

410



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DE TUNJA

Tunja, veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: JORGE IVAN AMARILLO Y OTROS
Demandado: NACION MINISTERIO DE DEFENSA –
POLICIA NACIONAL
Radicación: 150013331706201300007 00

I. ACCIÓN

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de REPARACIÓN DIRECTA consagrado en el artículo 86 del C.C.A., interpuesto por **JORGE IVAN AMARILLO Y OTROS** en contra de la **NACION MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

El apoderado de los demandantes formuló dentro del libelo de la demanda las siguientes pretensiones:

- PRIMERA. Que se declare que la NACION-POLICIA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, entidad de derecho público representado legalmente para le época por el señor MINISTRO DE DEFENSA DR. RODRIGO RIVERA, o por quien haga sus veces, es administrativa, civil y extra contractualmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con ocasión de los hechos ocurridos en diciembre de 2009, donde resultó herido el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO.
- SEGUNDA. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a la NAGION-POLICIA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes así:
 - Perjuicios materiales
 - El lucro cesante y daño emergente que resulte probado en el proceso.
 - Perjuicios morales
 - La suma equivalente a 100 S.M.M.L.V. para cada uno de los demandantes, por el dolor moral sufrido con los hechos ocurridos.
- TERCERA. Que las sumas reconocidas a favor de los demandantes sean actualizadas teniendo en cuenta la variación del I.P.C. en el país entre las fechas en que se hicieron exigibles y la fecha de pago.

- CUARTA. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos y condiciones de los Artículos 176, 177, y 178 del C.C.A.
- QUINTA. Que se condene en costas a la parte demandada.

2. Fundamentos fácticos.

En resumen, los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante, son:

Indicó que el día 05 de diciembre de 2009, en razón a prestación del servicio JORGE IVAN AMARILLO sufrió un accidente de tránsito dejando como resultados lesiones de escoriación en antebrazo derecho, escoriación codo derecho, con dolor para arca del movimiento, escoriación muslo derecho, edema rodilla derecha de conformidad con la hoja de consulta de urgencias médicas.

Aseguró que el día 10 de diciembre de 2009, el señor AMARILLO fue hospitalizado en la Clínica de la Policía por infección en las lesiones producto del accidente, donde se le ordenan curaciones diarias y suministro de antibióticos y que el día 14 de diciembre de 2009, fue intervenido quirúrgicamente con el fin de realizar desbridamiento excisional y sutura herida cierre de déficit dermo-cutáneo, en quemaduras por fricción grado dos y tres, del 4% infectadas.

Adujó que el día 17 de diciembre de 2009, se ordenó la salida con orden de practicarle curaciones diarias en la Clínica de la Policía y con cita para control. Ese mismo día, debido a que el antebrazo se encontraba sin piel y el codo se encontraba con sutura, siendo insoportable el dolor al roce o contacto con otros elementos, el señor AMARILLO solicitó incapacidad médica a la Doctora MARGARITA CORTES MONTANA, quien ejerce como medico cirujana plástica y quien llevó todo lo pertinente y relacionado con las lesiones sufridas, y quien negó dicha incapacidad respondiendo, "no mijo, vaya descanse esta tarde y mañana se presenta a trabajar, que su J1 está que lo espera".

Alegó que JORGE IVAN AMARILLO se presentó a laborar donde su superior inmediato IT.JAVIER GARCIA SANABRIA comandante de la ruta Tunja-Chiquinquirá, quien observa su estado de salud y decide asignarle labores de presencia en la carpa que se encuentra en la "Y" de Villa de Leyva, con el ánimo de no exponerlo a la realización de actividades operativas que pudieran afectar o generar riesgo a su estado de salud.

Indicó que el día 20 de diciembre de 2009, aproximadamente a las 08:30 pm en la seccional de Tránsito y Transporte Boyacá, JORGE IVAN AMARILLO recibió turno de parte del IT. JAVIER GARCIA SANABRIA junto con el señor Patrullero JAIME PINTO RINCON con el fin de realizar durante la noche algunos controles relacionados con la actividad de Policía de Tránsito, los cuales tenían que cumplir en el corredor vial Tunja-Chiquinquirá.

Referenció que gran parte de la noche se dedicaron a patrullar el tramo vial Villa de Leyva-Chiquinquirá, por ser donde se presentan actividades delictivas de piratería y hurtos y que hacía la madrugada, cuando se acercaba la hora de entregar el turno en la ciudad de Tunja, el señor AMARILLO y su compañero se desplazaban hacia la capital con el fin de dar cumplimiento a la orden de realizar control de embriaguez, ya que, se pronosticaba el tránsito de conductores embriagados y se debía reportar al terminar el turno, los vehículos inmovilizados y órdenes de comparendo por esta infracción.

411

Aseguró que en el mes de abril el Comandante de la seccional, decidió sacar las armas del armerillo que existía en las instalaciones de la Seccional de Tránsito y Transporte Boyacá, y ordenó que fueran dejadas en Estaciones de Policía que quedaran ubicadas sobre las rutas que cada grupo de uniformados cubría. Para el caso del demandante la orden era dejar el arma en la Estación de Policía de Cucaita, por tanto, en el desplazamiento de Villa de Leyva hacia Tunja entraron al Municipio de Cucaita a dejar en la Estación el arma de dotación oficial.

Citó que siendo aproximadamente las 05:10 de la mañana se instaló el puesto para control de embriaguez en el sector de "Vientos de San Lazaro" salida Tunja-Chiquinquirá, ubicando la patrulla sobre la bahía con el frente o parte anterior mirando hacia la via Tunja-Chiquinquirá y estando allí se realizó la señal de pare a un taxi que viajaba en sentido Tunja-Chiquinquirá siendo estacionado por su conductor unos metros delante de la patrulla y se procedió a efectuarle la prueba de alcoholemia al conductor, la cual resultó positiva.

