



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Valledupar, veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA

DEMANDANTE: ANIBAL MOYA FULA Y OTROS

DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

RADICADO: 20-001-33-33-001-2015-00055-01

MAGISTRADO PONENTE: OSCAR IVAN CASTAÑEDA DAZA

I. ASUNTO.-

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, contra la sentencia de quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, que resolvió¹:

“PRIMERO. Declarar no probada la excepción de mérito denominada Hecho de un Tercero propuesta por la parte demandada dentro del presente proceso.

SEGUNDO. Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, por las lesiones sufridas por el señor ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA con ocasión de los hechos ocurridos el día 13 de Marzo de 2014, en la ciudad de Valledupar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condenar a la Policía Nacional, a pagar por concepto de daño material en la modalidad de lucro cesante consolidado, a favor del señor Aníbal Moya Fula, la suma de DIEZ MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS. (\$10.455.750); y como lucro cesante futuro la suma de treinta y nueve millones setecientos un mil doscientos cincuenta pesos \$39.701.250.

CUARTO: Condenar a la Policía Nacional, a pagar a los demandantes por concepto de daño inmaterial en la modalidad de perjuicios morales las sumas de dinero equivalentes al salario mínimo legal mensual vigente al momento de la ejecutoria de esta sentencia, en las siguientes cantidades²:

¹ Folio 181 y siguientes.

² Según los parámetros señalados por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 28 de Agosto de 2013 (Radicación: 05001-23-31-000-1996-00659-01):

Demandante	Indemnización daño moral en salarios mínimos mensuales
Aníbal Enrique Moya Fula	40
Merle Yaneth Herrera Mayorga	40
Moisés Moya Herrera	40
Aníbal Enrique Moya Herrera	40
Sergio Enrique Moya Molina	40
Juana Dolores Fula Núñez	40
Milton Enrique Moya Fula	20
Wilson Enrique Moya Fula	20
Juan Miguel Moya Fula	20
Leónidas Enrique Moya Fula	20
Sergio Segundo Moya Fula	20
Milena María Moya Fula	20
Angélica María Moya Arias	20
Fredy Enrique Moya Kettyl	20
Serguina María Moya Kettyl	20

CUARTO: Condénese en costas a la parte demandada, ténganse como agencias en derecho la suma equivalente al 5% de las pretensiones reconocidas en esta sentencia. Liquidense por secretaria.

QUINTO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso (...).

II.- ANTECEDENTES.-

En ejercicio del medio de control de reparación directa, la parte demandante, actuando por conducto de apoderado judicial, elevó las siguientes súplicas³:

PRIMERA: Que LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL) se declare administrativa y patrimonialmente responsable de todos los perjuicios sufridos por los demandantes, a raíz de las lesiones, secuelas, enfermedades y problemas de salud físicos y mentales que padece ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA, que le fueron causadas por las heridas que recibió en su humanidad por proyectil de arma de fuego disparada durante un enfrentamiento entre unos delincuentes y miembros de la policía nacional (SIJIN), estos últimos estando en actos del servicio, en hechos ocurridos el día 13 de marzo de 2014 aproximadamente a las 10:30 am, en la diagonal 16 con carrera 14 de la ciudad de Valledupar (Cesar).

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración LA NACIÓN COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL), reconozca y pague todos los perjuicios ocasionados por las lesiones y problemas de salud que padece el señor ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA, en la siguiente forma:

³ Folio 6 del expediente

A. PERJUICIOS MORALES: Pido que se le reconozcan y paguen por este concepto a cada uno de los demandantes, las siguientes sumas de dinero:

- 1- A ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA, víctima de las lesiones y problemas de salud: Como mínimo, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- 2- A MERLE YANETH HERRERA MAYORGA, compañera permanente de la víctima: Como mínimo, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- 3- A MOISES MOYA HERRERA y ANIBAL ENRIQUE MOYA HERRERA, hijos de la víctima: Como mínimo, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.
- 4- A SERGIO ENRIQUE MOYA MOLINA y JUANA DOLORES FULA NUÑEZ, padres de la víctima: Como mínimo, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.
- 5- A MILTON ENRIQUE MOYA FULA, WILSON ENRIQUE MOYA FULA, JUAN MIGUEL MOYA FULA, LEONIDAS ENRIQUE MOYA FULA, SERGIO SEGUNDO MOYA FULA, MILENA MARIA MOYA FULA, ANGELICA MARIA MOYA ARIAS, FREDY ENRIQUE MOYA KETTYL, SERGUINA MARIA MOYA KETTYL, hermanos de la víctima: Como mínimo, el equivalente a CINCUENTA (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

B- PERJUICIOS MATERIALES LUCRO CESANTE: La suma de dinero por valor de \$150.000.000 que ha dejado y dejará de percibir ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA durante toda su vida, por estar afectado de incapacidad permanente parcial, deformidad física de carácter permanente y disminución de su capacidad laboral también permanente.

