2.- Sin perjuicio que, también ha considerado que, en algunos eventos, le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros bajo la teoría del daño especial, porque en ejercicio de la legalidad o en el cumplimiento de los fines estatales, o en el ejercicio de sus competencias, se causa daños a terceros inocentes y ello implica la obligación jurídica del Estado de equilibrar nuevamente las cargas que resultaron quebrantadas.⁴⁶

21.- En el caso concreto, la sentencia atacada, luego de encontrar que las demandadas no habían incurrido o propiciado una hipótesis generadora de responsabilidad por falla del servicio, encontró fundamento en el riesgo excepcional, título de imputación del régimen de responsabilidad objetivo, el cual descarta de suyo una censura frente a la conducta de la administración y sobre el que se centrará esta decisión, pues se encuentra que fue indebida e insuficientemente soportada.

22.- En apretado pero preciso resumen, precisa esta judicatura que la responsabilidad estatal, por daños causados por actos violentos de terceros, se caracteriza por:

rad. 9.266, M.P. Juan de Dios Montes; del 3 de abril de 1995, rad. 9.459, M.P. Juan de Dios Montes; y del 29 de marzo de 1996, rad. 10.920, M.P. Jesús María Carrillo.

⁴³ La sentencia del 12 de noviembre de 1993, rad. 8233, M.P. Daniel Suárez Hernández, responsabiliza al Estado por los daños causados con la destrucción de un bus de transporte público por parte de la guerrilla del ELN, en protesta por el alza del servicio de transporte entre los municipios de Bucaramanga y Piedecuesta (Santander). A juicio de la Sala, el daño es imputable a título de falla del servicio porque, aunque la empresa transportadora no solicitó protección a las autoridades, éstas tenían conocimiento que en esa región *“el alza del transporte genera reacciones violentas de parte de subversivos en contra de los vehículos con los cuales se presta ese servicio público”*. Ver igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de junio de 1997, rad. 11.875, M.P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁴ Este no es un acto típico de terrorismo; no obstante, esta fue la postura asumida por la Sección Tercera del Consejo de Estado al resolver la acción de reparación directa originada en la toma guerrillera a la base militar de Las Delicias en el departamento de Putumayo, sentencia de 25 de mayo de 2011, rad. 15.838, 18.075, 25.212 (acumulados). M.P. Jaime Orlando Santofimio.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia de 20 de junio de 2017, expediente 18860, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴⁶ Ibidem.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

- i) El ataque es dirigido por terceros que luchan contra el Estado y esté dirigido contra blancos selectivos, esto es, personas o instituciones representativas del Estado.
- ii) La conducta del Estado es legítima.
- iii) El daño se origina en una actividad o un riesgo de naturaleza anormal.
- iv) Se rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas.

23.- De igual manera, bajo este título de imputación, la causa extraña, como ocurre con el hecho exclusivo y determinante del tercero, excluye la responsabilidad de la administración, al igual que, **cuando el acto violento sea de carácter indiscriminado cuyo objetivo sea provocar pánico, temor o zozobra entre la población civil, por resultar imprevisible e irresistible.**

24.- En la misma oportunidad ya indicada, la sentencia de 20 de junio de 2017⁴⁷ sostuvo sobre el alcance del riesgo excepcional, lo siguiente:

*<<15.1. 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 1984⁴⁸. 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 riesgo⁴⁹ se concreta y llega a producir un daño, este último deberá ser reparado por el Estado.***

(...)

15.3. 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. En ese orden,

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala Plena Sección Tercera, sentencia de 20 de junio de 2017, expediente 18860, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁴⁸ La teoría del riesgo excepcional se aplicó por primera vez por el Consejo de Estado para fundar la responsabilidad del Estado en la sentencia de la Sección Tercera del 2 de febrero de 1984, rad. 2744, M.P. Eduardo Suescún Monroy: "El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a "un riesgo de naturaleza excepcional" (Laubadere) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la Administración, así no haya habido falta o falla del servicio".

⁴⁹ Sobre la diferencia entre riesgo excepcional y riesgo social, ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de diciembre 5 de 2006, rad. 28.459, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, con aclaración de voto del magistrado Mauricio Fajardo Gómez.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

*para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado⁵⁰ **se requiere de la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente, que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y cuya única manera de exoneración opera cuando media una causa extraña imprevisible e irresistible como lo es la fuerza mayor, el hecho exclusivo y determinante de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.***

(...)