Relató que se le explicó al conductor sobre el procedimiento a realizar, que comprendía la elaboración de una orden de comparendo e inmovilización del vehículo; le entregaron los documentos del taxista a su compañero para que realizara la orden de comparendo pero cuando el señor AMARILLO le entregó los documentos al compañero, apareció un camión de Coca-Cola que transitaba en el mismo sentido del taxi, al cual se le procedió a realizar la señal de pare, con el fin de que el taxista se diera cuenta que él no era al único que se le realizaba dicho control.

Adujó que el camión se estacionó antes de la patrulla, quedando en la mitad del taxi y del camión de Coca-Cola, se procedió igualmente a realizar la prueba de embriaguez al conductor del camión, la cual fue negativa, le dieron las gracias al conductor del camión y le dijeron que podía seguir su marcha.

Indicó que el señor JORGE AMARILLO, se dirigió hacia su compañero quien se encontraba parado frente a la puerta izquierda de la patrulla rodeado del taxista y su hermano, de profesión soldado, quien lo acompañaba en el taxi, y el señor Amarillo le dijo a su compañero "recojamos los conos y nos vamos al parqueadero a inmovilizar el taxi" el señor JORGE AMARILLO les da la espalda con el fin de recoger los conos y de manera sorpresiva sin darse cuenta es víctima de múltiples heridas por arma de fuego disparada por el soldado, quedando tirado en el piso inmóvil, recostado sobre la parte izquierda de su cuerpo y su compañero muerto de un impacto de bala propinado en la cabeza.

Sostuvo que ante esta situación los señores del camión de Coca-Cola, auxiliaron al señor AMARILLO y lo llevaron al Hospital San Rafael, donde decidieron trasladarlo al Hospital Central de la Policía en Bogotá y donde duró hospitalizado un mes de los cuales siete días estuvo en la UCI, además que por la gravedad de las heridas, el demandante estuvo excusado del servicio con incapacidad laboral total, del 21 de diciembre de 2009 fecha en que fue herido hasta el 14 de agosto de 2010, fecha en que ingresó a laborar en la parte administrativa de la Seccional de Tránsito y Transporte Boyacá.

Aseguró que mientras estuvo hospitalizado el señor JORGE AMARILLO la esposa junto con sus hijas de 7 años y 4 meses, tuvieron que trasladarse a la ciudad de Bogotá dejando sus muebles y enseres en un garaje donde los ratones los dañaron, ya que el presupuesto no les alcanzaba para seguir pagando el arriendo del apartamento en el que vivían en Tunja.

Cuenta que estando en Bogotá, vivieron los peores momentos pues no conocían a nadie y sólo contaban con el apoyo de una hermana del señor AMARILLO, la cual, cuando le quedaba tiempo de su trabajo se encargaba de las hijas para que la esposa pudiera visitarlo en el Hospital y le llevara todos los elementos de aseo o lo que necesitara.

Adujó que en los primeros días en el Hospital el señor AMARILLO utilizaba pañales desechables y tenía que ser bañado en la cama por las enfermeras, ya que no se podía mover, al igual que durante 15 días no podía dormir por causa de los dolores incontrolables debido al daño que sufrió en los nervios mediano y axilar, además que en la cirugía que le fue practicada, le hicieron dos drenes en el estómago y uno en el cuello, le instalaron un tubo de tórax y otros procedimientos.

Aseguró que al salir del Hospital, el demandante se radico en el barrio "Lago Timiza", desde donde tenía que trasladarse en buseta todos los días a las terapias física y ocupacional que le practicaban en el Hospital Central de la Policía ubicado en el CAN y al Centro Médico San Antonio, razón por la cual, matriculó a su hija mayor en el Colegio Liceo Samario, al cual la hija asistía obligada, ya que extrañaba sus compañeras de estudio de la ciudad de Tunja.

Indicó que durante cuatro meses el señor AMARILLO tuvo que nutrirse por medio de sonda que iba al intestino, ya que vía oral no podía consumir absolutamente nada, pues le realizaron una esofagostomía para que sanara la herida por proyectil en el esófago. También se señaló que tuvo otras heridas debido a las secuelas, y en este momento le siguen molestando como una en la mano derecha, otra sobre el hombro derecho de la cual tiene en la actualidad un proyectil en la columna que fracturó una vértebra, y otra en el pabellón auricular derecho.

En consecuencia para corregir la esofagostomía y fistula en el cuello, el demandante ingresó a cirugía el 31 de enero de 2011, teniendo que viajar con toda su familia a la ciudad de Bogotá, sin saber cuáles serían las nuevas secuelas que dejaría esta intervención quirúrgica.

Mencionó que el padre del señor AMARILLO sufre de diabetes y al no soportar tanto dolor su situación se agravó en el mes de enero de 2009; por tanto, fue hospitalizado dos veces en la Clínica Julio Sandoval Medina de Sagamoso por retención de líquidos, deformación de un pie, derrame en un ojo, y aumento de azúcar. Esta situación no pudo ser controlada en la Clínica, teniendo que asistir a exámenes y valoraciones en Bogotá, en conjunto con citas médicas en Biosalud en Duitama donde tuvo cierta mejoría y actualmente vive en Gameza-Boyacá.

Señaló que el soldado que disparó el arma de fuego se encuentra condenado a 19 años y seis meses de prisión, y que este se encontraba de permiso el día de los hechos, además que el arma con que hirió al señor AMARILLO, nunca apareció, pero, en su dicho, extra oficialmente se dice que tiene en su contra una investigación disciplinaria y penal militar, también se dice que tenía un permiso de la brigada para porte de arma revolver 36L.

Esgrimió que para el día de los hechos, el señor AMARILLO todavía se encontraba con lesiones en el antebrazo y codo derecho que le ocasionaban dolor e impedimento en el movimiento del brazo. Pero, que después de la cirugía plástica del día 17 de diciembre de 2009, le fue otorgada la salida después de 7 días de hospitalización por quemaduras de grado II y III, y se decide por orden de una oficial no expedirle incapacidad o excusa médica porque en su opinión ya estaba apto para el servicio.