C- DAÑO DE LA ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA: Pido que se le reconozcan y paguen por este concepto al lesionado, las siguientes sumas de dinero:

- 1- A ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA, víctima de las lesiones y problemas de salud: Como mínimo, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- TERCERA: Las sumas de dinero a que se condene, devengarán intereses moratorios desde la fecha de la sentencia, hasta que se paguen totalmente.
- CUARTA: La sentencia deberá ejecutarse de conformidad con los artículos 192 y 195 del C.P.A.C. A. (...)"

2.1.- HECHOS.-

Los fundamentos fácticos de las pretensiones incoadas por el demandante a través de su apoderado judicial en la presente litis, podríamos resumirlos así:

De la demanda se desprende que el Sr. ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA resultó lesionado en su humanidad por un proyectil de arma de fuego, disparada durante un enfrentamiento entre unos delincuentes y miembros de la Policía Nacional (SIJIN), estos últimos estando en actos del servicio, en hechos ocurridos el día 13 de marzo de 2014 aproximadamente a las 10:30 am, en la diagonal 16 con carrera 14 de la ciudad de Valledupar (Cesar).

Las lesiones que recibió ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA, consisten en herida por proyectil de arma de fuego en Antebrazo Izquierdo. Fractura oblicua completa no desplazada a nivel del tercio distal del radio, Antebrazo Derecho Fractura por

avulsión a nivel de tercio proximal de cubito. En Miembros superiores: cicatrices en número de 4 hipercrómicas, hipertróficas, de 1 x 0,5; 1 x 0,5; 0,5 x 0,5 y 0,5 x 0,5 cm., a nivel de cara anterior externa de tercio medio e inferior de antebrazo izquierdo. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica, de 2x1 cm, a nivel de cara anterior de tercio inferior de antebrazo izquierdo, a 20 cm, del vértice. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica, ostensible de 3x1, a nivel de cara anterior de tercio medio de antebrazo derecho. Cicatriz hipercrómica, normo derecho. Cicatrices múltiples hipercrómicas, hipertróficas, en número de cuatro, de 1x0,5 cm, cada uno, a nivel de cara posterior de tercio superior y medio de antebrazo derecho. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica de 1,5 cm, a nivel de cara anterior de tercio medio de antebrazo derecho, con compromiso moderado arcos del movimiento de la muñeca y de la presión de los dedos de mano derecha.

Se argumenta que el actuar de los miembros de la Fuerza Pública fue imprudente al trenzarse en un enfrentamiento con armas de fuego en una zona céntrica de la ciudad de Valledupar, por evitar un hurto a una persona, poniendo en riesgo no solo la vida de la persona lesionada, sino de todos los transeúntes que se encontraban transitando por aquella calle.

Finalmente, se indica que el hoy lesionado y su núcleo familiar han sufrido notables afectaciones a su vida de relación y daños de índole moral y material, los cuales hacen procedente la indemnización reclamada.

Esto, en esencia, es lo que inspira su demanda.

SOBRE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, mediante sentencia del quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), concedió las pretensiones de la demanda.

En la providencia se dejó consignado:

“(…) Pues bien, estando probado dentro de la actuación que el señor Aníbal Moya Fula resultó lesionado en un intercambio de disparos en el que participó la Policía Nacional, y analizando el caso a la luz del precedente jurisprudencial expuesto, es procedente declarar la responsabilidad de la entidad demandada, pues de acuerdo a lo reiterado por el Consejo de Estado, el señor Aníbal Moya Fula fue víctima de un daño especial, el cual afectó también a su familia.

Lo anterior se tiene así, independientemente de que el proyectil que impactó al demandante haya sido disparado o no por miembros de la POLICÍA, pues como quedó dicho en el acápite de marco normativo y jurisprudencial, en este caso la víctima sufrió un daño en circunstancias que exceden la carga o sacrificio que como ciudadano debía atender, y aún si el daño le hubiese sido causado directamente por el delincuente que con su actuación originó el operativo policial, el hecho de ese tercero no tiene la aptitud para exonerar de responsabilidad a la demandada, puesto que en todo caso el daño se causó en razón de la defensa del Estado ante el hecho del tercero, porque si bien esa defensa es legítima, el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico, en cuanto éstas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados.

Lo anterior, ha sido ratificado por el Consejo de Estado⁴, a través de sentencia del 8 de noviembre de 2016 en la cual se hizo un recuento de cómo ha concebido esa Corporación el daño especial como título de imputación de responsabilidad, y en dicha sentencia manifestó: "Así las cosas, en prieta síntesis, la Sala considera que el Estado debe responder patrimonialmente no porque su comportamiento pueda entenderse constitutivo de reproche, sino por la necesidad de restablecer en este caso concreto el equilibrio frente a las cargas públicas y, en tal virtud, acompañar a las víctimas injustamente ofendidas con este tipo de ataques, de forma que se garanticen efectivamente –y no en el campo de la retórica- los principios constitucionales de equidad, solidaridad y se restablezca el principio de igualdad frente a las cargas públicas."

