FALLA DEL SERVICIO-Inexistencia de prueba de irregularidad / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA-Actividad peligrosa / INDEMNIZACIÓN A FORFAIT-Compatible con indemnización plena / RIESGO PROPIO DEL SERVICIO-No produjo el daño

La parte actora en los hechos procesales no sólo vinculó a la conducta imputada a un instrumento del Estado dedicado a actividad peligrosa, como es una subametralladora UZZI, sino además al proceder irregular de un Agente en el servicio, en el uso del arma. Al observar los medios de prueba se advierte que el hecho demandado se demostró en las circunstancias de tiempo y lugar pero no el modo falente de ocurrencia; situación probatoria de la cual no se puede concluir la existencia falla, como cualidad negativa del proceder administrativo. Y ello no tiene duda, toda vez que las tres pruebas que refieren a la ocurrencia del hecho en el modo no son conclusivas sobre éste. Por lo tanto el Consejo de Estado encuentra que no fue probada la irregularidad. Pero como la demanda también adujo contra la Nación otro título jurídico de imputación él debe estudiarse. El título de riesgo se atribuyó expresamente cuando en la demanda se liga la ocurrencia del hecho al ejercicio de una actividad peligrosa, de instrumento que en su estructura igualmente es peligroso. Y cabe destacar que en el evento hipotético de que no se hubiese indicado ese título jurídico habría lugar a estudiarlo en virtud de la aplicación del principio iura novit curia. Conocida la historia narrada en la demanda habría lugar a preguntarse ¿si los profesionales de policía que tienen una legislación laboral predeterminada que fija las prestaciones sociales por muerte o lesiones a ellos y/o a sus beneficiarios, cualquier hecho que padezcan, salvo por falla del Estado, excluye la responsabilidad extracontractual del mismo?. En este caso la respuesta es negativa. Aunque no se probó la falla endilgada que sería compatible con la indemnización a forfait, de todas maneras le corresponda a la Sala estudiar otro evento como es el relativo a si la conducta de riesgo que asumió el policial de profesión jugó algún papel en la producción del hecho dañino y de no serlo habría lugar a la indemnización plena, si se prueban los demás elementos de responsabilidad, por aplicación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley Las lesiones causadas al agente Artunduaga Bermúdez si bien se produjeron cuando estaba en servicio, no ocurrieron, como ya se verá, con ocasión del servicio, pues los riesgos que asumió dicho Agente cuando ingresó a la institución sólo se refirieron a las inherentes a la función misma y no a los que ocurrieron sin que jugara algún papel los riesgos asumidos por él en su profesión de Policía. Por consiguiente es necesario deslindar los conceptos jurídicos "de en servicio" y de "con ocasión del servicio" para no confundirlos. La concepción semántica de las expresiones 'en servicio' denota una situación identificable a simple vista, pues basta mirar si la actividad se desarrolló en el servicio; en cambio para las acepciones 'con ocasión del servicio' deben discernirse otras circunstancias y complejas en su concreción. En el caso, las lesiones ocurrieron sin que jugara ningún papel el riesgo asumido y, en consecuencia, aún sí dicho Agente hubiese recibido indemnización a forfait ésta no habría excluido la indemnización plena, pues el pago recibido sería deducible de los perjuicios materiales. En este caso el punto concreto no es pertinente a la causa que se

juzga debido a que el Tribunal denegó la solicitud de condena por perjuicios materiales y sólo condenó por los morales; además la Nación es apelante único, situación que no permite que el Ad Quem entre a estudiar la decisión que le fue favorable al demandado.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Actividades peligrosas / ACTIVIDAD PELIGROSA-Título jurídico. Presunción de responsabilidad. Responsabilidad objetiva / RESPONSABILIDAD OBJETIVA-Prueba de los elementos de responsabilidad

Sobre Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por el ejercicio de actividad peligrosas (armas de fuego, conducción de vehículos automotores, redes de energía eléctrica), la Sala ha aplicado diversos títulos jurídicos en el estudio de la responsabilidad patrimonial: Últimamente, la Sala ha recalificado el régimen de responsabilidad de "presunción de responsabilidad" por el de responsabilidad objetiva por cuanto todos los elementos de responsabilidad-hecho, daño y relación causal-deben ser probados; así En cuanto al hecho dañador: Al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho, no tiene qué probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, cosa que sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; y por esto mismo, el demandado no puede contraprobar el hecho demostrando su diligencia y su cuidado. En cuanto al daño: El actor tiene qué representar en el juicio la existencia de un daño(s) que reúna(n) las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho, o que esté protegida jurídicamente. En cuanto al nexo de causalidad: También el actor debe demostrarlo con prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. El demandado para exonerarse podrá probar causa extraña: o por hechos exclusivos de la víctima o del tercero o por fuerza mayor.

ESTADO CIVIL-Prueba / PRUEBA DEL ESTADO CIVIL-Sistema de prueba

En Colombia, como lo ha estudiado la Sala, han existido tres sistemas para probar el estado civil de las personas: hasta el año de 1938: con las certificaciones eclesiásticas expedidas por los sacerdotes párrocos (ley 57 de 1887); a partir de la entrada en vigencia de la ley 92 de 1938 los certificados de los Notarios y de los Alcaldes; y desde la entrada en vigencia del decreto ley 1260 de 1970: con el registro civil o certificados de éste expedidos por la Registraduría del Estado Civil; dicha norma decreto ley indicó que mientras ésta Autoridad asume totalmente esa competencia la continuarán prestando

los notarios y demás funcionarios. Y la Sala no puede entrar a suplir la ausencia absoluta de prueba, porque su facultad oficiosa está prevista para los casos de ambigüedad; e igualmente no puede entrar a mejorar el estado probatorio de la parte demandante, a quien se le declaró desierto el recurso, porque iría además en desmedro del demandado que resultó ser apelante único.

NEXO CAUSAL-Imputación fáctica e imputación jurídica / ACTIVIDAD PELIGROSA-Título jurídico de riesgo

En relación con los hechos que inciden en la producción de un daño, es importante diferenciar las imputaciones fácticas y jurídicas, entendidas las primeras como las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones, o el señalamiento de las causas materiales en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y que, se considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En tanto que las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (constitucionales, administrativas, convencionales, legales o contractuales) en las cuales se plasma el derecho de reclamación. En el título jurídico de RIESGO para la estructuración del elemento NEXO CAUSAL, es decir para que el daño le sea imputable al Estado, es necesario que la causa probada del hecho dañino en contra el Estado no haya sido ajena, es decir que el riesgo se aprecie como eficiente y determinante y no se haya demostrado ni el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor (causas de inimputabilidad del daño). Existe plena prueba, contenida en documentos y testimonios, de que el hecho dañino, lesiones físicas graves del Agente Artunduaga Bermúdez, se generó por el disparo de una subametralladora Uzzi, instrumento destinado por el Estado, en hechos independientes al riesgo que asumió ese agente en la prestación del servicio policial de profesión, es decir en los cuales no jugó papel el riesgo propio de su función (imputaciones fácticas y jurídicas). Como se probó que la producción del daño padecido por el agente Artunduaga Bermúdez se ocasionó con una cosa a la guarda del Estado, en su estructura y actividad peligrosas, y además el hecho ocurrió dentro de la actividad del Estado y ni la víctima ni el hecho de un tercero, ni la fuerza mayor fueron causa demostrada de la imputación del daño, éste es atribuible a la Nación no sólo por la comprobación del nexo de causalidad físico sino del jurídico. Por eso se recalca lo que ha dicho la jurisprudencia, atrás citada, que el que utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo un instrumento peligroso, en su estructura o actividad, le impone a los demás una carga excepcional que no tiene por qué soportar y si los daña debe resarcirlos, sino se prueba causa ajena, con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga).