412

Citó que el señor AMARILLO instauró quejas por inconformismo en su procedimiento ante el Tribunal Nacional de Ética médica, Supersalud y Secretaria de Salud de Boyacá; teniendo en cuenta que en la oficina de Control Interno Disciplinario, la Jefe de enfermeras declaró, diciendo que efectivamente las lesiones del señor JORGE AMARILLO, eran graves y que requería de una incapacidad laboral total mientras se recuperaba.

Aseguró que dos meses después de lo sucedido, el 23 de febrero de 2010 la Dirección de Tránsito y Transporte expidió el instructivo 019 "CORRECTA ELABORACION ORDENES DE COMPARENDO" donde en uno de sus artículos reza: "Por último, teniendo en cuenta la Resolución 01142 del 18042007 emitida por la Dirección General de la Policía Nacional, que trate del MACRO PROCESO CONTROL DE DELITOS Y CONTRAVENCIONES, en una de sus tareas CONOCER INERACIONES DE TRANSITO se anexa el procedimiento para el conocimiento de infracciones de tránsito y el procedimiento para el registro, control y recaudo de comparendos impuestos por la Dirección de Tránsito y Transporte" anexando a dicho documento el protocolo para Operativo Control Embriaguez, el cual se realiza con un mínimo de 10 uniformados; lo cual no existía para la época de los hechos constituyendo, a su juicio, una irregularidad y omisión de la entidad demandada.

Explicó que las lesiones sufridas por el demandante fueron calificadas en actos del servicio con razón y ocasión del mismo por el General RODOLFO PALOMINO, es decir en cumplimiento de las órdenes y funciones propias del cargo, como accidente de trabajo.

Indicó como irregularidades: Sacar al señor JORGE AMARILLO a la parte operativa en el estado de salud en que se encontraba, no asignar el número de uniformados requeridos para estos controles; y la falta de dotación de elementos de seguridad como el chaleco antibalas.

Finalmente adujo que la actuación desplegada por la Policía Nacional constituye una típica falla del servicio, frente a las irregularidades presentadas al no otorgársele la excusa de servicio al señor JORGE AMARILLO obligándolo a laborar con las condiciones de enfermedad en que se encontraba. En el mismo sentido aseguró que existe responsabilidad del Ejército Nacional por los hechos ocurridos, cuando uno de sus miembros causa heridas al demandante, por la falta de vigilancia y control que debe tener el Ejército Nacional con sus miembros.

Fundamentos de derecho.

El apoderado de la parte actora consideró vulneradas las siguientes disposiciones: artículos 90, 228 y 250 de la Constitución Política, artículo 2341 del Código Civil, artículo 86, 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue interpuesta el 31 de mayo de 2011 y por reparto le correspondió al despacho 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, el cual la inadmitió mediante auto de 23 de noviembre de 2011 (fls. 99 a 102) por no contener la demanda la estimación razonada de la cuantía (art. 162.6 del CPACA). Frente a esta decisión se interpuso recurso de reposición (fl. 103), que no se repuso en razón a que resultaba imprescindible que la parte actora determinara la estimación razonada de la cuantía de los perjuicios materiales ya que son un requisito de la demanda (fls. 110 a 111).

La demanda fue corregida mediante escrito de 05 de septiembre de 2012 estimando razonadamente la cuantía (fls. 112 a 114) y mediante auto de 03 de abril de 2013 el expediente fue remitido a los juzgados administrativos del circuito de Tunja para su respectivo reparto (fls. 117 a 119). El proceso correspondió al Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión (fl. 123) y fue admitido mediante auto de 06 de agosto de 2013 en el cual, se dispuso correr traslado a la parte demandada previo pago de los gastos de notificación (fls. 125 a 127).

El apoderado de la Policía Nacional recorrió el traslado, dio contestación a la demanda (fls. 81 a 97) a su turno hizo lo mismo la apoderada del Ejército Nacional (fls. 180 a 189), la cual llamó en garantía a YIMER CARDENAS MOZO (fls. 203 a 205) por tanto, mediante auto de 09 de julio de 2015 se ordenó el emplazamiento del mismo en el Registro Nacional de Personas Emplazadas (inc. 5 art. 108 del C.G.P.), una vez surtido el término legal de dicha actuación se elaboraron las comunicaciones tendientes a nombrar y posesionar curador *ad litem* con cargo a la parte que solicitó el llamamiento mediante auto de 24 de septiembre de 2015 (fl. 39).

Pasados ocho (8) meses sin lograr vincular al llamado en garantía, ni por curador *ad litem* se declaró a través de proveído de 28 de enero de 2016 dejar sin efecto vinculante el llamamiento en garantía del señor YIMER CARDENAS MOZO (fls. 248 a 250).

Mediante auto de 05 de febrero de 2016 (fls. 252 a 256), el despacho procedió a decretar las pruebas del proceso, el día 16 de febrero de 2016 se llevó a cabo audiencia de pruebas donde se recibieron los testimonios de JHON FREDY CUERVO RAMIREZ, MARIA LUCIA ESPITIA LOPEZ, JENNYFER ANDREA AVILA SUAREZ, ANGELINO NONTOA COMBITA, MARIA ASCENCION VARGAS VASQUEZ (fls. 274 a 281).

A través de auto de 02 de marzo de 2016 (fls. 321 a 322), se requirió el cumplimiento de varias pruebas que se habían decretado y no habían sido allegadas al despacho. Así como también se requirieron algunas pruebas mediante auto de 14 de abril de 2016 (fl. 390).

Mediante proveído de 28 de abril de 2016 (fl. 399), el despacho declaró prelucido el término probatorio y se dispuso correr traslado a las partes por el término común de 10 días para que presenten alegatos de conclusión (art. 210 del C.C.A.).

1.- RAZONES DE LA DEFENSA.

1.1 Policía Nacional

El apoderado de la Policía Nacional de cara a la demanda, mediante escrito presentado el día 03 de marzo de 2014 (fls. 81 a 97), recorrió el traslado y la contestó en los siguientes términos:

Señaló que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, ya que, en su dicho, resultan infundadas e improcedentes por razón de la ausencia de nexo de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio recamado, argumentando al efecto que el actor asumió el riesgo propio del servicio, desde el mismo momento en que voluntariamente quiso pertenecer a las filas de la institución Policial.