Así las cosas, este Despacho vislumbra la responsabilidad del Estado por daño especial ocasionado al señor ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA, por lo que se declarará su responsabilidad y se tendrá como no probada la excepción de hecho de un tercero alegado por la parte demandada (...)"⁵.

SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

En su escrito, el apoderado de los demandantes pretende la modificación de la decisión adoptada en primera instancia al advertir que hubo una serie de perjuicios que pretendía fueron reconocidos que no fueron tenidos en cuenta por el fallador de instancia, tales como el daño a la vida de relación, argumentando que las lesiones causadas si tienen una envergadura tal que justifican el reconocimiento del daño a su favor.

PARTE DEMANDADA

Del escrito de apelación arrimado al expediente por la accionada, se desprende que esta considera que en el caso bajo estudio no se configuraron los elementos constitutivos de la responsabilidad administrativa, pues en el asunto no existe prueba alguna encaminada a demostrar que el proyectil que impactó al señor MOYA FULA hubiera sido disparado por un miembro de la Fuerza Pública, de suerte que no resulta dable endilgarle responsabilidad a dicha entidad.

III. TRÁMITE PROCESAL.-

Mediante auto del treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), fue admitido el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos de la litis, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito de Valledupar⁶.

Por auto del dieciocho (18) de enero de dos mil dieciocho (2018), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión⁷.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

El Sr. Agente del Ministerio Público no rindió concepto al interior de este proceso.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN, Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 25000-23-26-000-2004-01039-01(38505), Actor: MARÍA AURORA PINEROS SIERRA Y OTRO, Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL - D.A.S, Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

⁵ Folio 185 del expediente

⁶ Folio 218 del expediente

⁷ Folio 222 del expediente

V.- CONSIDERACIONES.-

No advirtiéndose en este momento procesal ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuesto por ambos extremos de la Litis, contra la sentencia de quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

5.1.- COMPETENCIA.-

De conformidad con lo establecido en el artículo 153 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente para la época de presentación de la demanda, es competente esta Corporación para conocer en segunda instancia del recurso de apelación propuesto por las partes en el presente asunto, contra la sentencia fechada del quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar.

5.2.- PROBLEMA JURÍDICO.-

El problema Jurídico en esta instancia se circunscribe a determinar si la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, por medio de la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, debe ser revocada en atención a los argumentos expuestos por la parte demandada en el sentido que no se pudo determinar la imputabilidad del daño a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional; o si, por el contrario, la decisión se ajusta a los lineamientos legal y jurisprudencialmente establecidos para el asunto, evento en el cual, sería lo procedente modificar o confirmar la decisión en todas sus partes por lo expuesto en el escrito de acusación de la parte demandante.

5.3.- PRUEBAS

De las pruebas allegadas al expediente, se tiene:

Poderes especiales otorgados para este asunto.

Copia auténtica de las actas de registro civil de nacimiento del lesionado, sus hijos y hermanos.

Copias de las cédulas de ciudadanía del lesionado y todos los demandantes.

Declaración extraprocesal donde se declara que ANIBAL MOYA vive maritalmente desde hace más de 17 años con MERLE HERRERA.

Copia de la Historia Clínica No. 77.173.536 expedida por la Clínica Del Cesar S.A.

Copia del Informe Médico Legal N° DSCSR-DRNORORIENTE-01866-2014.

Copia del Informe Médico Legal N° DSCSR-DRNORORIENTE-03411-2014.

Copia del Informe Médico Legal N° DSCSR-DRNORORIENTE-00003-2015.

Copia auténtica de la Historia Clínica emitida por la Médico Psiquiatra Dra. LEILA MARTINEZ ISAAC correspondiente al paciente ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA de la Clínica Del Cesar S.A.

Ejemplar del periódico el pilón de fecha 14 de marzo de 2014, donde se publicó la noticia referente a los hechos donde resultó lesionado ANIBAL MOYA FULA.

Documentos donde consta que se agotó el requisito previo de procedibilidad de la conciliación prejudicial administrativa.

5.4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para dirimir el asunto objeto de litigio, la Sala partirá del análisis de la existencia del daño, el cual ha sido considerado jurisprudencial y doctrinariamente, como el primer elemento estructural y punto de partida de los procesos de responsabilidad, pues es ante la existencia de éste que se pone en marcha el aparato social y jurisdiccional con miras a buscar la reparación de la víctima, siendo definido el daño como aquella afrenta, lesión o alteración del goce pacífico de los intereses lícitos de una persona, tratándose de derechos pecuniarios o no pecuniarios, individuales o colectivos.