LLAMAMIENTO EN GARANTIA DE SERVIDORES PUBLICOS-Requisito de procedibilidad

Para confirmar la absolución del llamado en garantía, basta resaltar que no fue demostrada ni la falla del Estado, ni tampoco fue alegada en concreto la conducta gravemente culposa ni dolosa del Agente Rossi Pérez, ni mucho menos fue probada alguna. El Procurador Judicial ante el Tribunal A Quo, solicitante de intervención de tercero, se limitó en su escrito de llamamiento a pedir que se averigüe la "posible conducta dolosa o gravemente culposa en que haya podido incurrir el citado Agente". La Sala en diversas oportunidades ha indicado, con base en la ley, que para el llamamiento en garantía de servidores públicos es requisito de procedibilidad la descripción particularizada de la conducta, cualificada o por culpa grave o de dolo, con indicación precisa del hecho que se califica de gravemente culposo o de doloso, pues son los reproches del comportamiento del servidor, actual o que fue, las que son objeto de averiguación procesal. Nota de Relatoría: Ver Exps. 15781 del 12 de agosto de 1999, y 17969 del 23 de noviembre de 2000

Sentencia 00069 del 04/03/18. Ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ. Actor: RAFAEL ANTONIO ARTUNDUAGA BASTOS Y OTROS. Demandado: NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

Consejera ponente: MARÍA ELENA GIRALDO GÓMEZ

Bogotá D. C., dieciocho (18) de marzo de dos mil cuatro (2004)

Radicación número: 76001-23-31-000-1994-00069-01 (14338)

Actor: RAFAEL ANTONIO ARTUNDUAGA BASTOS Y OTROS

Demandado: NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL)

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA INDEMNIZATORIA

I. Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada frente a la sentencia proferida el día 9 de mayo de 1997 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Sección Primera), por medio de la cual decidió:

> *"PRIMERO. Declarar a la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, administrativamente responsable de las lesiones sufridas por el señor Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez,* el 9 de julio de 1992, cuando la víctima cumplía funciones de Comandante de

guardia en la Estación Seres, adscrita al Departamento de Policía Metropolitana de Cali.

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, pagará los perjuicios morales ocasionados, así.

Al lesionado Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, la cantidad de 1.000 gramos oro. A cada uno de sus padres señores Rafael Artunduaga Bastos y María Carmelina Bermúdez Restrepo, la cantidad de 200 gramos oro. Y a cada uno de sus hermanos, señores Luz Mery, Mariela y Gustavo Artunduaga Bermúdez, la suma de 100 gramos oro, valor certificado por el Banco de la República al momento de la ejecutoria de la presente providencia.

TERCERO. Estas cantidades devengarán intereses corrientes los 6 primeros meses y de mora después.

CUARTO. Se niegan las demás pretensiones.

QUINTO. Se absuelve al llamado en garantía, señor Juan Ernesto Rossi Pérez.

SEXTO. Dése cumplimiento a la presente providencia de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del C. C. A."

II. ANTECEDENTES PROCESALES:

A. DEMANDA:

Fue presentada en ejercicio de la acción de reparación directa, el día **7 de julio de 1994,** por los señores Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, Rafael Artunduaga Bastos, María Carmelina Bermúdez Restrepo, Luz Mery Artunduaga Bermúdez, Mariela Artunduaga Bermúdez y Gustavo Artunduaga Bermúdez; y la dirigieron frente a la Nación (Ministerio de Defensa-Policía Nacional) (fols. 7 a 15).

1. PRETENSIONES:

"PRIMERA. La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios materiales y morales causados, por fallas del servicio, a los señores Rafael Antonio Artunduaga Bastos y María Carmelina Bermúdez Restrepo, padres del lesionado agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, y Luz Mery Artunduaga Bermúdez, Mariela Artunduaga Bermúdez y Gustavo Artunduaga Bermúdez, hermanos, según hechos acaecidos en la Estación Seres, adscrita al Departamento de Policía Metropolitana de Cali, el día 9 de julio de 1992, cuando la víctima cumplía sus funciones de Comandante de guardia.

SEGUNDA. Condenar, en consecuencia, a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, como reparación del daño ocasionado, pagar a los actores, o a quien represente legalmente sus derechos, los perjuicios morales y materiales que equivalen a la suma que resulte, en pesos colombianos, de la liquidación de las siguientes cantidades de oro puro,

según certificación que expida el Banco de la República, a la fecha de ejecutoria de la sentencia:

a) La cantidad de un mil (1.000) gramos de oro, por perjuicios morales, a cada uno.

b) Por perjuicios materiales para cada uno, lo equivalente a: La suma de CINCO MILLONES que comprende los haberes que desde la fecha de sus lesiones, se dejaron de recibir, tales como sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías, con sus correspondientes reajustes, acorde con la corrección monetaria, intereses comerciales y moratorios, únicos recursos de los cuales derivaban su subsistencia y que con las graves lesiones del agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, quedaron privados, y de otros perjuicios materiales que puedan establecerse previo el trámite establecido en los arts. 307 y 308 del Código de Procedimiento Civil y de la condena en abstracto que determine la existencia de tales perjuicios causados como resultado directo de las lesiones de Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, personas a quienes ayudaba económicamente y habida cuenta que la víctima, en el momento de sus lesiones, tenía 24 años de edad y percibía ingresos mensuales por la suma de ciento ocho mil pesos ($108.000) aproximadamente.

TERCERA. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el art. 178 del C. C. A. y se reconocerán los intereses legales más la corrección monetaria desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se le de cabal cumplimiento a la sentencia que le ponga fin al proceso.

CUARTA. La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, en los términos de los arts. 176 y 177 del C. C. A. en el caso de que se den los supuestos del inciso final del art. 177, ibídem y del art. 1° del decreto 768 del 23 de abril de 1993.

QUINTA. Expedir, por secretaría del Tribunal, copia o fotocopia auténtica con constancia de notificación y ejecutoria, con destino a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 177 del C. C. A, para que este despacho dentro de los 10 días siguientes a su recibo, la remita a la subsecretaría jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para el trámite presupuestal respectivo (art. 2° del decreto 768 de 23 de abril de 1993).

SEXTA. Que para los efectos y cumplimiento de esta sentencia se me reconozca personería jurídica y la entidad demandada de cumplimiento a lo establecido en el numeral 1° del decreto 768 de 23 de abril de 1993, suministrando 'nombre, documento de identificación, número de tarjeta profesional y datos de dirección y teléfono' del suscrito apoderado, a la subsecretaría jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público" (fols. 7 y 8).

2. HECHOS RELEVANTES

"2.1. Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, nacido el 27 de octubre de 1968 en Cali (Valle), quien se desempeñaba como agte. de la Policía Nacional, y para la fecha de los hechos como Comandante de Guardia de la Estación Seres, en el Departamento de Policía de Santiago de Cali, fue herido en forma grave, por la acción de un disparo de arma de fuego de dotación oficial, Uzzi, que portaba el agte. de Policía Rossi Pérez Juan Ernesto y que irresponsablemente, teniéndola desasegurada y montada, dejó caer aparatosamente sobre el escritorio en que se encontraba la víctima, originándose el disparo que hizo blanco en el hombro izquierdo con orificio de salida en el homoplato de la víctima, imprudencia que así reconoce el victimario y el Tte. Juan Carlos Pinto Díaz, oficial de semana, en su informe del 10 de julio de 1992. ( )

2.2. El hecho productor del daño, no hay duda, sobrevino no solamente por la conducta descuidada e imprevisiva del agresor, sino por la falta de vigilancia y cuidado que ha debido ejercer sobre la actividad de su subalterno, en la conservación, mantenimiento, porte y uso del arma, el día de los hechos, el Oficial de Guarnición, bajo cuya responsabilidad se encontraba la seguridad del cuartel, control y supervisión que debe ser mucho más acentuada y particularmente especial en el porte y manejo de las armas, por cuya causa se han producido ya tantos y tan dolorosos hechos, merced a esta clase de comportamientos que denotan una marcada ausencia de instrucción y control. ( )

2.3. Las lesiones del agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, sucedió sin duda alguna, en actos del servicio y con ocasión del mismo, y así lo reconoció el funcionario investigador, dentro del respectivo informativo. ( )

2.5. La víctima, se encontraba legalmente vinculada a la Policía Nacional, habiendo ingresado en óptimas condiciones de salud y así se encontraba al momento de recibir el disparo. ( ).

2.9. Este hecho que, incuestionablemente, reviste las claras características de las fallas del servicio de la Administración pública, por la acción y omisión de sus agentes, como bien se evidencia, no está provisto de alguna de las circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o culpa de un tercero, únicas circunstancias que por expreso mandato legal la exculpan o eximen de responsabilidad, pues en el último caso recuérdese que ello se predica sólo con respecto a particulares ( ).