Indicó que no encontrándose acreditado que el supuesto factico haya sido en una misión especial o servicio diferente al que como miembro adscrito cumplía en la Seccional de Tránsito y Transporte del Departamento de Policía Boyacá pues su actividad para la fecha del suceso la desarrolló conforme a las funciones propias del servicio policial y no se

473

demuestra tampoco que el policial si se hubiese sometido a carga o riesgo adicional o excepcional a aquel que normalmente asume¹.

Aseguró que no aceptan la pretensión de declaratoria de responsabilidad administrativa y extracontractual en cuanto a los perjuicios causados al señor Jorge Iván Amarillo Giraldo, para el día 21 de diciembre del año 2009, como consecuencia de la lesión que sufre por disparo de arma de fuego, ya que, el supuesto de hecho fue perpetrado por un tercero ajeno a la Institución, y dicho daño se generó en ejercicio de las funciones propias del servicio policial no siendo sometido dicho uniformado a ninguna carga especial o excepcional².

Argumentó que si bien para el día 05 de diciembre del año 2009, por razón del servicio prestado por el accionante, éste sufrió un accidente de tránsito que le dejó lesiones como escoriación en el codo y antebrazo derecho, escoriación en el muslo derecho, y edema en rodilla derecha; también lo es que dicha lesión, luego de ser tratada por los médicos de la Clínica de la Institución, según dictamen de la especialista en cirugía plástica, Dra. Margarita María del Pilar Cortes Montana; no tenía el grado de ser incapacitante por tal razón no se le dio excusa de servicio, o incapacidad medica ni total ni parcial³.

Adujó que según versión de la especialista en cirugía plástica, Dra. Margarita María del Pilar Cortes Montana, médico tratante del hoy actor, para el día 10 de diciembre de 2009 el accionante Amarillo Giraldo ingresó a la Clínica por presentar quemadura por fricción sobre infectada grado I y grado III del antebrazo y codo derechos, por tanto, se le efectuó tratamiento médico con manejo de antibiótico analgésicos líquidos endovenosos y curaciones; a lo cual, el accionante reaccionó satisfactoriamente, presentando una evolución adecuada a la infección por lo cual se le dio salida el día 17 de diciembre de 2009.

Aseguró que el promedio de recuperación de la infección de dichas lesiones era de 5 a 7 días, por lo que no requería de incapacidad medica al momento de la salida del demandante de la clínica, como quiera que las lesiones que tenía el señor Amarillo Giraldo se encontraban en proceso de epitelización, cubiertas, con curaciones medicadas y vendajes, lo cual, no limitaba la movilidad del miembro superior. No teniendo tampoco restricción para el porte, uso y manejo de las armas de fuego.

Señaló que el señor Amarillo Giraldo se encontraba para dicha fecha en pleno uso de sus capacidades y aptitudes para el servicio, pues no se observa en su historial laboral, incapacidades médicas o excusas del servicio, por lo cual la anterior aseveración, a su juicio, resulta ser una apreciación subjetiva del actor que debe ser demostrada.

¹ Para reforzar este argumento adujo que: *“para la fecha del hecho se encontraba cumplimiento de su función normal ejerciendo control de embriaguez en un retén o puesto de control en la vía Chiquinquirá - Tunja, Kilometro 7 +800 metros, sitio vientos de San Lázaro, en inmediaciones de la ciudad de Tunja”.*

² Agregó que *“tampoco se encuentra acreditado en el hecho dañoso, que el actuar del tercero haya sido facilitado para la causación del perjuicio, por el contrario, dicho hecho resulto ser sorpresivo e irresistible para los uniformados, pero que en nada cambia la ejecución normal en las funciones propias del servicio policial, daño que ya fue resarcido por parte de la institución al ser indemnizado el actor con ocasión del cumplimiento de su función y la merma en su capacidad laboral”.*

³ Indicó que *“de ello da fe el responsable del aplicativo del sistema de administración del talento humano de la Institución (SIATH), donde certifica que para el día 21 de diciembre de 2009, fecha en que ocurrió el suceso, el accionante Amarillo Giraldo, no se encontraba en ningún tipo de situación administrativa tales como excusas, vacaciones, o comisiones. Es decir, se encontraba en servicio y apto para cumplir el mismo”.*

Alegó que el accionante recibió el cuarto primer turno, con un horario de servicio de las 20:30 horas (08:30 p.m.) del día 20 de diciembre de 2009 y hasta las 06:30 horas (06:30 a.m.) del día 21 de diciembre de 2009 y allí se impartieron las consignas pertinentes y propias del servicio, escritas en la minuta de anotaciones de la ruta folio (14), entre ellas controles relacionados con el tránsito y vigilancia de la vía en la ruta asignada donde entre otras consignas se le ordena al personal contar con los elementos propios del servicio como linterna, brazaletes, pito, libreta de comparendos, y armamento de dotación.

Además, agregó que no se encuentra acreditado que el hoy accionante haya tenido la orden expresa de adelantar dicho control de embriaguez, pues la orden inicial fue ejercer el control y vigilancia sobre la vía en la ruta asignada.

Sostuvo que independientemente de lo cierto de la orden del Comandante de la Seccional, de dejar las armas en las Estaciones de Policía que quedaran ubicadas sobre las rutas que cada grupo de uniformados cubría, el armamento de dotación debía estar portándose por los uniformados que se encontraban en servicio, pues, el accionante para el día 20 de diciembre de 2009, al momento de prestar su cuarto primer turno en la ruta Tunja - Chiquinquirá, según lo consignado en la minuta de servicios, tenía asignada el arma de fuego de dotación oficial N° 1441 para la ejecución de dicho turno.

Aseguró que no consta material probatorio que acredite que el accionante Amarillo Giraldo y su compañero habrían entrado al municipio Cucaita a dejar las armas de dotación en la Estación de Policía; por lo cual deberá ser probado en el proceso y reiteró que las armas de dotación oficial deben acompañar siempre y en todo momento a los uniformados que están designados para prestar un servicio, y quienes tienen bajo su custodia y responsabilidad dichas armas, desde el inicio del servicio hasta la finalización del mismo.