El segundo elemento de la responsabilidad a estudiar, es el denominado "imputación" que corresponde a la identificación del hecho que ocasionó el daño sufrido por la víctima y por consiguiente del sujeto, suceso o cosa que lo produjo, al respecto se precisa que si bien en la teoría tradicional de la responsabilidad, al hacer referencia al elemento imputación, se hablaba de Nexo Causal, entendido como la relación necesaria y eficiente entre el daño provocado y el hecho dañino; sin embargo, en la actualidad dicho concepto ha sido ampliado jurisprudencialmente, entendiéndose que, al ser un criterio naturalístico de relación causa-efecto, el mismo puede quedarse corto a la hora de englobar la totalidad de consideraciones que implica un proceso de imputación, por lo que se hace necesario, analizar el contenido de dicho nexo causal con un componente fáctico y un componente jurídico, los cuales deben ser satisfechos en la construcción del juicio de responsabilidad.

Luego se pasa a analizar el tercer elemento del juicio de responsabilidad, consistente en el fundamento del deber de reparar, en cuyo estudio debe determinarse si en la entidad demandada se encuentra en el deber de reparar el daño que le fue imputado y de resultar ello cierto, bajo qué fundamento o régimen de responsabilidad ha de ser declarada administrativamente responsable.

Lo anterior, partiendo de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, disposición que regula, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de manera general, la responsabilidad extracontractual del Estado, en los siguientes términos:

"Art. 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste".

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la administración entendiendo por tal, el componente que "permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la

falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”⁸.

En consecuencia, respecto de las situaciones enunciadas en el acápite jurisprudencial transcrito, se tiene que el régimen bajo el cual se analice la responsabilidad del Estado, será diferente dependiendo del origen del daño, pues en la primera hipótesis (falla del servicio) se estudiará bajo el régimen subjetivo, mientras que en la segunda (Riesgo excepcional) se hará bajo el régimen objetivo, regímenes que como lo ha sostenido el Consejo de Estado, son coexistentes y no excluyentes, correspondiendo su determinación, al Juez que conoce el caso particular tal como lo establece el principio *iura novit curia*.

Dados los supuestos fácticos descritos, resulta necesario precisar el contenido y alcance de los parámetros con arreglo a los cuales el Estado debe responder frente a casos como el presente, marco en el cual se le atribuye el daño causado a consecuencia de un operativo policial, a la luz de la jurisprudencia actual del H. Consejo de Estado.

Al respecto, este Despacho considera pertinente citar algunos apartes del fallo proferido el 14 de junio de 2001, en el cual se señaló:

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

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

No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima".

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; sentencia del 16 de septiembre de 1999; Exp.10922 C.P. Ricardo Hoyos Duque.

En relación con la teoría del riesgo excepcional, indico también el H. Consejo de Estado:

“Según esta teoría, el Estado compromete su responsabilidad cuando quiera que en la construcción de una obra o en la prestación de un servicio, desarrollados en beneficio de la comunidad, emplea medios o utiliza recursos que colocan a los administrados, bien en sus personas o en sus patrimonios, en situación de quedar expuestos a experimentar un riesgo de naturaleza excepcional que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio (...)”⁹.

En consecuencia, hasta ese momento, cuando se discutió la responsabilidad del Estado por daños causados accidentalmente en operativos policiales, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional; así, la Administración se hacía responsable siempre que, en ejercicio de las funciones a su cargo, se produjera un daño con ocasión de una actividad peligrosa o de la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades, por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional o el Ejército Nacional, pues se entiende que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante estaba en la obligación de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante; por su parte, la Administración puede exonerarse de responsabilidad, para lo que deberá acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero¹⁰.

Ahora bien, del desarrollo jurisprudencial, se tiene que la idea según la cual es un presupuesto de la responsabilidad que el daño haya acaecido producto de la utilización de un arma de uso oficial o, que siquiera haya sido causado por un agente estatal, ha sido modificada por una noción más amplia, apoyada en un criterio más amplio de responsabilidad expuesto en sentencia de 12 de Febrero de 2015, con ponencia de Doctor HERNAN ANDRADE RINCON, cuyo aparte relevante se transcribe in extenso en las líneas venideras, así:

“(...) Lo anterior, analizado de manera integral con las demás pruebas obrantes en el expediente, muestra que la señora Tafur Camacho no pudo ser quien le disparó al joven Girclis Trillos Arnedo, pues quedó probado que, para el momento del operativo policial, no tenía a su cargo arma de fuego de dotación oficial como tampoco tenía registrada a su nombre una de uso personal.

Si bien es cierto que los miembros de la Fuerza Pública deben estar capacitados para actuar en los diferentes operativos, en punto a resolver satisfactoriamente situaciones como la que enfrentaron en este caso, sin

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 Expediente No. 4655 MP. Antonio J. De Irisarri Restrepo.