2.11. La indemnización de perjuicios impetrada, es la que corresponde legalmente pagar a la Administración Pública y no, únicamente, la que está prevista en forma ordinaria en el régimen laboral para los servidores

públicos, porque mientras ésta la prevé la ley por consecuencias normales provenientes del riesgo y peligro a que están sujetos por razón del cargo, como sería la muerte o lesiones en combate o en desarrollo de su deber oficial, aquella resulta por un hecho de grave imprevisión y omisión del Estado que excediendo los propios riesgos profesionales es productor de un grave daño donde surge de manifiesto o se hace presente la responsabilidad extracontractual del Estado por virtud de la acción u omisión de sus órganos o agentes, agravio que, desde luego, debe reparar patrimonialmente. ( )

2.13. Mis mandantes han sido notoriamente lesionados, en su patrimonio económico con las heridas sufridas por el agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, pues recibía ingresos, derivados de su trabajo, no inferiores a ciento ocho mil pesos ($108.000) mensuales, con los cuales contribuía al sostenimiento de sus padres y hermanos" (fols. 9 a 12).

B. TRÁMITE PROCESAL

1. El Tribunal admitió la demanda el 28 de julio de 1994, en el cual ordenó notificar personalmente al Ministro de Defensa de conformidad con el art. 150 del C. C. A. y al Procurador Judicial (fols. 16 y 17 c. ppal).

2. El Procurador delegado llamó en garantía, el 26 de septiembre de 1994, al agente Juan Ernesto Rossi Pérez (fols. 26 a 30 c. ppal).

3. La Nación (Ministerio de Defensa) se opuso a las pretensiones de la demanda; argumentó que los demandantes, especialmente quienes se dicen hermanos de la víctima, no probaron esa calidad porque no se adjuntó el registro civil de matrimonio de los padres; que la causa de los daños constituyen un 'accidente de trabajo' y como tal debe aplicársele las normas pertinentes. Respecto de los hechos dijo que espera a los que se pruebe y se allanó a la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora a quien le corresponde probar los hechos en que sustenta la demanda (fols. 31 a 34 c. ppal).

3. Mediante auto de 7 de octubre de 1994 el Tribunal accedió al llamamiento en garantía del señor Juan Ernesto Rossi Pérez (fol. 36 c. ppal).

4. Luego, se decretaron las pruebas el día 30 de junio de 1995 y vencido el término probatorio se citó a las partes a audiencia de conciliación para el día 17 de julio de 1996, la cual se aplazó a solicitud de la demandada y se fijó para el 2 de octubre de 1996, fecha en la cual se declaró fracasada (fols. 138 y 151).

5. El 2 de octubre de 1996 se le hizo entrega de copia de la demanda al llamado en garantía (fol. 151 vto.).

6. El 22 de noviembre de 1996 se corrió traslado a las partes y al Procurador Judicial para alegar de conclusión (fol. 153).

a. El Ministerio Público, consideró que el daño está determinado con prueba documental del Instituto Nacional de Medicina Legal y de la Policlínica Municipal; que la falla del servicio se evidencia con el concepto de fondo del Comando de la Policía Metropolitana de Cali dentro de su informativo, pues en él acogió el concepto emitido por el investigador y declaró que *"las lesiones sufridas por el agente Artunduaga Bermúdez Rafael ( ) ocurrieron en el servicio por causa y razón del mismo, ya que se estableció plenamente que en el momento de la novedad se encontraba realizando tercer turno de vigilancia como Comandante de Guardia de la Estación Seres"*; con lo cual queda igualmente establecido el nexo de causalidad, configurándose por lo tanto la responsabilidad administrativa.

Sobre el llamado en garantía estimó que actuó con culpa como él mismo lo aceptó en el investigativo disciplinario, al reconocer no haberse percatado que traía la Uzzi montada *"ya que uno como humano tiene derecho a tener errores"*, comportamiento cobijado por el concepto de culpa del artículo 37 del Código Penal; que en consecuencia debe responder en forma personal, de acuerdo con el porcentaje que determine el juez administrativo y que *"una vez cancelada la correspondiente indemnización por el ente demandado, proceder a ejercer (sic) la acción de repetición contra el llamado en garantía".*

Por último, hizo referencia a la falta de legitimación de los demandantes, alegada por la entidad demandada, y al respecto señaló que el certificado de matrimonio de Rafael Artunduaga y María Bermúdez contiene nota marginal en el sentido de que legitimaron a sus hijos Manuel Antonio, Luz Mery, Mariela, Rafael Antonio y Gustavo Artunduaga Bermúdez, legitimación que al tenor del artículo 238 del Código Civil opera ipso jure para los hijos concebidos antes del matrimonio (fols. 154 a 160 c. ppal).

b. La parte demandante solicitó declarar responsable a la demandada, pues se comprobó su responsabilidad con las pruebas documental y de confesión del agente agresor vertida en la diligencia de descargos rendida en el disciplinario. En apoyo de sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con falla del servicio generada por daños ocasionados con armas de dotación oficial (fols. 161 a 169 c. ppal).

c. La parte demandada reiteró que el hecho se originó por accidente de trabajo, pues está exento de culpa y le corresponde al servicio de sanidad de la Policía entregar a Rafael Antonio Artunduaga completamente curado e indemnizado de acuerdo con la merma laboral que se determine y los derechos de pensión de que es titular; y que debe aplicarse el estatuto del personal de agentes de la Policía Nacional consagrado en el decreto 1213 de 8 de junio de 1990, artículo 98, en concordancia con el decreto 94 de 11 de enero de 1989, los cuales transcribe en lo pertinente (fols. 166 a 169).

C. SENTENCIA APELADA

Declaró la responsabilidad de la Nación; de las pruebas, especialmente la diligencia de descargos del agente a quien se había asignado el arma, dedujo la existencia de falla del servicio, pues se probó la falta de cuidado en el comportamiento de ese agente, quien dentro de la estación portaba el arma "sin seguro y motada, sin que las circunstancias así lo ameritaran". Estimó que el daño quedó demostrado con los informes rendidos por el Instituto de Medicina Legal y por la Policlínica Municipal, según los cuales el agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez sufrió heridas por proyectil de arma de fuego en el hombro izquierdo, que le produjo fractura de arco costal, daño de plexo branquial izquierdo y le provocó una incapacidad definitiva de 45 días y deformidad física permanente y perturbación funcional de miembro y del órgano de la presión con la mano dominante, también permanente. Consideró que *"Existe sin lugar a dudas la relación causal exigida para la configuración de la responsabilidad".* Agregó que no se probó el dolo o la culpa grave del agente llamado en garantía; que *"según informa servicios especializados de la Policía Metropolitana de Santiago de Cali mediante oficio N° 894, no se levantó informativo disciplinario contra el agente Rossi Pérez, circunstancia que conduce a la Sala a absolverlo"*.

Sobre la falta de legitimación de los hermanos del lesionado alegada por la demandada, puso de presente que según nota marginal del certificado de matrimonio de los padres de la víctima, legitimaron como sus hijos a Manuel Antonio, Luz Mery, Mariela, Rafael Antonio y Gustavo Artunduaga Bermúdez, que al tenor del artículo 238 del Código Civil opera ipso jure para los hijos concebidos antes del matrimonio.

Por último, no reconoció perjuicios materiales porque sólo se hizo la petición, pero no se aportó elemento probatorio para determinarlo; y reconoció perjuicios morales teniendo en cuenta el dolor y la congoja que causa una lesión como la sufrida: 1.000 gramos de oro para el lesionado; 200 gramos de oro para cada uno de los padres de la víctima directa, y 100 gramos de oro para cada uno de los hermanos de aquella (fols. 171 a 180 c. ppal).