Argumentó que el accionante, para el día de los hechos no se encontraba con lesiones en el antebrazo ni en el codo derechos, ni tampoco tenía limitación en el movimiento de su brazo, como quiera que, según afirmación suministrada bajo la gravedad de juramento por la especialista en cirugía plástica, Dra. Margarita María del Pilar Cortes Montana, para el día 17 de diciembre de 2009 se le dio salida al accionante al advertir su respuesta satisfactoria al tratamiento médico por sus lesiones producidas en un accidente de tránsito.

Sostuvo que no es cierto que por orden de un oficial de la Institución se le negare la expedición de la incapacidad médica o la excusa del servicio al demandante, pues, como ya se ha afirmado, se trató de un criterio suministrado por un profesional en medicina y especialista en la materia, frente a una afección en la salud, donde no caben suposiciones u órdenes de oficiales sobre este particular⁴.

Esgrimió que si bien la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional expidió el Instructivo N° 019 del 23 de Febrero de 20 que trata sobre la "correcta elaboración de las ordenes de comparendo"; no por dicha expedición debe señalarse que dicha Institución habría incurrido en alguna omisión o irregularidad, por tratarse de un hecho anterior a la vigencia de dicho instructivo; o que; por razón del hecho demandado, la

⁴ Frente a este particular señaló que *"no puede desconocerse el criterio profesional de una médico, especialista en la materia, sobre la manifestación muy subjetiva de una Jefe de enfermería según su criterio muy personal del caso; pues Para eso el accionante fue tratado por una especialista, quien le indico el procedimiento medico a seguir"*.

Dirección de Transito de la Policía Nacional tuvo la necesidad de expedir dicho reglamento⁵.

Aseguró que el daño que ya fue resarcido por parte de dicha Institución al ser indemnizado el actor con ocasión del cumplimiento de su función y la merma en su capacidad laboral, por la asunción del riesgo propio del servicio, asumido voluntariamente por el demandante al querer pertenecer a las filas de la institución Policial.

Refirió que obra orden de servicios o directiva que ordena cumplimiento del procedimiento de policía y asignación del servicio, minuta de anotaciones de la ruta a la cual fue designado el accionante, turno y horario que debía prestar el mismo; y minuta de servicios disponiendo cuales eran los elementos necesarios para el cumplimiento del servicio, entre los cuales no se encuentra el portar chaleco antibalas atendiendo precisamente a la clase de misión o funciones que deba cumplir el policial⁶.

Respecto al número de uniformados requeridos, señaló que no es cierto que se haya incumplido tal protocolo, pues si el accionante fue dispuesto para ejecutar las labores de vigilancia y control en la vía Chiquinquirá - Tunja, según la ruta asignada por el superior jerárquico, dicho servicio se cumplió en acatamiento a los procedimientos ordenados por la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, disponiendo del personal suficiente para dicha misión.

Como argumentos que sustentan su defensa esgrimió los siguientes:

- **No se configuraron los elementos de responsabilidad del Estado**

Citó que bajo el fundamento Constitucional establecido en el artículo 90, y atendiendo el estudio del presente asunto, dicha norma Superior no determinó una responsabilidad objetiva del Estado, pues la falla del servicio continua siendo el régimen general, siempre cuando el supuesto de hecho concreto cumpla la con las condiciones para abordar el estudio de la responsabilidad del Estado.

Adujó que para determinar la causa del daño, debe tenerse en cuenta la aplicación de la teoría desarrollada por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, y que atiende a la causalidad adecuada, que es aquella causa anterior que produce el daño y que no permite que se interponga otra causa para explicar que en efecto fue esa y no otra la que produjo el daño.

Señaló que se está frente una situación ajena a la responsabilidad de la administración, por haber sido propiciado un hecho de manera autónoma, independiente exclusiva y determinante de un tercero, que genera el perjuicio hoy demandado, bajo el argumento adicional, que el policial hoy accionante, al querer ingresar a las filas de la institución; asumió voluntariamente ese riesgo que conlleva su ingreso, no estableciéndose que en el cumplimiento de sus funciones, dicha institución le haya impuesto una misión especial

⁵ Para sostener este argumento sostuvo que *"si se observa el contenido de tal documento, el mismo específicamente atiende a la correcta elaboración de los comparendos, y se hace énfasis, entre otros temas, al protocolo de los operativos por embriaguez; y no solo se ciñe a tal tema. Protocolos que en el caso del hoy actor, y para el momento del acaecimiento del perjuicio, siempre han existido y se siguieron atendiendo al caso. Pero no por ello debe señalarse que no se cumplieron los protocolos en el caso particular, por no existir este reglamento nuevo, ya que los protocolos siempre han existido y siempre estarán reglamentados"*.

⁶ Para reforzar su argumentación señaló que la *"misión que resulta ser muy diferente a la de otros miembros policiales que presentan un riesgo mayor en el cumplimiento de sus funciones, como por ejemplo el personal que ejecuta labores de vigilancia"*

o una exposición a una carga adicional distinta a la que ordinariamente se encontraba expuesto⁷.

Arguyó que el servicio fue designado formalmente con su respectivo soporte documental, al cumplimiento para la especialidad a la cual pertenecía, consistente en el control de las vías en un tramo de vía asignado, y control de embriaguez de los vehículos que transitan esa ruta. Dotado de los elementos propios para el servicio según su especialidad y cumplimiento de su función, con su respectivo turno y horario de ejercicio de su misión y bajo las consignas implementadas en los reglamentos y demás instructivos y protocolos que la Institución tiene para su cumplimiento en la fecha en que presto su servicio.

Sostuvo que el caso concreto no se encuentra acreditada falla del servicio por acción u omisión, ni por irregularidad de la institución en desarrollo de una actividad dentro de un operativo ordinario de policía que no puede calificarse como peligroso dadas las circunstancias como se presentó el hecho.