15.6. *Para que el acto violento causado materialmente por terceros sea imputado al Estado es menester que, según lo dicho por esta Corporación, esté dirigido contra blancos selectivos, esto es, personas o instituciones representativas del Estado, pues si el acto violento es de carácter indiscriminado cuyo objetivo es provocar, como lo es el acto de terrorismo, pánico, temor o zozobra entre la población civil, no es posible declarar la responsabilidad del Estado con fundamento en el riesgo excepcional.*

15.7. *Bajo esta perspectiva teórica, la Sala ha desestimado las pretensiones encaminadas a vincular la responsabilidad del Estado en casos de actos violentos perpetrados por agentes no estatales cuyo objetivo es indeterminado. Tal es el caso de la incineración de vehículos de transporte por parte de subversivos⁵¹; la destrucción por artefacto explosivo de una vivienda que se encontraba en cercanías a una estación de Policía en La Herrera, Tolima⁵²; la muerte de personas y destrucción de una vivienda en Bogotá, como consecuencia de una explosión de un carro con dinamita que fue activado por un cartel de narcotraficantes, y que no tenía un objetivo estatal identificado⁵³; la destrucción de un automóvil y las lesiones padecidas por una familia con ocasión de la detonación de un carro bomba puesto por criminales del narcotráfico en el barrio Quirigua de la ciudad de Bogotá, D.C.⁵⁴; la destrucción de una unidad comercial ubicada en la carrera 9ª n.º 15-19 local 4 Edificio Sinaí de la ciudad de Bogotá D.C. por la explosión de una bomba⁵⁵; las lesiones sufridas por una personas con ocasión de la explosión de una bomba en el Centro Comercial 93 de Bogotá⁵⁶; la lesión y muerte de dos funcionarios de la Inspección 12B de Policía de Barrios Unidos de esta ciudad a causa de la explosión de un carro-bomba estacionado cerca del lugar donde se adelantaba una diligencia judicial de embargo y secuestro en el marco de un*

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de agosto de 2000, rad. 11.585, M.P. Alier Eduardo Hernández.

⁵¹ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2002, rad. 13.251, M.P. María Elena Giraldo.

⁵² Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2003, rad. 14.220, en igual sentido, sentencia del 20 de mayo de 2004, rad. 14.405, ambas con ponencia del magistrado Ramiro Saavedra.

⁵³ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2001, rad. 12.951, M.P. Jesús María Carrillo.

⁵⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 21 de febrero de 2002, rad. 13.661, M.P. Ricardo Hoyos.

⁵⁵ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 23 de octubre de 2003, rad. 14.211, M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁶ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 14 de julio 2004, rad. 14.318, M.P. Alier Hernández.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

proceso ejecutivo⁵⁷; la muerte de una mujer por un artefacto explosivo instalado en una sucursal bancaria en Bogotá⁵⁸; la explosión de un artefacto instalado por la guerrilla en el baño de una cafetería, ubicada al lado del Comando de la Policía Nacional, la cual funcionaba en la ciudad de Montería, Córdoba⁵⁹.

(...)

15.9. En conclusión, los casos en los que se dilucida la declaratoria de responsabilidad estatal por daños ocasionados por actos violentos perpetrados por un tercero, donde no se acredita una falla del servicio por infracción a un deber jurídico interno o internacional, pueden, según sus particularidades, ser examinados a la luz del título de imputación objetivo de riesgo excepcional, bajo la condición de que el acto violento proveniente del tercero esté dirigido en contra de un integrante o institución estatal, esto es, personas o entidades que representen al Estado. No obstante, a continuación, se examinará cómo la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado también que, en algunos eventos, le son imputables al Estado los daños causados por actos violentos cometidos por terceros bajo la teoría del daño especial>> (Negrilla y subraya fuera del texto original)

(iv) El caso concreto

25.- Las precisiones frente al régimen de responsabilidad por riesgo excepcional, la jurisprudencia de la corporación y los breves y generales razonamientos contenidos en la providencia que se denuncia, desde una perspectiva constitucional, permiten a la Sala cuestionar la decisión que vino a resolver la demanda presentada por la ciudadana Elizabeth María Hurtado Ángel y otros. Para estos efectos se consignan las siguientes consideraciones:

25.1.- Sea lo primero anotar que todo apunta a indicar que nos encontramos frente a un defecto fáctico, que pone en cuestión las razones que condujeron al fallador a declarar la responsabilidad de la administración, especialmente porque las pruebas valoradas subsumieron el asunto en el título de imputación de riesgo excepcional que dio lugar a la condena, no solo ante una insuficiente, sino insustentada valoración probatoria.