¹⁰ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, Sección tercera, Subsección a Consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil doce (2012)

que puedan excederse en el uso de la fuerza, no es menos cierto que, para deducir la falla en el servicio, ha de contarse con unos mínimos elementos de prueba que permitan constatar que los agentes de la Policía Nacional actuaron de manera defectuosa en el cumplimiento de sus funciones o que, durante la prestación del servicio, desatendieron los procedimientos de rigor para los cuales han sido preparados, aspectos éstos que en el presente caso, se reitera, no fueron demostrados.

En efecto, no aparece demostrado en el expediente que el arma que causó la muerte a la víctima fuera accionada por algún miembro de la Policía, en ejercicio desmedido de la fuerza, mucho menos por la señora Tafur Camacho; por el contrario, de las investigaciones de carácter penal⁷⁶ y disciplinario que se adelantaron con ocasión de la muerte del señor Girclis Trillos Arnedo, no resulta que se tenga o pueda tenerse por probada la autoría de la policial Tafur Camacho en los hechos aquí examinados, como tampoco puede tenerse por demostrada con el testimonio de la señora García Camelo, dado que, como ya se dijo, existen pruebas que le restan credibilidad a su dicho, pues la Cabo Tafur no tenía registrada ningún arma de uso personal⁷⁸ y el 4 de noviembre de 1999, la Sargento Segundo Tafur Camacho reclamó como únicos medios del servicio el casco, el protector, el escudo plástico y el bastón de mando⁷⁹, es decir que no tenía asignada arma de dotación oficial para la diligencia de desalojo, esto sumado a que, durante el desahucio, la referida policial estuvo a cargo de la recepción de los menores que se encontraban en la invasión.

Así las cosas, el material probatorio allegado al expediente no permite concluir, con la fuerza de convicción necesaria, que la muerte del señor Girclis Trillos Arnedo hubiere sido ocasionada con un arma de dotación oficial, en el marco de un uso arbitrario de la fuerza en su contra por parte de la Policía Nacional, dado que no se encuentran probadas tales circunstancias en el proceso.

No obstante lo anterior, la imposibilidad de encuadrar la responsabilidad bajo el régimen de falla en el servicio no impide a la Sala que, en aplicación del principio *iura novit curia*, se examine el presente asunto bajo la óptica de la responsabilidad objetiva, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria.

En este sentido, esta Subsección, al resolver un caso edificado sobre similares supuestos fácticos a los del presente, en sentencia del pasado 9 de julio de 2014 sostuvo que:

la jurisprudencia de la Sección ha señalado que, como corolario del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a Derecho que le sean atribuibles e incluso por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos.

De igual manera, ha sido reconocida la operatividad de regímenes en los cuales no se precisa del acaecimiento de falta o falla alguna en el funcionamiento del servicio para que resulte posible deducir responsabilidad a la entidad normativamente encargada de prestarlo; se trata de los denominados regímenes de responsabilidad 'sin culpa' o 'sin

‘falta’, en los cuales la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que la actividad de éste o la conducta –activa u omisiva– de sus agentes, se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico; son los referidos eventos, aquellos en los cuales esta Corporación ha reconocido y estructurado los catalogados como títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, entre ellos el basado en el daño especial.

De igual manera, es pertinente reiterar lo expuesto por esta Sala en reciente providencia, respecto del régimen de imputación derivado del daño especial, ocasión en la cual se resolvió un caso similar al aquí tratado y, señaló que la Sección ha utilizado este fundamento de imputación para declarar la responsabilidad estatal, por entender que el daño se atribuye al Estado teniendo en cuenta que si bien el enfrentamiento entre las fuerzas del orden y los delincuentes puede resultar legítimo, la víctima no tiene por qué soportar los perjuicios sufridos en tales circunstancias, independientemente de quién los haya causado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la teoría del daño especial, tiene su fundamento en la equidad, puesto que existen eventos en los cuales deberá el Estado entrar a reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y especialidad.

En consecuencia, acreditado como está que la muerte del señor Girclis Trillos Arnedo fue causada por un impacto de arma de fuego en momentos en que se presentaba una confrontación con la fuerza pública, originada por una diligencia de desalojo, la Sala encuentra que resulta irrelevante determinar la autoría del causante del daño para imputar responsabilidad al Estado, toda vez que su declaratoria en estos precisos eventos solo exige que se produzca en el marco de un enfrentamiento en el que estén involucradas fuerzas estatales, aspecto que, al estar suficientemente probado en el proceso, impone a la Sala la necesidad de declarar la existencia de responsabilidad estatal en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce, proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad y, por cuanto para la víctima injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de las cargas públicas que normalmente debía soportar (...)”¹¹.

De la providencia en cuestión, es lógica llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el estudio de la responsabilidad del Estado para casos que surgen de los operativos policiales ha sufrido una serie de modificaciones que, a juicio del H. Consejo de Estado, amplían la garantía de los derechos de las personas y establecen de manera precisa la limitación en términos de acción de los agentes estatales a la hora de realizar operativos.