- De las causales de exoneración de la entidad demandada

Indicó que para que opere la falla del servicio para atribuir responsabilidad extracontractual al Estado, es indispensable la reunión de los tres elementos⁸ que la conforman, y que como en el presente caso no se acreditaron, no puede prosperar la responsabilidad contra la policía nacional

- Del Hecho de un Tercero

Adujó que el supuesto factico desarrollado en la demanda, y de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se advierte que concurrió en la causación del daño, la causal de exoneración de responsabilidad denominada hecho exclusivo de un tercero, siendo esta causal, la determinante y única del perjuicio⁹.

Mencionó que eventualmente ese hecho del tercero en ningún momento debe imputarse en contra de la entidad, pues, esa conducta fue desplegada de manera independiente y exclusiva por parte de ese tercero, donde nunca se facilitó por la acción u omisión de la administración, ya que, resultó ser ajena a cualquier intervención de los uniformados, distinta a la del cumplimiento rutinario y ordinario de sus funciones.

- Existencia del riesgo propio inherente al servicio, asumido por el agente al pertenecer voluntariamente como miembro de la Policía Nacional

Alegó la configuración de un riesgo propio asumido voluntariamente por el miembro policial al ingresar a la Institución, ya que a partir de ello, entre sus funciones primordiales

⁷ Sobre este particular agregó que dicha " *reacción violenta de un tercero no corresponde con la carga adicional o excepcional a que se haya sometido el policial distinta a la del cumplimiento normal y ordinario de su función, aunado al hecho de que corresponde al hecho de que corresponde a la materialización de un propio asumido voluntariamente por el actor al querer pertenecer a las filas de la institución en el nivel ejecutivo*"

⁸ Como elementos que se deben acreditar citó los siguientes " *a. La existencia del hecho dañoso como consecuencia de una actuación de la administración (Falla del servicio), ya sea por acción, omisión, retardo, irregularidad o ausencia del servicio. b. La existencia de un daño o perjuicio que implica la Lesión o perturbación de un bien Jurídico protegido por el ordenamiento, y c. La relación de causalidad entre la falta o falla del servicio y el daño*".

⁹ También señaló que " *El hecho de un tercero fue la causa eficiente en la producción del daño, pues el señor Yimer Cárdenas Mozo, y su conducta agresiva, con arma de fuego, la cual fue autónoma e independiente y con la intención criminal de causar la muerte al hoy accionante, ello fue la causa única, externa y ajena que permitió la causación del perjuicio en el presente caso*".

se encuentra la de cumplir con los fines del Estado, así como de mantener las condiciones de seguridad y orden público permanentemente perturbado en Colombia.

Aseguró que no puede hablarse de falla del servicio imputable a la Policía Nacional, pues, en su criterio, ha de observarse primeramente que la institución cumplió con su deber legal de dotar y preparar a sus agentes para asumir situaciones como la que hoy se discuten.

Esgrimió que no se puede dejar de lado el hecho de que quienes integran la fuerza pública, están sometidos a los riesgos inherentes al servicio y por ende, cuentan con un sistema prestacional especial que reconoce dicha circunstancia, sin que se pueda pregonar responsabilidad del Estado por las lesiones o la muerte de sus miembros.

- Sobre la Imputación del daño antijurídico y la asunción del riesgo propio inherente del servicio

Precisó que quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y por lo tanto, solo tienen derecho a las compensaciones que en su calidad de servidores públicos les reconoce la Ley (indemnización a forfait).

Retomó las circunstancias de tiempo, modo y lugar para señalar que no se encuentra acreditado que el accionante haya tenido la orden expresa de adelantar ese control por embriaguez, pues la orden inicial fue ejercer el control y vigilancia sobre la vía en la ruta asignada. En su criterio se desvirtúa la afirmación de que aquel haya sido expuesto a un riesgo excepcional al no contar con elementos propios para el servicio, pues la misma minuta de servicios donde se le asignó la función al accionante se definió la orden de contar con todos los elementos para el servicio.

- Existencia de reconocimiento de una indemnización por incapacidad psicofísica relativa y permanente a favor del actor con motivo de la ocurrencia de los hechos

Aseguró que el reconocimiento por parte de la institución, de un pago parcial de la obligación, a través de una indemnización reconocida a favor del actor, a causa del daño sufrido por aquel, constituye la carga prestacional e indemnizatoria en este tipo de casos, cuando aquellos efectivos mueren o son lesionados en actos del servicio, por causa y razón del mismo, tal y como efectivamente sucedió en el presente asunto¹⁰.

Agregó que dicho reconocimiento obedece a la retribución que la Institución brinda a sus titulares o beneficiarios de los policiales fallecidos o heridos en el cumplimiento de su deber, y ello debe ser tenido como erogación patrimonial y extramatrimonial a título de pago parcial a favor de la parte actora, pues fue en el cumplimiento normal de las actividades como policía, que se produjo el perjuicio y no como el sometimiento de un riesgo o carga adicional en contra del uniformado.

Finalmente solicitó que se denieguen en su totalidad las pretensiones de la demanda.

¹⁰ Agregó que “la institución es cumplidora de la Ley, adelantando los trámites pertinentes para reconocer a los policiales lesionados o a los familiares de los policiales fallecidos en cumplimiento de sus funciones, las indemnizaciones respectivas, así como el reconocimiento y pago de las demás prestaciones a que tienen: derecho los gendarmes, y que finalmente van a ser entregadas a los titulares o a sus familiares”.

1.2 Ejército Nacional

La apoderada de la Ejército Nacional de cara a la demanda, mediante escrito presentado el día 21 de abril de 2015 (fls. 180 a 190), recorrió el traslado y la contestó en los siguientes términos:

Adujó que los hechos constituyen apreciaciones de la parte actora que deben ser demostrados y adicionalmente sostuvo que como lo afirma la parte demandante, el daño tuvo origen en el ámbito privado, personal, ajeno del servicio del agresor, es decir, de manera independiente a la condición de Soldado Profesional Yimer Cárdenas Mozo, ya que, al momento de los hechos estaba de vacaciones.

Además esgrimió que no se vislumbra que el resultado haya sido producto del servicio y que, desde ningún ángulo se le puede atribuir el daño en cabeza de la administración pública. Agregó que Yimer Cárdenas Mozo está condenado a 19 años de prisión por la Justicia Ordinaria y no por la Justicia Penal Militar como actos del servicio.