25.2.- Ante todo, la Sala hace suyas lo que al respecto considera la jurisprudencia en torno al alcance del defecto fáctico, el cual se presenta cuando la decisión no tiene el apoyo probatorio suficiente para aplicar el supuesto legal en el que sustenta

⁵⁷ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 6 de junio de 2007, rad. 16.460, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁸ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 21 de junio de 2007, rad. 25.627, M.P. Alier Hernández.

⁵⁹ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, rad. 18.536, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

la decisión, porque dejó de valorar una prueba o no la valora dentro de los cauces racionales y/o denegó la práctica de alguna sin justificación.

26.- Descendiendo y retomando las motivaciones que condujeron a la Subsección B para proferir la sentencia de 20 de marzo de 2018, en cuanto declaró patrimonial y solidariamente responsables a la Nación, Ministerio de Defensa y a Isagen S.A. E.S.P. con fundamento en el título de imputación de riesgo excepcional, estas se concretan, así:

i) El daño se produjo en un contexto de ataques sistemáticos cometidos por la guerrilla de las FARC contra la industria energética del país, específicamente, contra las centrales hidroeléctricas;

ii) Se evidenció que los guerrilleros ingresaron a la central hidroeléctrica con el objetivo de materializar amenazas realizadas con anterioridad;

iii) El hecho se desarrolló en un contexto geográfico y político caracterizado por una fuerte presencia guerrillera en el municipio de San Rafael;

iv) El ejército hacía presencia permanente en la central hidroeléctrica, lugar en el que trabajaba la víctima;

v) Finalmente, concluyó que el daño surgió del ejercicio de una actividad que si bien es legítima -la prestación del servicio de energía eléctrica y la protección de la infraestructura energética-, se cumplía en condiciones de inseguridad para sus trabajadores.

26.1.- Para una mayor precisión, la Sala encuentra relacionados los siguientes elementos probatorios: i) El convenio de colaboración n.º 46/569 suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional e Isagen S.A. para proteger las centrales San Carlos, Jaguas y Calderas de propiedad de esta última, vigente hasta el 31 de diciembre de 2000; ii) el contrato de seguridad suscrito con la empresa Miro Seguridad Ltda prorrogado hasta el 30 de septiembre de 2001; iii) la investigación sobre los hechos en los que resultó muerto el ingeniero Meluk, adelantada por Isagen y que denominó “*Investigación de accidentes de trabajo enfoque causa-efecto*”; iv) las publicaciones en la prensa escrita; v) el programa de atención preventiva del riesgo público, que implementó la administradora de riesgos profesionales Suratep, por solicitud de Isagén S.A. E.S.P., dirigido a los trabajadores de las centrales hidroeléctricas de San Carlos y la Jagua para enseñar un conjunto de estrategias encaminadas a la prevención de situaciones de violencia, vi) el comunicado del mes de mayo de 2000, enviado por el noveno frente de las FARC, acusando al Ejército de utilizar las centrales hidroeléctricas del oriente



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

antioqueño, como bases de operaciones para atacar a la población civil y otro, del mes de marzo, declarando objetivo militar a las centrales hidroeléctricas de Isagen S.A. y vii) el oficio n.º 480 del 20 de septiembre de 2000, suscrito por el comandante de la estación de policía de San Rafael, así como las publicaciones de prensa que dan cuenta de la incursión guerrillera de las FARC en el municipio de San Rafael, donde incineraron cuarenta vehículos, dos puestos de servicios y asesinaron a tres personas.

27.- En ese escenario, se advierte que el juez de la causa, en la providencia acusada, incurrió en un defecto fáctico, al valorar de forma indebida el material probatorio, pues (i) no hizo un análisis de la prueba para determinar la existencia del riesgo excepcional; (ii) tampoco explicó por qué las actividades de generación, operación y mantenimiento de las centrales de producción y conducción de energía, así como la protección por parte del Ejército Nacional a la infraestructura de Isagen constituyen un riesgo excepcional; (iii) no relaciona las pruebas por las cuales concluye la sistematicidad de los ataques, a pesar que las mismas motivaciones constituyeron los argumentos centrales de la decisión, tal y como pasa a explicarse:

28.- En cuanto omite analizar la prueba para determinar la existencia del riesgo excepcional. El actor sostiene que este defecto se dio en la sentencia objeto de la controversia pero invertido, dado que el juez valoró indebidamente las pruebas, pues los elementos arrimados daban cuenta que la unidad militar no ejercía vigilancia en el campamento en el que se encontraban las víctimas, comoquiera que dicha labor había sido asignada a una empresa privada.