En la actualidad, deviene en conducta injusta del Estado el daño ocasionado a un particular en desarrollo de un operativo policial, sin que sea necesario que medie la comprobación que el mismo fue ocasionado por el agente estatal que atendía el mentado operativo, respondiendo a criterios objetivos, vistos desde la óptica de quien resulta lesionado, sin estar en la obligación de soportar tal vejamen.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. MP. HERNAN ANDRADE RINCON, 12 de Febrero de 2015. Radicación. 20001-23-31-000-2000-00734-01(28257).

En segundo lugar, que no es de recibo el análisis de la conducta en términos de la eventual responsabilidad penal o disciplinario del agente del Estado involucrado en el hecho dañoso, pues la falla en el servicio es un hecho de carácter abstracto, que trasciende la personalísima investigación de la comisión de delitos o faltas disciplinarias.

Al respecto, el H. Consejo de Estado en sentencia citada *ut supra*, estimo:

“(...) Resulta igualmente importante precisar que la responsabilidad penal por los delitos o las culpas, así como la responsabilidad disciplinaria por conductas antiéticas o ajenas de la práctica profesional, son distintas a la responsabilidad del Estado por falla del servicio, pues, mientras las primeras son personales, la falta del servicio es normalmente anónima, institucional. Además, cabe anotar que si bien éstas -la responsabilidad penal o la disciplinaria y la resultante de la falla en el servicio- pueden concurrir, dado que la conducta penal o disciplinaria del agente puede también poner de presente una falla del servicio, esto no altera el enfoque del asunto, como tampoco lo modifica que esa conducta personal, por su lado, deje de ser sancionada penal o disciplinariamente por ausencia de prueba o porque, conforme a lo recaudado en dicho proceso, no se logre establecer la autoría del delito, comoquiera que cada proceso tiene un acervo probatorio independiente (...)”¹²

Finalmente, que es una facultad del operador judicial en este tipo de casos hacer un estudio de la responsabilidad, tomando como base el régimen de falla en el servicio, pues esto no implica de manera alguna la alteración de los presupuestos procesales, así como tampoco modifica las hipótesis causales del daño deprecado a favor de alguna de las partes.

5.5. CASO CONCRETO

De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, se sabe que el 13 de marzo de 2014 en las inmediaciones de la carrera 14 con calle 16 del Municipio de Valledupar, se dio un enfrentamiento entre miembros de la Fuerza Pública y un presunto delincuente que pasaba por ese sitio. Al respecto, afirmó el PT JUAN AGUIRRE SANCHEZ:

“(...) para ese día, nos encontrábamos efectivamente frente al local comercial el palacio de los accesorios verificando una información de unas personas que al parecer estaban vendiendo o comercializando equipos celulares de mala procedencia, cuando era aproximadamente las nueve o diez de la mañana que nos encontrábamos tomando un jugo de naranja en este punto para pasar más de percibidos (sic), en ese instante observamos mi compañero y yo que venía una persona de sexo masculino corriendo con un arma de fuego en la mano de igual forma llevaba una mochila aruaca, al momento que esta persona pasa por el lado se percató que nosotros éramos policías (...) el sujeto nos manifiesta que nos quedáramos sanos que nosotros sabíamos cómo era la vuelta (...) en ese momento esa persona como que quiere salir a correr, nosotros procedemos a cubrirnos y es ahí donde este sujeto comienza a dispararnos y se presente un cruce de disparos donde este sujeto resulta herido por delante y este sujeto se voltea a tratarse de subir a una moto y resulta herido también por arma de fuego y es allí donde se logra llamar a la ambulancia (...)”¹³

¹² Op cit.

¹³ Folio 338 del cuaderno de la investigación penal.

Del mentado enfrentamiento, quedó herido el señor Aníbal Enrique Moya Fula con proyectil de arma de fuego. Además se recaudó en la actuación los testimonios de los señores Luis Eduardo Chamorro Manjarres, Franklin Reales Manjarrez y el señor Albey De Jesús Ruíz quienes manifestaron estar en la zona en que ocurrieron los hechos y manifestaron que luego del intercambio de disparos entre la policía y el delincuente resultó herido el señor Aníbal Moya, quien cayó a poso metros de ahí.

Está acreditado también que por causa del impacto de bala, el señor ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA tuvo lesiones en sus brazos consistentes en Fractura oblicua completa no desplazada a nivel del tercio distal del radio en Antebrazo Izquierdo, Antebrazo Derecho Fractura por avulsión a nivel de tercio proximal de cubito. En Miembros superiores: cicatrices en número de 4 hipercrómicas, hipertróficas, de 1x0,5; 1x0,5; 0,5x0,5 y 0,5x0,5 cm., a nivel de cara anterior externa de tercio medio e inferior de antebrazo izquierdo. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica, de 2x1 cm, a nivel de cara anterior de tercio inferior de antebrazo izquierdo, a 20 cm, del vértice. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica, ostensible de 3x1, a nivel de cara anterior de tercio medio de antebrazo derecho. Cicatriz hipercrómica, normo derecho. Cicatrices múltiples hipercrómicas, hipertróficas, en número de cuatro, de 1x 0,5 cm, cada uno, a nivel de cara posterior de tercio superior y medio de antebrazo derecho. Cicatriz hipercrómica, hipertrófica de 1,5 cm, a nivel de cara anterior de tercio medio de antebrazo derecho. Con compromiso moderado arcos del movimiento de la muñeca y de la presión de los dedos de mano derecha.