Señaló que será carga de la parte actora acreditar que las lesiones causadas al señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO obedecieron a un actuar intrínseco y exclusivo, atribuible al Ejército Nacional, conforme a la Constitución y a la Ley; no de otra manera podría derivarse responsabilidad administrativa por falla en el servicio.

Aseguró que ocurrió un daño, pero no hay evidencia alguna que permita inferir que éste le sea atribuible al Ejército, habida cuenta de que quien resultó condenado en calidad de autor de homicidio agravado, en la humanidad de los agentes de la policía PINTO RINCON y AMARILLO GIRALDO, fue el Soldado Profesional YIMER CÁRDENAS MOZO, quien al momento de ocurrencia de los hechos no se hallaba en misión oficial, ni en prestación del servicio, condiciones que a su juicio, sirven para afirmar que en el presente caso se configuró una ausencia de imputación debido a la culpa personal del agente.

Esgrimió que no es viable derivar ningún tipo de responsabilidad del Estado, porque si se causó un perjuicio, el mismo se motivó en la culpa personal del agente, plasmada en la imprudencia del soldado profesional YIMER CARDENAS MOZO. Agregó que el solo hecho de ostentar el estatus de Soldado Profesional del Ejército Nacional, no da lugar a comprometer la responsabilidad de dicha entidad, en razón a que los hechos se desencadenaron por imprudencia, descuido y negligencia imputable exclusivamente al soldado CARDENAS MOZO¹¹.

Aseguró que no surge intervención alguna u omisión del Ejército Nacional, de la que se desprenda su responsabilidad de las lesiones ocasionadas JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, por tanto, concluyó que el acontecer fáctico materia de la presente demanda no es atribuible a título de responsabilidad administrativa a las entidades demandadas dado que no se demostró que hubiera incurrido en una actuación que pudiera tenerse como la causa eficiente de las lesiones del señor AMARILLO.

Adujó que al no haberse acreditado la imputación del daño antijurídico al Estado, resulta claro que no se configuró uno de los elementos estructurales exigidos para comprometer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

¹¹ Reiteró que "no es posible atribuir ningún tipo de responsabilidad al Estado, porque si se causó un perjuicio, el mismo se motivó en la culpa personal del agente, pues la conducta que desplegó el SLP. YIMMER CARDENAS MOZO fue separada totalmente del ejercicio de sus funciones, es decir, actuó desligado del servicio, por lo que no se configura la imputación, elemento indispensable para la declaratoria de responsabilidad"

Finalmente solicitó negar las suplicas de la demanda y consecuentemente eximir de responsabilidad al Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

La apoderada de la Ejército Nacional propuso las siguientes excepciones:

- La culpa personal del agente

Señaló que el Soldado Profesional Yimer Cardenas Mozo, al momento de ocurrencia de los hechos no se hallaba en misión oficial, ni en prestación del servicio, condiciones que sirven para afirmar que en el presente caso se confirmó una ausencia de imputación debido a la culpa personal del agente.

Sostuvo que la conducta personal del Soldado Profesional constituyó la causa determinante y adecuada del daño, ya que al momento de la ocurrencia de los hechos el señor Cárdenas Mozo realizaba actividades que no tenían vinculación alguna con el servicio y actuaba como persona privada, desprovisto de la condición y calidad del servicio¹².

Adujó además que en cada asunto específico se requiere estudiar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon los acontecimientos puesto que, a partir de estas será que se define en qué casos se está en presencia de una culpa personal del agente o ante a un daño imputable al Estado.

- Inexistencia de la obligación

Alegó que al no ser responsable la Entidad del reconocimiento y pago de la prestación económica requerida, le es imposible acceder al pago de una indemnización sin causa jurídica, en razón de la protección del erario público.

2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

2.1. Parte demandante

El apoderado de la parte demandante dentro de la oportunidad legal correspondiente guardó silencio.

2.2. Parte demandada

El apoderado de la Nación – Policía Nacional, dentro del término fijado por el trasladado correspondiente presentó alegatos de conclusión (fls. 401-408), los cuales se resumen a continuación:

Aseguró que no puede endilgarse responsabilidad en contra del Estado por este tipo de responsabilidad, sino se encuentra siquiera una referencia probatoria que permita intuir alguna falla del servicio que involucre a la entidad en relación con el servicio, o concatenada con el servicio de dicha actividad.

¹² Indicó además que “para establecer los límites entre el nexo con el servicio y la culpa personal del agente, se debe analizar y valorar las particularidades de cada caso concreto, como quiera que el vínculo instrumental, funcional y ocasional, por sí mismo no compromete la responsabilidad patrimonial del Estado”.

Indicó que no se probó que el haya sido asignado o se haya sometido a una carga o riesgo adicional o excepcional a aquel que normalmente asumió cuando ingresó voluntariamente pertenecer a las filas de la Policía Nacional, perteneciendo a la especialidad de Tránsito y Transporte de la Unidad Policial.

Alegó que no existió omisión por parte de la Policía Nacional al no dotar al subintendente Amarillo Giraldo de elementos necesarios para el servicio, pues contrario a lo afirmado por el accionante y advirtiendo lo visto en el instructivo N° 019 DITRA PLANE que trata sobre la correcta elaboración de órdenes de comparendo, así como las órdenes de servicio donde se indica entre otras consignas la orden de porte de todos los elementos establecidos para el servicio dentro de los cuales no se incluye el porte de chalecos antibalas.

Esgrimió que la presunta orden de dejar el armamento en las estaciones de policía más cercanas a las rutas que se estuvieran cumpliendo no fue acreditada en el proceso y que si en gracia de discusión, dicha orden hubiera sido impartida en esos términos, debe observarse lo consignado en las ordenes de servicios de las que el demandante hizo parte al ser asignado para dichas tareas, donde se indica que tal entrega de armamento debe ser una vez culmine la prestación del servicio y para el caso en concreto el accionante se encontraba prestando sus funciones, por tanto, en su dicho, no puede imputársele responsabilidad a la entidad por una actuación omisiva y negligente del demandante.