28.1- A no dudarlo, la decisión incurre en una indebida valoración probatoria y no hay claridad sobre la forma como fueron interpretados y valorados los distintos elementos de juicio, tanto por la descripción de los hechos como por las conclusiones finales. Las pruebas allegadas indican que i) la unidad militar no custodiaba el campamento “El Bosque” donde se alojaba el señor Meluk, cuando fue muerto por las FARC; ii) no había presencia de la fuerza pública, porque la prioridad de la unidad militar era la protección de la infraestructura de la central hidroeléctrica; iii) en cambio, se probó que la seguridad del campamento, se encontraba a cargo de una empresa de vigilancia privada y, iv) la incursión al campamento fue dirigida contra Isagen, específicamente contra los trabajadores de la empresa y no contra la unidad militar, cuyo pie de fuerza estaba destinado a custodiar la planta, la maquinaria y las instalaciones de la central, conforme da cuenta el mencionado convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de Defensa Nacional e Isagen S.A., el contrato de seguridad celebrado con la empresa Miro Seguridad Ltda y el informe elaborado por Isagen que contiene la investigación de las circunstancias específicas que rodearon los hechos que terminaron con la vida de la víctima, sin perjuicio de los diferentes registros noticiosos sobre el hecho.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

28.2.- En este contexto, le correspondía al juez de la reparación establecer la conducta riesgosa imputable al Ejército Nacional, para estructurar el juicio de responsabilidad bajo el título de imputación que favoreció, pero ocurre que, la sentencia atacada no establece el factor desencadenante de riesgo endilgado al Ejército, y solo se limita a señalar que la fuerza pública hacía presencia permanente en la central hidroeléctrica, cuando las pruebas evidenciaban que si bien custodiaba la infraestructura, a renglón seguido reconoce que la unidad militar no protegía el campamento donde se encontraba la víctima, por lo que se echa de menos el indicio de presencia en el lugar de los hechos.

28.3.- Este panorama pone en cuestión la *ratio* de la decisión, porque la realidad probatoria no da cuenta claramente que la conducta de la fuerza pública expusiera a un riesgo mayor a los trabajadores de la empresa. A pesar de ello, la sentencia concluye sobre la existencia del riesgo, lo que permite censurar el argumento, pues la plena prueba, construida alrededor de las probanzas previas y concomitantes al hecho, evidenciaron que el daño fue el resultado de la conducta de un tercero.

28.4- Sobre el punto anterior, solo la causa extraña, consistente en la conducta exclusiva y determinante del tercero rompe el nexo causal. Sin embargo, en este caso, no se estableció con claridad si indicios previos o concomitantes al hecho, incluido los indicios de presencia o circunstanciales, comportaban factores que impedían romper el nexo causal para constituirse en factores de riesgo imputable al Ejército Nacional. La sentencia no da cuenta de las pruebas sobre la existencia del riesgo, por lo que su argumentación está construida sobre afirmaciones generalizadas carentes de sustento probatorio.

29.- No explica por qué las actividades de generación, operación, mantenimiento de las centrales de producción y conducción de energía eléctrica por parte de Isagen, así como la protección por parte del Ejército Nacional a la infraestructura, constituyen un factor riesgo excepcional.

29.1.- Aunque la sentencia da por sentado que i) las actividades relativas a la generación, operación, mantenimiento, distribución o adición de energía eléctrica por su naturaleza son catalogadas como actividades peligrosas generadoras de riesgo, no se puede pasar por alto que la sentencia cuestionada, por un lado, no lo sustenta, pero con gravedad mayúscula, no acredita que el hecho dañino se haya derivado de la actividad generadora de riesgo, cuando a no dudarlo, el fallecimiento del señor Meluk no tuvo relación con la prestación del servicio en ninguna de las fases descritas, sino por razones ajenas a su propia actividad, de modo que no comportó la materialización del riesgo ni éste fue la causa del daño. Y a la par de lo anterior, ii) tampoco explica por qué la presencia de la fuerza pública puede constituirse en



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

un factor desencadenante de riesgo, máxime, si en los términos del convenio de colaboración, su misión consistía en custodiar la infraestructura de la central hidroeléctrica y no el campamento “El Bosque” destinado a los servidores de la empresa, cuya seguridad se encontraba a cargo de una empresa privada, sin dejar de considerar, además, que los servidores de Isagén no fueron objeto de amenazas previas, aspecto del que sí dio cuenta la sentencia atacada, cuando analizó lo concerniente a la posible falla del servicio.