D. RECURSO DE APELACIÓN:

Ambas partes recurrieron, pero en el traslado otorgado para sustentar el recurso sólo actuó la Nación, razón por la cual se le declaró desierta la apelación a la parte actora (fols. 182 y 198 c. ppal). La Nación solicitó la revocatoria del fallo y en consecuencia la denegatoria de las pretensiones, eximiéndola de responsabilidad; se ratificó de los argumentos expuestos a lo largo del proceso, referentes a que el hecho se originó en un accidente de trabajo, por estar exento de culpa, y le corresponde al servicio de sanidad de la Policía entregar al agente Artunduaga curado y si es del caso indemnizado de acuerdo con la legislación laboral aplicable, para el caso el artículo 98 del decreto 1213 de 8 de junio de 1990 y los artículos 117, 118 y concordantes

del decreto 94 de 11 de enero de 1989. Transcribió lo fundamental del informe prestacional y de la resolución que acogió ese concepto y ordenó enviar el informativo a Medicina Laboral (fols. 187 a 191 c. ppal).

E. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA:

El 24 de marzo de 1998 se declaró desierto el recurso propuesto por la parte actora y se admitió el de la demandada y el día 28 del siguiente mes se corrió traslado para alegar; sólo allegó escrito final el apoderado de la Nación, en el cual reitera sus solicitudes de revocatoria del fallo de primera instancia y la desestimación de las pretensiones por considerar que el daño se produjo por hecho ocurrido en actos propios del servicio, lo cual constituye accidente de trabajo; que para la prosperidad de la demanda debían probarse los elementos constitutivos de la responsabilidad y no se acreditó la falla del servicio, porque el agente Artunduaga quien se desempeñaba como Comandante de Guardia de la Estación SERES *"era la persona llamada a velar por la seguridad de la misma; por consiguiente si se habla de alguna omisión en la prestación del servicio, ésta recae directamente sobre el citado Comandante"*. Y señaló que el A Quo no valoró el alcance del artículo 98 del decreto 1213 de 1990; de acuerdo con esa norma, al agente Artunduaga le corresponde una de las indemnizaciones de que trata el artículo 118, debido a que su lesión se produjo de manera accidental y por razones del servicio (fols. 198, 203 a 205 c ppal).
Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado y los presupuestos procesales se encuentran cumplidos se procede a decidir, previas las siguientes

III. CONSIDERACIONES:

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia que acogió parcialmente las súplicas de la demanda y condenó a la Nación (Ministerio de Defensa Nacional) a indemnizar perjuicios a los demandantes.

A. IMPUTACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

La demanda atribuyó a la Nación (Policía Nacional) a título de falla las lesiones que el agente Artunduaga Bermúdez, Comandante de Guardia en la Estación Seres de Cali sufrió en esta Comandancia el día 9 de julio de 1992, las 8:30 de la noche, cuando otro agente, el señor Juan Rossi Pérez, se dirigía a él y al colocar sobre una mesa la ametralladora Uzzi que estaba desasegurada y montada, se disparó.

Se dice que el hecho productor del daño sobrevino por la conducta descuidada e imprevisiva del agresor y por la falta de vigilancia y cuidado que ha debido ejercer el Oficial de Guarnición bajo cuya responsabilidad se encontraba la

seguridad del cuartel, sobre la actividad de sus subalternos, particularmente sobre la conservación, mantenimiento, porte y uso de armas de fuego, para evitar comportamientos como el ejecutado por el agente Rossi Pérez, que denotan una marcada ausencia de instrucción y control.

B. ANOTACIONES SOBRE LA PRUEBA TRASLADADA:

El material probatorio está conformado por medios practicados en este juicio contencioso administrativo, y en el informativo prestacional por lesiones 388/92 adelantado por el Comando Departamento de Policía Valle del Cauca por los hechos en los que resultó herido el agente Artunduaga.

El C. C. A. dispone que en los juicios seguidos ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, se aplicarán, en cuanto resulten compatibles con sus normas, las disposiciones del procedimiento civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración (art. 168). La ley procesal civil, en relación con las pruebas trasladadas, procedimientos de contradicción de documentos y ratificación de testimonios, prevé lo siguiente:

> **"ARTÍCULO 185. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas validamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella".**
>
> *"ARTÍCULO 289. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia (...).*
>
> *No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica".*
>
> **"ARTÍCULO 229. RATIFICACIÓN DE TESTIMONIOS RECIBIDOS FUERA DEL PROCESO. Sólo podrá ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:**
>
> **1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.**
>
> **2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.**

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior."

Entonces, si la prueba trasladada es testimonial y no se da ninguna de las condiciones contenidas en el artículo 185 citado, para su valoración es necesaria su ratificación, salvo que la parte contra la cual se aducen la acepte o acuda a ella para analizar el problema jurídico debatido en las oportunidades de intervención procesal que la ley le otorga. En el caso las pruebas testimoniales recibidas en el informativo prestacional, fueron practicadas directamente por la entidad pública demandada, fueron solicitadas por la parte demandante y además la Nación en el escrito de contestación de la demanda se allanó a los medios probatorios pedidos por la parte demandante (fols 31, 34 c. 1) y por lo tanto pueden valorarse en este proceso, contencioso administrativo.

En cuanto a los documentos públicos del informativo prestacional administrativo allegados a este proceso judicial, también se tendrán en cuenta al estudiar la responsabilidad estatal demandada, toda vez que no fueron tachados de falsos en este juicio, dentro de la oportunidad legal.

Enseguida se verá el material probatorio sobre el proceder atribuido a la Nación, para poder concluir si se probó o no la falla imputada.

C. MATERIAL PROBATORIO SOBRE LA CONDUCTA ESTATAL

Sobre la vinculación de la víctima y del agresor a la Policía Nacional. Del informativo prestacional, se destacan los siguientes documentos:

1. Informe de novedad de 10 de julio de 1992 suscrito por el oficial de semana de la Estación Seres, en el que comunicó:

> *"( ) encontrándose de servicio de Comandante de Guardia el señor agente Artunduaga Bermúdez Rafael, con PL. número 32665, recibió un impacto con arma de fuego (uzzi) número 106215 accionada por el señor Ag. ROSSI PÉREZ JUAN con placa policial número 48635 quien imprudentemente manipuló el arma propinándole el impacto al agente a la altura del hombro izquierdo con orificio de salida en el omoplato del mismo lado. ( ). El agente ROSSI PÉREZ, regresaba de prestar sus servicios como escolta del señor oficial de guarnición" (Subrayado fuera del texto original, fol. 18 c. 1).*

2. Extracto de la hoja de vida del agente Artunduaga Bermúdez, según la cual se vinculó como alumno y fue dado de alta como agente el 31 de julio de 1991 y oficio 13879-A de 11 de agosto de 1995, en el que informan los sueldos que percibió ese agente ® para los años 1992 y 1993 (fols. 28 y 9 c 1).

3 Constancia expedida por el régimen interno de la Estación Seres, según la cual *"... para el día 09-07-92 ( ) el AG. Artunduaga Bermúdez Rafael, se encontraba realizando tercer turno como Comandante de Guardia de Seres, cuando resultara herido con arma de fuego (Uzzi), a manos del AG. Rossi Pérez Juan Ernesto, cuando el arma se le disparó accidentalmente" (Subrayado fuera del texto original, fol. 27 c. 1).*

4. Exámenes de baja practicados el 28 de septiembre de 1993, según los cuales el agente Rafael Artunduaga se retiró de la Institución el 1 de agosto de 1993 (fol. 110 c. ppal).

Sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos. También están contenidas en el **informativo prestacional**, del cual se resalta:

5. Informe rendido por el Teniente Juan Carlos Pinto, de 10 de julio de 1992, ya citado, y su ampliación; agregó que el agente Rossi quiso dejar la Uzzi sobre el mesón de la guardia pero accidentalmente se le disparó (fols. 18 y 23 c. 1).

6. Declaración del agente Carlos Alberto Ceballos Galviz, testigo directo de los hechos, pues en el recinto donde sucedieron sólo estaban Artunduaga y él. Señaló:

> *"Para la fecha anotada me correspondió de servicio de relevante de guardia en Seres ( ) llegó el agente Rossi escolta de J-4 al recinto de la guardia y estaba hablando con el agente Artunduaga ( ) el agente Rossi traía en la mano una Uzzi y en el momento que la colocaba sobre el mesón de la guardia se le disparó en forma accidental ( )" (fol. 24 c. 1).*

7. Oscar Mauricio Benítez Ortiz, estaba de espaldas al sitio de los hechos, que al escuchar el disparo volteó la mirada hacia ese lugar y observó al agente Artunduaga herido en el hombro y al agente ROSSI quitándole el proveedor a su arma (fol. 26 c 1).
Y en el proceso contencioso administrativo se recibió el testimonio de Carlos Alberto Ceballos Galvis, quien reiteró que al agente Rossi se le disparó la subametralladora Uzzi, al colocarla sobre un mesón, cuando recibía utensilios para comer (fols. 125 y 126 c. 1).

D. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO:

1. TÍTULO JURÍDICO DE FALLA:

La parte actora en los hechos procesales no sólo vinculó a la conducta imputada a un instrumento del Estado dedicado a actividad peligrosa, como es una subametralladora UZZI, sino además al proceder irregular de un Agente en el servicio, en el uso del arma.

Al observar los medios de prueba se advierte que el hecho demandado se demostró en las circunstancias de tiempo y lugar pero no el modo falente de ocurrencia; situación probatoria de la cual no se puede concluir la existencia falla, como cualidad negativa del proceder administrativo. Y ello no tiene duda, toda vez que las tres pruebas que refieren a la ocurrencia del hecho en el modo no son conclusivas sobre éste.

- **En el informe de novedad de 10 de julio de 1992 (prueba 1) se indicó que el arma-Uzzi número 106215-que uno de sus proyectiles impactó al Comandante de Guardia Artunduaga Bermúdez fue manipulada imprudentemente por el Agente Rossi Pérez, cuando regresaba de prestar sus servicios como escolta del señor oficial de guarnición.**

Observa la Sala que las calificaciones de manipulación imprudente realizadas en un informe de novedad, que carece de los apoyos probatorios para definir la negligencia no pueden convencer al juzgador, porque éste desconoce en absoluto las circunstancias de modo, que son los antecedentes históricos de ocurrencia del hecho, y no la circunstancia de **resultado** del hecho.

- **En la ampliación de ese informe (prueba 5) el Teniente Juan Carlos Pinto agregó que ese hecho ocurrió cuando el agente Rossi quiso dejar la Uzzi sobre el mesón de la guardia y accidentalmente se disparó.**

Igualmente para la Sala la calificación de accidental, en esa ampliación de informe, no es sinónimo de falencia, porque precisamente se desconoce el modo de ocurrencia del suceso. En este mismo sentido la Sala critica la declaración del agente Carlos Alberto Ceballos Galvis (prueba 6), testigo directo de los hechos, como prueba de la falla, debido a que en su testimonio aludió, únicamente, a que el disparo se produjo por accidente.

- **Y en el testimonio de OSCAR MAURICIO BENÍTEZ ORTIZ que fue presencial por oído, no por vista de los hechos, la Sala observa que se limitó a decir** lo que vio pero después de la percusión del disparo (prueba 7).

Por lo tanto el Consejo de Estado encuentra que no fue probada la irregularidad. Pero como la demanda también adujo contra la Nación otro título jurídico de imputación él debe estudiarse. El título de riesgo se atribuyó expresamente cuando en la demanda se liga la ocurrencia del hecho al

ejercicio de una actividad peligrosa, de instrumento que en su estructura igualmente es peligroso. Y cabe destacar que en el evento hipotético de que no se hubiese indicado ese título jurídico habría lugar a estudiarlo en virtud de la aplicación *del principio iura novit curia.*

2. RIESGO:

a. Conocida la historia narrada en la demanda habría lugar a preguntarse *¿si los profesionales de policía que tienen una legislación laboral predeterminada que fija las prestaciones sociales por muerte o lesiones a ellos y/o a sus beneficiarios, cualquier hecho que padezcan, salvo por falla del Estado, excluye la responsabilidad extracontractual del mismo?*. En este caso la respuesta es negativa.

Aunque no se probó la falla endilgada que sería compatible con la indemnización a forfait, de todas maneras le corresponda a la Sala estudiar otro evento como es el relativo a si la conducta de riesgo que asumió el policial de profesión jugó algún papel en la producción del hecho dañino y de no serlo habría lugar a la indemnización plena, si se prueban los demás elementos de responsabilidad, por aplicación del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

Antes de entrar en el estudio del hecho dañino se estudiará la alegación de la Nación, consistente en que la indemnización a fortait excluye la responsabilidad del Estado:

b. La Sala aprecia: que la Nación alegó como excluyente de la responsabilidad Estatal la indemnización a forfait del hecho padecido por el Agente Artunduaga; que se limitó a aducir ese hecho pero no lo probó, pues habiéndose presentado la demanda el día **7 de julio de 1994,** contestado el día **27 de septiembre del mismo año,** y allegado el informativo administrativo prestacional por hecho ocurrido el día 9 de julio de 1992 con concepto favorable de fecha 10 de noviembre del mismo año 92, en el juicio no obra prueba de la indemnización a forfait, que debió probarse y no sólo alegarse, como lo indica el ordenamiento jurídico. En tal sentido la ley procesal civil señala que *"En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda,* ***siempre que aparezca probado y que haya sido alegada <u>por la parte interesada</u>*** *a más tardar en su alegato de conclusión y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho par sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio" (art. 305, inciso 4º).*

Además de lo anterior se advierte que el contenido material de la alegación sin prueba, aún si se hubiese establecido no serviría para concluir la exclusión de responsabilidad estatal. Las normas en las que la Nación fundamentó su argumento, de exclusión de responsabilidad, son **los decretos:** 0094 de 11 de enero

de 1989 que reformó "*El Estatuto de la capacidad psi*[9]*cofísica, incapacidades, invalideces (sic) e indemnizaciones del personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, soldados, grumetes, agentes, alumnos de las escuelas de formación y personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional",* y **el decreto 1213 de 8 de junio de 1990** que reformó el Estatuto del Personal de Agentes de la Policía Nacional, en él cual se establecen indemnizaciones, auxilios y pensión para los agentes *"que en el momento de su retiro del servicio activo presenten disminución de la capacidad psicofísica determinada por la sanidad de la Policía Nacional" (art. 117)*, norma que está incorporada en el Título V del decreto, que trata 'DE LAS PRESTACIONES SOCIALES'.

Las lesiones causadas al agente Artunduaga Bermúdez si bien se produjeron cuando estaba en servicio, no ocurrieron, como ya se verá, con ocasión del servicio, pues los riesgos que asumió dicho Agente cuando ingresó a la institución sólo se refirieron a las inherentes a la función misma y no a los que ocurrieron sin que jugara algún papel los riesgos asumidos por él en su profesión de Policía.

Por consiguiente es necesario deslindar los conceptos jurídicos **"de en servicio"** y de "**con ocasión del servicio"** para no confundirlos. La concepción semántica de las expresiones **'en servicio'**denota una situación identificable a simple vista, pues basta mirar si la actividad se desarrolló en el servicio; en cambio para las acepciones **'con ocasión del servicio'** deben discernirse otras circunstancias y complejas en su concreción.

En el caso, las lesiones ocurrieron sin que jugara ningún papel el riesgo asumido y, en consecuencia, aún sí dicho Agente hubiese recibido indemnización a forfait ésta no habría excluido la indemnización plena, pues el pago recibido sería deducible de los perjuicios materiales. En este caso el punto concreto no es pertinente a la causa que se juzga debido a que el Tribunal denegó la solicitud de condena por perjuicios materiales y sólo condenó por los morales; además la Nación es apelante único, situación que no permite que el Ad Quem entre a estudiar la decisión que le fue favorable al demandado.