Con secuelas médicas legales consistentes en: (i) Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; (ii) Perturbación funcional del miembro superior derecho de carácter permanente, y (iii) Perturbación funcional del órgano prensil de carácter permanente. Lo anterior, según informe pericial de clínica forense No: DSCSR-DRNORORIENTE-00003-2015, expedido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Dirección Seccional Cesar.

Está probado igualmente que la capacidad laboral del señor ANIBAL ENRIQUE MOYA FULA se vio reducida en un 24.40% según consta en el Dictamen No. 6397 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Cesar (fls.146 al 149), en el cual se calificó 1. Herida por arma de fuego (secuelas por HPAF lesión en tejidos blandos con dolor + disestesias y limitación funcional de prensión y agarre (EMG del 19 de septiembre del 2016), neuropatía de nervio winor, mano semiagarra) y 2. Ansiedad (deficiencia por re-experimentación del trauma en el último año con síntomas de ansiedad, irritabilidad y flash back del evento) lo que le produce una P.C.L. de 24.40% de origen ACCIDENTE COMÚN.

Ahora bien, desde la contestación de la demanda, pasando por lo argumentado en el recurso de apelación interpuesto, la Policía Nacional advierte que no le asiste responsabilidad en el asunto, al no haberse demostrado que el proyectil que causó la lesión haya sido disparado por un de sus miembros.

Al respecto, como se dijo en líneas pasadas, debe tenerse claro que el análisis del asunto depende en gran medida de las situaciones fácticas que rodearon su ocurrencia; así entonces, si la acción u omisión del estado que casi el daño es ilegítima, el fundamento de la responsabilidad será el de la falla en el servicio; de otra parte, si la actividad del Estado es, en cambio, legítima y además riesgosa y el daño es producto de la concreción del riesgo que ella crea, el fundamento será el riesgo excepcional; y finalmente, si la actividad del Estado es legítima y –tratándose de una acción- no es riesgosa y se ha desarrollado en beneficio de la comunidad, pero con ella se ha causado un grave perjuicio a un particular, el fundamento será el daño especial.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, es apenas evidente que estamos en presencia del riesgo excepcional, en tanto los miembros de la Policía que –según su propia admisión–, se encontraban realizando operaciones de rutina previamente en el sector y que al momento de la ocurrencia del hecho “se tomaban un jugo de naranja” se enfrascaron en una suerte de operación con respecto a quien pasó por su lado con un arma de fuego, batiendo posteriormente con este a disparos.

En sentir de la Sala, la responsabilidad en el presente asunto se fundamenta en el hecho que la actividad de los policiales fue legítima, sin embargo, generó un riesgo a los transeúntes que, como el caso del hoy demandante, vieron su vida e integridad en riesgo en razón a aquel intercambio de disparos que se dio en medio de una calle por demás concurrida a las diez de la mañana.

Sobre el particular, el H. Consejo de Estado ha sido enfático al afirmar:

“(…) la Sala reitera su posición de que los daños que sufran las personas como consecuencia del conflicto armado interno le son imputables al Estado cuando se demuestra que son consecuencia de una falla del servicio de la administración o del riesgo creado por la entidad estatal con el fin de cumplir su función de garantizar la vida e integridad de las personas y que el ataque estuvo dirigido concretamente contra un establecimiento militar o policivo, un centro de comunicaciones o un personaje representativo de la cúpula (…)”¹⁴.

En otra ocasión, reafirmando su postura, precisó:

“(…) En conclusión, en el caso concreto se demostró que el Municipio de Santa Rosa del Sur, en el Departamento de Bolívar, se adelantó un combate entre las fuerzas del orden y grupos subversivos, circunstancia que generó un riesgo excepcional para la ciudadanía, en el caso concreto para el médico Freddy del Cristo Gómez Sierra, hecho que, por ende, conforme al criterio expuesto, da lugar a afirmar que el daño por el cual se demanda indemnización es imputable a la entidad demandada (…)”¹⁵.

Así las cosas, no es de recibo la argumentación expuesta por la parte accionada en el sentido que al no haberse demostrado que uno de sus proyectiles impactó la humanidad del demandante, no se le puede imputar la responsabilidad en el caso, en tanto si se encuentra demostrado que se creó una situación de riesgo para los transeúntes, entre ellos el hoy demandante, que trajo consigo el resultado indeseado.

Por lo anterior, no se acoge la argumentación expuesta por la parte accionada.