29.2.- En resumen, se echa de menos un fundamento cuando menos razonable, acompañado de elementos de juicio que den cuenta sobre el por qué la actividad de Isagen concretó el daño, consistente en el fallecimiento del señor Meluk o por qué las medidas positivas de la unidad militar, dirigidas a la protección de la infraestructura de la central hidroeléctrica comprometieron la responsabilidad de la administración, bajo el régimen objetivo.

29.3.- Es pacífico estructurar la responsabilidad de la entidad en los casos de atentados terroristas, cuando las autoridades no prestan la debida protección debiendo hacerlo, o cuando las circunstancias lo ameritan. Y también, se compromete la responsabilidad del Estado bajo los supuestos del régimen objetivo, cuando las autoridades actuando legítimamente, en ejercicio de un deber legal y en cumplimiento del mandato constitucional protegen a todas las personas residentes en Colombia⁶⁰, en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, dado que en estos casos, a pesar que la conducta del Estado es legítima, el daño se origina en una actividad o un riesgo de naturaleza anormal imputada a la administración, que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas, porque expone a sus asociados a un daño o un riesgo anormal. Pero aún bajo los distintos títulos de imputación, el daño debe ser atribuible jurídicamente a la administración, cuyo análisis y fundamento, la sentencia denunciada no lo observa y pone de relieve el defecto fáctico en que incurre.

29.4.- Además, de la premisa anterior, la sentencia de 20 de marzo de 2018, en el caso concreto, no justificó la calificación sobre la actividad generadora del riesgo atribuible a Isagen, teniendo como punto de referencia, las circunstancias que originaron los hechos. Tampoco señala por qué las medidas de protección que brindaba el Ejército Nacional a la Central Hidroeléctrica, destinatarias de la actividad

⁶⁰ Constitución Política, Artículo 2º *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

que implicaba la protección de la infraestructura de la generación eléctrica, eran factores desencadenantes del riesgo y por qué, en el caso concreto, el riesgo cobijó al campamento “El Bosque”, ubicado en un área distinta de la central (no se especifica la distancia entre uno y otro punto), donde no hacía presencia la unidad militar, pues frente a este último, no se precisaron las circunstancias generadoras de riesgo y tampoco se indicó el apoyo probatorio necesario para justificar la decisión

29.5.- En consecuencia, la Sala encuentra que la decisión se limitó a hacer algunas imputaciones generales, lo que incrementa el defecto, cuando el régimen de responsabilidad, aún bajo la óptica del título de imputación del riesgo excepcional, exige, por un lado, la certeza respecto del daño causado y su imputación jurídica a la demandada y, por otro, la plena prueba sobre los elementos que estructuran la responsabilidad bien sea a través de pruebas directas o indirectas. Sin embargo, la decisión resultó insuficiente respecto de la valoración probatoria y desde este punto de vista aparece configurado el defecto fáctico, pues de cara a las pruebas que sirvieron de fundamento a la decisión, conducían a una conclusión contraria.

30.- En cuanto al argumento de la sentencia consistente en que el daño se produjo en un contexto de ataques sistemáticos cometidos por la guerrilla de las FARC contra la industria energética del país, específicamente, contra las centrales hidroeléctricas en las que la fuerza pública hacía presencia de manera permanente.

30.1.- Este juez observa que, aunque la decisión dio importancia a los ataques sistemáticos cometidos por la guerrilla de las FARC contra la industria energética del país, luego de repasado el material probatorio, este argumento no se encuentra justificado, no existen pruebas directas o indirectas, ni elementos de juicio que den cuenta de dicha imputación y tampoco el juez de la reparación lo explica. En consecuencia, se trata de un juicio de valor, una afirmación generalizada sin pruebas, dado que la realidad probatoria no da cuenta de la sistematicidad de los ataques perpetrados por la guerrilla de las FARC, especialmente en la zona donde operaba la central hidroeléctrica la Jagua de Isagen. En ese contexto, no hay un análisis probatorio sobre la creación del riesgo a partir de dicha afirmación.