Enseguida se estudiará la materia apelada.

c. Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por el ejercicio de actividad peligrosas (armas de fuego, conducción de vehículos automotores, redes de energía eléctrica). La Sala ha aplicado diversos títulos jurídicos en el estudio de la responsabilidad patrimonial:

En fallo proferido el 24 de agosto de 1992 indicó que en esos eventos se produce más que una presunción de falta (como en los daños derivados de la prestación de los servicios médicos oficiales), una presunción de responsabilidad; precisó:

> *"( ) cuando se habla de responsabilidad por los daños producidos por las cosas o actividades peligrosas, en los que no juega la noción de la falla, ni la probada ni la presunta, le incumbe a la demandada demostrar, para exculparse, la fuerza mayor, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, también exclusivo y determinante. Y por eso mismo se entiende que en estos casos no se pueda exonerar la Administración demostrando diligencia y cuidado.*
>
> **( ) cuando la responsabilidad se presume por el ejercicio de la utilización de cosas peligrosas o que en sí mismas representan un gran riesgo para los demás, como sucede, por ejemplo, con la utilización de vehículos automotores, armas**

oficiales de dotación, redes de conducción de energía, etc., el que las utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo le impone a los demás una carga excepcional que no tiene por qué soportar y si los daña debe resarcirlos (restablecimiento que se impone como una solución de equidad). De allí que en estos eventos se mire más al daño antijurídico producido por la irregularidad o no de la conducta oficial. Se aplica a estas situaciones el principio constitucional de igualdad (art. 13 de la Carta), cuyo rompimiento da lugar a la responsabilidad por esa clase de daño, sea lícita o no la actividad cumplida por el ente público". [

Luego con la sentencia del 16 de junio de 1997 se expresó:

"Aquí se evidencia, como lo dijera el profesor Charles Rosseau, que la llamada presunción de falta en el caso de daños ocurridos en accidente de tránsito no es más que un 'artificio para la admisión de la teoría del riesgo'.

( ) 1. La responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas o riesgosas se encuentra por completo desligada de toda consideración sobre la culpa o diligencia y prudencia de quien ocasiona el daño con fundamento en el principio ubi emolumentum ibi onus esse debet (donde está la utilidad debe estar la carga) que hace responsable de los perjuicios a quien crea la situación de peligro.

En otras palabras de Josseran 'dentro de esta nueva concepción quienquiera que cree un riesgo, si ese riesgo llega a realizarse a expensas de otro, tiene que soportar sus consecuencias, abstracción hecha de cualquier culpa cometida ... Así el punto de vista objetivo reemplaza el punto de vista subjetivo y el riesgo suplanta a la culpa, esa especie de pecado jurídico'. [

2. Si bien es cierto que la responsabilidad se explica por la preocupación de prevenir, sancionar y reparar el daño causado, es ésta última función la que constituye la preocupación preponderante en el derecho moderno.

Como lo resaltara el profesor León Duguit:

'La responsabilidad tiende más a resumirse en esta proposición: cuando un acto afecta un patrimonio, produce una disminución: el equilibrio deber ser restablecido. El patrimonio que afectó con su acto debe soportar una disminución equivalente al daño ocasionado. El patrimonio lesionado debe recibir como indemnización el monto de esa disminución. Así la noción de acto personal desaparece poco a

poco del dominio de la responsabilidad civil, para dar cabida a la noción de fin y de riesgo' " [

Últimamente, la Sala ha recalificado el régimen de responsabilidad de "presunción de responsabilidad" por el de **responsabilidad objetiva** por cuanto todos los elementos de responsabilidad-hecho, daño y relación causal- deben ser probados-; así [:

En cuanto al hecho dañador: Al demandante le basta demostrar la ocurrencia del hecho, no tiene qué probar la calificación de la conducta subjetiva del demandado, cosa que sí ocurre en el régimen de responsabilidad por falla probada; y por esto mismo, el demandado no puede contraprobar el hecho demostrando su diligencia y su cuidado.

En cuanto al daño: El actor tiene qué representar en el juicio la existencia de un daño(s) que reúna(n) las siguientes cualidades: cierto, particular, anormal y que recaiga sobre una situación de acto o de hecho, o que esté protegida jurídicamente.

En cuanto al nexo de causalidad: También el actor debe demostrarlo con prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho el legislador infiera la causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el adecuado nexo de causalidad. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado. El demandado para exonerarse podrá probar causa extraña: o por hechos exclusivos de la víctima o del tercero o por fuerza mayor.

d. **CASO CONCRETO:**

d.1. ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN:

En el proceso están suficientemente demostradas: la actividad de riesgo ligada entre un instrumento peligroso, como es una subametralladora Uzzi (arma de dotación oficial) con dos Agentes del Estado: la víctima directa Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez y el que tenía a su cargo el uso de esa arma, Juan Rossi Pérez; y **las circunstancias de tiempo y lugar** de ocurrencia del hecho dañino.

Los medios probatorios que se enlistaron antes son demostrativos de que el día 9 de julio de 1992, en la Estación de Policía Seres de Cali, el agente Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez fue herido a causa del disparo de una subametralladora Uzzi, cuando se encontraba en servicio; el instrumento mediante el cual se produjo la lesión es cosa peligrosa en su estructura, y la percusión es actividad peligrosa. Las pruebas son indicadoras de que el hecho se produjo en

forma desligada al riesgo que asumió dicho Agente cuando ingresó a esa profesión de Policía.

En casos similares a éste, por los riesgos diversos a los que asume un Agente de Policía, la Corporación ha aplicado el título riesgo; se traen a colación los siguientes casos:

- El fallo proferido el día 10 de abril de 1997: [

  "Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas, que ese riesgo cobija a todos sus integrantes por igual. Sólo cuando alguno de ellos ES PUESTO EN CIRCUNSTANCIAS QUE INTENSIFICAN EL RIESGO puede hablarse de que rompe el principio de igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentren en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado" (subrayado y mayúsculas por fuera del texto original).

- La sentencia dictada el día 27 de noviembre de 2001, en la que explotó una de las granadas que portaba un agente de policía-en el pecho-sin que él estuviese realizando la actividad policial. [

- La providencia emitida el día 2 de mayo de 2002 : [

  *" ( ) En relación con **el hecho dañoso** es indispensable precisar la siguiente circunstancia: Aunque el Agente Estatal que resultó víctima es de aquellos que tiene un régimen prestacional predeterminado en la legislación laboral por las lesiones que padezca como consecuencia de la actividad riesgosa que ejerce (indemnización a forfait), tal situación en este caso no es limitante para estudiar la responsabilidad extracontractual porque en ésta se analiza no el riesgo de la actividad militar por el enfrentamiento de la defensa del Estado, sino el riesgo proveniente de los instrumentos peligrosos (en su estructura y actividad) con ocasión de su actividad.*

  *Ahora, particularmente se probó que el hecho dañoso estuvo ligado por causa y razón del servicio con el ejercicio de una actividad peligrosa; *) que la lesión por mutilación de la víctima directa se presentó con un elemento de dotación oficial "granada de fragmentación", *) que estaba bajo la guarda del Estado, en el armerillo de la estación de policía; *) que la explosión y consecuencial mutilación se presentó durante el servicio y en ejercicio de su función de verificación del armamento de dotación que le correspondía como Comandante de Guardia, como se evidenció de los informes que el Comandante de la Estación de San Onofre envió al Comandante de Policía de Sucre y el que éste envió al Comandante de Policías Urbanas y Rural y de las minutas de guardia (antecedentes probados 2 a 4).*

Como se pudo establecer el riesgo creado por el Estado para la manipulación de instrumentos peligrosos (en su estructura y actividad) es distinto al riesgo de la actividad asumida por el militar profesional, porque el daño producido por aquellos instrumentos cuando la causa no resulta extraña, son imputables al Estado ( )".

·1 Y en el fallo de 27 de noviembre de 2002-: [

" ( ) debe tenerse en cuenta que en este juicio los hechos aducidos en la demanda indican que el RIESGO que se imputó a la Nación NO SE CONCRETÓ EN LA ACTIVIDAD MILITAR DE COMBATE O DE DEFENSA que asumió a voluntad del Subteniente Germán Mesa Correa. En casos similares a éste por los riesgos que soportó el militar de profesión diversos a los de combate y defensa del Estado, el Consejo de Estado ha estudiado la responsabilidad patrimonial con aplicación al régimen de riesgo".

Todo lo anterior, hechos y su prueba como la jurisprudencia apuntan con certeza de que en el caso se probó la actividad de riesgo que padeció un Agente, riesgo distinto al que el Agente mismo asumió al entrar a la prestación del servicio de Profesión. Ahora, es necesario averiguar si los otros dos elementos de responsabilidad también se establecieron.

d.2. DAÑOS:

LA DEMANDA aseveró la existencia de daños: Moral, alegado por todos los demandantes, y causado, según afirman por el impacto emocional sufrido por las víctimas directas e indirectas por las lesiones graves y el padecimiento por ellas, respectivamente; y daño material: aseverado igualmente por todos los actores, en cuantía de cinco millones de pesos para cada uno, por los sueldos que dejó de percibir la víctima y por la pérdida de ayuda de los demás actores, familiares de aquella.