Así las cosas, resta entonces referirse al contenido del recurso de apelación interpuesto por el demandante, con respecto al no reconocimiento los perjuicios a la vida de relación.

El daño a la salud debe considerarse como una lesión autónoma y de diferente naturaleza a la del daño emergente, a la del lucro cesante y a la de los perjuicios morales, ya que afecta esfera de la víctima distinta de las que lesionan los otros, sea decir, diferente del patrimonio o de la integridad física o síquica.

¹⁴ Expediente 16630.

¹⁵ Sentencia de 15571.

Frente a este daño debemos precisar que inicialmente la jurisprudencia del Consejo de Estado lo denominó como daño fisiológico, refiriéndose a este como "(...) aquel que rebasa la parte íntima o interna de la persona y le afecta su relación con el exterior, entendida esta no necesariamente desde el punto de vista de las relaciones sociales, sino, en sus relaciones con las cosas del mundo externo, pudiendo afectar aun los actos de carácter individual pero exteriores al individuo; ya que se trata de un daño extramatrimonial a la vida exterior, dado que se afecta su vida interna, espiritual (...)"¹⁶.

Bajo esta denominación, se consideró que esta lesión estaba ligada al impedimento de realizar actividades placenteras; no obstante, posteriormente, se extendió a todos casos de privación o alteración de la realización de cualquier actividad, no necesariamente de carácter placentero, suprimiéndose la calificación de fisiológico para adoptar la más comprensiva de daño a la vida de relación y aceptándose en todos los casos de detrimento a un bien jurídicamente tutelado, tratándose de la vida, la intimidad personal, la honra, el patrimonio económico, etc.¹⁷.

A través del desarrollo Jurisprudencial, el Consejo De Estado dio una denominación diferente a este daño, determinándolo como alteración a las condiciones de existencia, no obstante este concepto fue dejado atrás, adoptando el concepto de daño a la salud¹⁸.

En el presente caso, no se advirtió del caudal probatorio la existencia de tal vulneración, por lo que la Sala coincide con lo afirmado por el Despacho de instancia en el sentido que no resultaba procedente y se confirmará tal decisión.

Sin embargo, se modificará el ordinal cuarto de la parte resolutive de la providencia, cuando inadvertidamente se incurrió en instancia en un error de escritura con respecto al nombre de una de las demandantes; pues se dejó consignado como SERGUINA MARIA MOYA KETTYL, cuando en realidad se debió escribir como SERGINA MARIA MORA KETTYL, por lo que se modificará la decisión en ese respecto.

6.- SOBRE LA CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

La Sala revocará la condena en costas contenida en el numeral cuarto de la parte resolutive de la providencia de instancia, habida cuenta que no aparece de que se hubiesen causado, tal como lo exige el numeral 8º del artículo 365 del CGP¹⁹, aplicable en materia contencioso – administrativa, por remisión expresa del artículo 188 del CPACA²⁰.

Al respecto, el H. Consejo de Estado dispuso:

"En este caso, nos hallamos ante el evento descrito en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P. Sin embargo, como lo ha precisado la Sala, esta circunstancia debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Agosto 10 de 2005. Rad. 16205. Consejero Ponente: María Elena Giraldo.

¹⁷ Ibídem

¹⁸ Véase: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Septiembre 14 de 2011. Rad. 38.222. C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ "Art. 365.- En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos e que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...)

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

²⁰ Art. 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.

que se causaron y en la medida de su comprobación". En esas condiciones, se advierte que, una vez revisado el expediente, no existen elementos de prueba que demuestren o justifiquen las erogaciones por concepto de costas o agencias en derecho a cargo del ente demandado en ninguna de las dos instancias. Por lo tanto, se revoca la condena en costas en primera instancia y no se condena en costas en segunda instancia²¹.

En razón y mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cesar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia de quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal cuarto de la providencia ya referenciada, advirtiendo que el nombre de la demandante es SERGINA MARIA MORA KETTYL, según lo expuesto en líneas pasadas.

TERCERO: CONFIRMAR en sus demás partes la sentencia de quince (15) de septiembre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Primero (1º) Administrativo de Valledupar, de conformidad con lo expuesto *ut supra*.

CUARTO: Sin condena en costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

QUINTO: En firme esta sentencia, DEVOLVER el expediente al Juzgado Primero (1º) Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar, para lo de su competencia.

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Este proveído fue discutido y aprobado en reunión de Sala de decisión efectuada en la fecha. Acta No. 007.


OSCAR IVAN CASTANEDA DAZA
MAGISTRADO


DORIS PINZÓN AMADO
MAGISTRADA

Ausente con permiso
CARLOS ALFONSO GUECHÁ MEDINA
MAGISTRADO

²¹ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN CUARTA, sentencia del 26 de mayo de 2016, Radicación: 13001-23-33-000-2013-00016-01 (21559), C.P. Jorge Octavio Ramírez