30.2.- En efecto, los argumentos centrales de la decisión atacada incurren en el defecto fáctico denunciado, pues el juez de la reparación a pesar de que existen elementos probatorios omite considerarlos o les atribuye una interpretación y una conclusión contraevidente a las probanzas arrojadas. Esto se ve cuando afirma que el Ejército Nacional generó el riesgo a pesar de no encontrarse en el lugar de los hechos, no fundamentó su decisión en el material probatorio para justificar los ataques sistemáticos y no justifica la calificación sobre la actividad riesgosa. Y si



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

bien estos aspectos constituyeron la *ratio* fundamental para encontrar declarada la responsabilidad, también la sentencia deja de valorar otras probanzas previas y concomitantes al hecho, que dan cuenta de la situación particular por la que atravesaba la víctima, pues la decisión no cuestiona si el señor Meluk estaba sometido a igual nivel de riesgo comparado con otras personas en condiciones similares. No pasó por el tamiz de valorar si la incursión del noveno frente de la FARC en las instalaciones de Isagen S.A., comportaba un hecho imprevisible e irresistible, dado que con mayor rigor no evaluó que i) desde el mes de marzo del año 2000 la central había sido declarada objetivo militar, hecho que se repitió en el mes de mayo y la incursión ocurrió en el mes de agosto del mismo año, ii) que, días antes, hubo una incursión guerrillera de las FARC en el municipio de San Rafael, donde se encontraba ubicada la central y no se preguntó iii) por qué la especial protección brindada por la Unidad Militar solo se predicó de la infraestructura y de los puntos que consideró prioritarios de la central.

30.3.- Así las cosas, la insuficiencia, indebida o falta de valoración probatoria, como ocurrió, dejan al descubierto que siendo relevantes algunos de los elementos de juicio referidos, se echaron de menos y no se soportaron en pruebas que respaldaran sus conclusiones.

30.4.- En consecuencia, le corresponderá al juez de la reparación valorar y ponderar todas las circunstancias que se dejan expuestas, dado que el juez de la acción constitucional solo está llamado a establecer la existencia del defecto fáctico denunciado como ocurrió. Y en este caso, la Sala encuentra que la decisión no cuenta con el fundamento probatorio necesario para concluir sobre la sistematicidad de los ataques enrostrada en la decisión. Igualmente, se evidencia una indebida valoración probatoria cuando la sentencia concluyó *prima facie* que la conducta atribuible al Ejército Nacional comportó un factor desencadenante de riesgo y que, igual ocurrió con la actividad propia de la central hidroeléctrica, bajo el entendido que implicaron un riesgo excepcional para el señor Meluk, lo cual exige mayor argumentación y fundamentación probatoria, por lo que no hay duda de la configuración del defecto fáctico denunciado.

31.- En este orden de ideas, la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado revocará el fallo de tutela dictado el 16 de febrero de 2021, por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado y, en su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y de Isagén S.A. E.S.P, comoquiera que en la providencia reprochada se concretó un defecto fáctico en los términos explicados en esta sentencia.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

32.- En consecuencia, se ordenará a la subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado que, profiera una nueva decisión dentro del proceso número radicado 05001233100020010402602 (48498), en la que realice un análisis integral y sistemático de todas las pruebas allegadas al expediente.

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

III. F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 16 de febrero de 2021, proferida por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que negó el amparo solicitado y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho fundamental al debido proceso de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y de Isagén S.A. E.S.P, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, el 20 de marzo de 2018 que revocó la sentencia dictada, en primera instancia, el 6 de diciembre de 2011, por la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa, Sala Quinta de Decisión, del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual esta Corporación declaró a Isagén S.A. E.S.P. y a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional administrativamente responsables de la muerte del señor Armando Meluk Castro, ocurrida el 17 de agosto de 2000 en el campamento “El Bosque” de la Central Hidroeléctrica Jaguas.

TERCERO: ORDENAR a la Sección Tercera, Subsección “B” del Consejo de Estado que, dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta sentencia, profiera un nuevo fallo dentro del proceso número radicado 05001-23-31-000-2001-04026-02(49498), en el que realice un análisis integral y sistemático de todas las pruebas allegadas al expediente, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

CUARTO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

QUINTO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



Radicación: 11001-03-15-000-2020-00354-01
Actor: Nación – Ministerio de Defensa Nacional
Demandado: Consejo de Estado – Sección Tercera Subsección B
Referencia: Acción de tutela (sentencia de segunda instancia)

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN
Con salvamento de voto

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE⁶¹
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

⁶¹ Nota: se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI del Consejo de Estado, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar su integridad y autenticidad en el enlace <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.