En este elemento de responsabilidad, la Sala se limitará al estudio del daño moral aducido **tanto** por la víctima directa **como** por las indirectas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el Consejo de Estado conoce del recurso de apelación único propuesto por el demandado respecto de un fallo de primera instancia que denegó los perjuicios materiales; no podría entonces gravarse al apelante único analizándole puntos que le fueron favorables, porque se desestimaron esas súplicas procesales, y desconocerse, de contera, el principio de la NON REFORMATIO IN PEJUS.

=>Daño moral de la víctima directa por lesiones físicas.

Sobre esa afirmación de la demanda existe en el juicio el siguiente material probatorio:

Dictamen médico practicado al Agente Artuduaga el 27 de julio de 1992: "Sufrió H. A. F. 1/3 externo región infraclavicular izquierda; por arteriografía se demostró lesión vascular del tronco tirocervical en su bifurcación con imagen seudo aneurismática; clínicamente lesión plejo branquial, a los RX. Fractura III, costilla más neumotorax" (informativo prestacional, fol. 30 c. 1).
Reconocimiento médico legal practicado el 4 de septiembre de 1995: El Agente Artunduaga presenta:

-1 **cicatrices: circular** en cara anterior de hombro izquierdo y **lineal** tercio distal cara posterior antebrazo izquierdo,
-2 **hipoestesia en territorio del nervio radial, palmar y mediano izquierdo,**
-3 **disminución de la fuerza 3-4/5 en miembro superior izquierdo;**
-4 **limitación leve a extensión de dedos en mano izquierda, pulso radial y cubital presente en miembro superior izquierdo". El médico solicitó valoración por fisiatra forense (fol. 71 c. ppal).**

Valoración del fisiatra del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de 4 de octubre de 1995, que consignó:

"Al examen actual presenta:
1. Hipotrofia de antebrazo y mano izquierda normal en el hombro.
2. Abducción del hombro normal hasta 100 grados (N=180 grados) flexión de 100 grados, rotaciones de 80 grados cada una (N=90 grados cada una) extensión normal.
3. Codo con flexo extensión completa pero débil.
4. Puño izquierdo: no hace flexión de puño ni de los dedos, tampoco una extensión funcional.
5. El mecanismo de pinza y de agarre en mano izquierda es de pésima calidad (paciente diestro).
6. Hipoestesia en mano-parcial en antebrazo y en brazo izquierdo.

CONCLUSIÓN: Se fija incapacidad médico legal definitiva de cuarenta y cinco (45) días y como secuela, una deformidad física permanente y una perturbación funcional de miembro y del órgano de la prensión con la mano dominante todas de carácter permanente. Para el cálculo de la capacidad laboral es necesaria la historia clínica actual un electromiograma actual del paciente (no de 1992 ni 1993) ( )" (Resaltado fuera del texto original, fols. 113 y 114 c. ppal).

Historias clínicas elaboradas por los Hospitales de "Nuestra Señora de Fátima Policía Nacional Cali" y "Central de la Policía Nacional" sobre el paciente Rafael Artunduaga. Da cuenta, especialmente, de las valoraciones, intervenciones y atenciones recibidas desde el día 9 de julio de 1992 hasta 1 de agosto de

1992, cuando fue dado de alta de hospitalización (documento público, en copia simple, fols. 74 a 99 c. ppal, prueba traída por el demandante y admitida por el demandado, en la contestación).

PARA LA SALA quedan probados los hechos indicadores de que el agente Artunduaga sufrió una lesión grave y, por consiguiente, sufrió el daño moral que afirmó, pues con los medios de prueba se determinó que él **estuvo hospitalizado** desde el 9 de julio de 1992 hasta el 1 de agosto de 1992; que **las lesiones le generaron una incapacidad definitiva de 45 días y secuelas permanentes**, daños ciertos y particulares que recayeron sobre bien jurídicamente tutelado, como es el de la integridad personal.

=> Daño moral afirmado por las víctima indirectas:

También la demanda aseveró daño moral para los otros demandantes, quienes adujeron su condición de padres y hermanos de Rafael Artunduaga. E igualmente el demandado cuestiona la certeza de la calidad con que actúan estos demandantes. Al contestar la demanda la Nación argumentó que dichos actores no demostraron esas calidades como lo exige la ley, es decir con el registro civil de matrimonio y de nacimiento, de padres e hijos, respectivamente.

La Sala observa:

. Que la Nación sólo acierta parcialmente con su queja, pues efectivamente dos de las personas demandantes que se dicen hermanos de la víctima, Luz Mery y Gustavo Artunduaga Bermúdez, ni probaron esta condición, pues sus registros **civiles de nacimiento** no señalan de quiénes son hijos (fols. 4 y 6 c. ppal), ni existen otras pruebas que establezcan su condición de damnificados. Y aunque allegaron **el Certificado Eclesiástico de Matrimonio** de quienes se dicen sus padres, celebrado el día 18 de mayo de 1995 (25.182 expedido el 11 de julio de 1995) que contiene en nota marginal la legitimación de ellos, no es prueba del parentesco.

En Colombia, como lo ha estudiado la Sala, han existido tres sistemas para probar el **estado civil** de las personas: **hasta el año de 1938:** con las certificaciones eclesiásticas expedidas por los sacerdotes párrocos (ley 57 de 1887); **a partir de la entrada en vigencia de la ley 92 de 1938** los certificados de los Notarios y de los Alcaldes; y **desde la entrada en vigencia del decreto ley 1260 de 1970:** con el registro civil o certificados de éste expedidos por la Registraduría del Estado Civil; dicha norma decreto ley indicó que mientras ésta Autoridad asume totalmente esa competencia la continuarán prestando los notarios y demás funcionarios.

Y la Sala no puede entrar a suplir la ausencia absoluta de prueba, porque su facultad oficiosa está prevista para los casos de ambigüedad; e igualmente no puede entrar a mejorar el estado probatorio de la parte

demandante, a quien se le declaró desierto el recurso, porque iría además en desmedro del demandado que resultó ser apelante único.

. Que la Nación no acertó en cuanto cuando expresó **que los otros actores** no acreditaron su parentesco, pues sí lo acreditaron, prueba que resulta suficiente con la de demostración de la gravedad de la lesión de la víctima directa para concluir en la demostración del daño moral. En efecto: Los **otros demandantes** señores Rafael Antonio Artunduaga Bastos, María Carmelina Bermúdez Restrepo y Mariela Artunduaga Bermúdez**,** que afirmaron definidamente su condición respectiva de padres, los dos primeros, y de hermana, por la última persona mencionada, sí probaron esas condiciones. En el registro civil de nacimiento de ésta última, como en el de Rafael Artunduaga Bermúdez aparecen como padres los señores Rafael Antonio Artunduaga Bastos y María Carmelina Bermúdez (documentos públicos en fotocopias auténticas, fols. 5 y 3 c. ppal). Y tales anotaciones **en el registro civil de las personas,** se presumen auténticas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 del decreto ley 1260 de 1970.

c. NEXO DE CAUSALIDAD

1. Generalidades: En relación con los hechos que inciden en la producción de un daño, es importante diferenciar las imputaciones fácticas y jurídicas, entendidas las primeras como las indicaciones históricas referidas a los hechos en los cuales el demandante edifica sus pretensiones, o el señalamiento de las causas materiales en criterio de quien imputa, que guardan inmediatez con el hecho y que, se considera, contribuyeron desde el punto de vista físico a la concreción del daño. En tanto que las imputaciones jurídicas aluden a la fuente normativa de deberes y de obligaciones (constitucionales, administrativas, convencionales, legales o contractuales) en las cuales se plasma el derecho de reclamación.

En el título jurídico de RIESGO para la estructuración del elemento NEXO CAUSAL, es decir para que el daño le sea imputable al Estado, es necesario que la causa probada del hecho dañino en contra el Estado **no haya sido ajena**, es decir que el riesgo se aprecie como eficiente y determinante y no se haya demostrado ni el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y/o fuerza mayor (causas de inimputabilidad del daño).

2. Particularidades: Existe plena prueba, contenida en documentos y testimonios, de que el hecho dañino, lesiones físicas graves del Agente Artunduaga Bermúdez, se generó por el disparo de una subametralladora Uzzi, instrumento destinado por el Estado, en hechos independientes al riesgo que asumió ese agente en la prestación del servicio policial de profesión, es decir en los cuales no jugó papel el riesgo propio de su función (imputaciones fácticas y jurídicas).

Como se probó que la producción del daño padecido por el agente Artunduaga Bermúdez se ocasionó con una cosa a la guarda del Estado, en su estructura y actividad peligrosas, y además el hecho ocurrió dentro de la actividad del Estado y ni la víctima ni el hecho de un tercero, ni la fuerza mayor fueron causa demostrada de la imputación del daño, éste es atribuible a la Nación no sólo por la comprobación del nexo de causalidad físico sino del jurídico. Por eso se recalca lo que ha dicho la jurisprudencia, atrás citada, que el que utiliza o ejerce para provecho o beneficio suyo un instrumento peligroso, en su estructura o actividad, le impone a los demás una carga excepcional que no tiene por qué soportar y si los daña debe resarcirlos, sino se prueba causa ajena, con fundamento en el principio *ubi emolumentum ibi onus esse debet* (donde está la utilidad debe estar la carga).

E. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES:

Actualmente, según lo expresó la Sala en sentencia de 6 de septiembre de 2001, la fijación de la indemnización del perjuicio moral debe hacerla el juzgador en cada caso y según su prudente juicio; y ha sugerido la imposición de condenas por la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales en los eventos de mayor grad[º].o[

1. En relación con el lesionado. Partiendo de esa consideración la Sala modificará la condena impuesta por el Tribunal a favor de la víctima directa Rafael Antonio Artunduaga Bermúdez, para disminuirla, debido a que resulta excesiva, toda vez que la concretó en el máximo que ha reconocido la jurisprudencia (1.000 gramos de oro), para hechos de muerte o de lesiones de más alto grado que la sufrida por el Agente Artunduaga, descrita en el capítulo de Daño; de esa manera se accede parcialmente a la petición de la Nación. Por consiguiente se modificará el fallo apelado, **de una parte,** para fijarle como indemnización a la víctima directa el equivalente en pesos colombianos de 60 salarios mínimos legales mensuales del año 2004, cuando se dicta esta sentencia, $21'480.000.

2. En lo atinente a los señores Rafael Antonio Artunduaga Bastos, María Carmelina Bermúdez Restrepo (**padres)** y Mariela Artunduaga Bermúdez (**hermana),** se confirmará la fijación que hizo el Tribunal, respectivamente en 200 gramos oro para cada uno de los padres, que a la fecha equivalen a $6'709.950,oo, y 100 gramos de oro para Mariela Artunduaga Bermúdez, que hoy corresponden a $3'353.475,oo. Pero se recuerda, como se enunció en el capítulo de daño, que la condena impuesta a los otros dos demandantes, señores Luz Mery y Gustavo Artunduaga Bermúdez se revocará porque no demostraron su condición de hermanos ni la de damnificados.

F. LLAMADO EN GARANTÍA

Para confirmar la absolución del llamado en garantía, basta resaltar que no fue demostrada ni la falla del Estado, ni tampoco fue alegada **en concreto** la conducta gravemente culposa ni dolosa del Agente Rossi Pérez, ni mucho menos fue probada alguna. El Procurador Judicial ante el Tribunal A Quo, solicitante de intervención de tercero, se limitó en su escrito de llamamiento a pedir que se averigüe la *"posible conducta dolosa o gravemente culposa en que haya podido incurrir el citado Agente" (fol. 26 c. ppal.).* La Sala en diversas oportunidades ha indicado, con base en la ley, que para el llamamiento en garantía de servidores públicos es requisito de procedibilidad la descripción particularizada de la conducta, cualificada o por culpa grave o de dolo, con indicación precisa del hecho que se califica de gravemente culposo o de doloso, pues son los reproches del comportamiento del servidor, actual o que fue, las que son objeto de averiguación procesa[l].I[

G. INTERESES MORATORIOS SOBRE LA CONDENA:

A pesar de que al momento de la presentación de la demanda, estaba vigente el artículo original 177 del Código Contencioso Administrativo según el cual *"Las cantidades líquidas de dinero reconocidas en tales sentencias devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de ese término"*, dicha disposición en la parte subrayada y para este momento fue declarada inexequible por la Corte Constituciona[l]. En consecuencia, las sumas del[dinero reconocidas devengarán intereses comerciales de mora a partir del día siguiente a la ejecutoria de esta sentencia.

H. COSTAS

No habrá lugar a condenar a ninguna de las partes, respecto de lo cual resultaron vencidas, porque no se probó que actuaron con temeridad, como lo exige el artículo 55 de la ley 446 de 1998, que modificó el 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. CONFÍRMANSE los ordinales primero, quinto y sexto de la sentencia proferida el día 9 de mayo de 1997 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca (Sección Primera).

SEGUNDO. MODIFÍCASE esa sentencia en los ordinales segundo, tercero y cuarto, los cuales quedarán así:

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior, condénase a la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional) a indemnizar los perjuicios morales ocasionados.

A RAFAEL ANTONIO ARTUNDUAGA BERMÚDEZ: veintiún millones cuatrocientos ochenta mil pesos ($21'480.000,oo); a RAFAEL ANTONIO ARTUNDUAGA BASTOS: seis millones setecientos seis mil novecientos cincuenta pesos ($6'706.950,oo); a MARÍA CARMELINA BERMÚDEZ RESTREPO: seis millones setecientos seis mil novecientos cincuenta pesos ($6'706.950), y a MARIELA ARTUNDUAGA BERMÚDEZ tres millones trescientos cincuenta y tres mil cuatrocientos setenta y cinco pesos ($3'353.475).

TERCERO. Las cantidades fijadas como indemnización devengarán intereses comerciales moratorios a partir del día siguiente de ejecutoria de este fallo.

CUARTO. Deniéganse las pretensiones que por perjuicios morales formularon los señores Luz Mery y Gustavo Artunduaga Bermúdez, y todas las que por perjuicios materiales suplicaron todos los demandantes.

TERCERO. Para el cumplimiento de la sentencia expídanse copias con destino a las partes con las precisiones del artículo 115 del C. P. C. y con la observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del decreto 359 expedido el 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a los demandantes serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

CUARTO. Sin condena en costas (art. 171 del C. C. A.)

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

Ramiro Saavedra Becerra
Presidente

María Elena Giraldo Gómez

Alier Eduardo Hernández Enríquez

Ricardo Hoyos Duque

German Rodríguez Villamizar

———Véase, entre otras, las sentencias de 17 de mayo de 2001. Actor: Aura Elcira Zúñiga y otros. Demandado: Departamento de/ Cauca (Contraloría) y de 27 de mayo de 2003, Exp. 13.817, Actor: María Oliva Echeverri.

———Exp. 11.187. Actor: María Magdalena Rodríguez de Rodríguez y otros.

———Sentencia de 27 de septiembre de 2001. Exp. 12.541. Actor: Luz Fanny Montoya B. y otra.

———Sección Tercera. Exp. 13090. Actor: Agustín Mesa Castellanos. Demandado: Nación.

———[s]Ver sentencias de 31 de mayo de 2000, Exp. 12.630, Actor: Noryda Díaz Plazas y de 17 de mayo de 2001, Exp. 12.956. Actor: Hernando Palacios Aroca.

———[a]Ver sentencias proferidas por la Sección Tercera: *) 2 de marzo de 2000 (Exp 11.945. Demandante: Epifania Riascos y otros. Demandada: Nación). *) 4 de diciembre de 2003 (Exp 14.630. Actor: Luis Ángel González Posada y otros).

———[o]Exp. 13.232-15.646 (acumulados), actores: Belén González y otros y William Alberto González y otro. Demandado: Nación (Ministerio de Transporte

———[l]Entre otros, autos de 12 de agosto de 1999, Exp. 15.781, Actor: Juan Carlos Garcés Castrillón y otro; Demandados: CAJANAL, Cooperadores IPS S. A. y Hospital Universitario del Valle, y de 23 de noviembre de 2000, Exp. 17.969, Actor: Rogelio Ramírez Sierra y otra, Demandado: I. S. S.

———[l]Sentencia C-188 de 24 de marzo de 1999. Actor: Ana María Acosta y otros.