Manifestó que según certificación expedida por el administrador del Sistema de Administración del Talento Humano del Departamento de Policía Boyacá SIATH DEBOY, consta que el subintendente Amarillo Giraldo para el día 21 de diciembre de 2009 no se encontraba en ningún tipo de situación administrativa como excusas vacaciones o comisión o sea se encontraba apto para el servicio.

Además indicó que en relación con la presunta irregularidad de no concederle al demandante la incapacidad por la presunta gravedad de la lesión no se acreditó pues los testimonios de personas no idóneas en la materia, no deben tener suficiente valor probatorio como para controvertir la manifestación de un profesional en medicina¹³.

Sostuvo que el hecho dañoso donde se produjo la lesión del demandante, no tuvo relación con la presencia del puesto de control en el lugar de los hechos pues se trató de un hecho aislado ajeno en que nada imputa responsabilidad a la Institución Policial, precisamente porque el desarrollo del hecho dañoso partió de la acción directa adelantada por un tercero, siendo su conducta sorpresiva y aislada a cualquier acción de control por parte de la autoridad, considerándose esto, en su dicho, en la causa eficiente o determinante del daño que se demanda.

Adujó que el perjuicio sufrido por el demandante obedeció a razones completamente ajenas a la Institución Policial, pues a partir de las pruebas que obran en el expediente se concluye que el demandante fue lesionado por el soldado Cárdenas Mozo, funcionario que con su arma de fuego ocasionó las lesiones al actor.

¹³ Sobre este punto agregó que *"tampoco se acredita en el proceso la las resultas de la queja interpuesta por el Subintendente Amarillo Giraldo en contra de la Dra. Margarita Cortez Montaña ante el Tribunal de Ética Médica por razón de lo sucedido, como para eventualmente establecer la procedencia o improcedencia en la actuación de la especialista en relación con el caso. Por lo que de acuerdo a lo anterior debe presumirse que el criterio de dicha especialista en cirugía plástica es correcto"*.

2.3. La delegada del Ministerio Público dentro de la oportunidad legal correspondiente guardó silencio.

IV. CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

El asunto se contrae a establecer si la Policía Nacional y el Ejército Nacional son administrativa y patrimonialmente responsables de los perjuicios ocasionados al señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO y sus familiares, con motivo de los hechos ocurridos el día 21 de diciembre de 2009, cuando fue lesionado con arma de fuego por el señor Yimer Cárdenas Mozo mientras practicaba un retén de tránsito a la altura del lugar denominado "Vientos de San Lázaro" en la vía Tunja – Chiquinquirá.

2. Argumentación normativa y jurisprudencial.

2.1 De la responsabilidad del Estado.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo que consagra la acción de reparación directa, cuyo ejercicio dio origen al presente proceso y que establece la posibilidad que tienen los interesados, de demandar la reparación del daño cuando su causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, *ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado* que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia, entre ellos el de la tradicional falla del servicio, dentro del cual la responsabilidad, surge a partir de la comprobación de la existencia de tres elementos fundamentales: **a.)** el daño antijurídico sufrido por el interesado, **b.)** el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente, **c.)** una relación de causalidad entre este último y el primero, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Ahora bien, para que pueda imputarse responsabilidad patrimonial al Estado, es necesario acreditar, fundamentalmente, dos extremos: el daño antijurídico sufrido por el demandante, entendido como aquel que no está en el deber legal de soportar, y la imputabilidad del mismo al Estado, en virtud de alguno de los regímenes tradicionalmente manejados por la jurisprudencia para determinarla.

2.2 El título de imputación

En eventos como el que se analiza en el *sub examine*, resulta evidente determinar la existencia de una falla del servicio, que pudiera estar constituida por las circunstancias

que rodearon los hechos donde el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO fue lesionado con arma de fuego, por el señor Yimer Cárdenas Mozo, mientras realizaba sus labores como policía de tránsito en un puesto de control en el sitio denominado "Vientos de San Lázaro", lo cual, pudo ocasionar perjuicios materiales y morales al accionante así como a su familia.

Ha dicho la Jurisprudencia del Consejo de Estado *"de tiempo atrás se ha dicho que la falla del servicio ha sido, en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete - por principio - una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual"*¹⁴.

Es por esto y por las circunstancias particulares que revisten el caso concreto es que el despacho realizará el análisis jurídico desde el título de imputación de la Falla del Servicio y tal como lo ha reiterado el Consejo de Estado: "habrá lugar a la reparación plena o integral de los perjuicios causados, cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, porque en tales eventos se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas"¹⁵ (Subrayas fuera de texto)

Es importante destacar y recordar que en esta clase de acción, lo que se pretende además de la declaratoria de responsabilidad, es garantizar la reparación del daño de la persona que lo sufre, el cual se deriva ya sea de la falla o falta del servicio, siendo estos criterios susceptibles de causales excluyentes de responsabilidad tales como: culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero y fuerza mayor.

Hay Falla del Servicio, cuando se presenta la violación del contenido obligacional a cargo de la persona pública, esto supone, que lo primero que debe hacerse para averiguar si hay o no falla del servicio, es ver el contenido de las obligacional del Estado, y esto es ver la prestación debida.

Afirma la doctrina que: *"En Derecho Administrativo el contenido obligacional de la persona pública esta dictado por normas jurídicas, y como las normas se deben cumplir, cualquier violación de este contenido, va a suponer una falla del servicio"*¹⁶.

3. Argumentación y valoración probatoria

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia autentica del Registro Civil de matrimonio de los señores JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO Y GLORIA YAMILE ARVAJAL. (fl. 16)
- Copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de MAYRA VANESA AMARILLO CARVAJAL. (fl. 17)

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil quince (2015).Radicación número: 52001-23-31-000-2006-00838-01(39045). M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Tercera, veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 73001-23-31-000-2001-00418-01(27709), Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA.

¹⁶ HENAO PEREZ, JUAN CARLOS Fundamentos de la Responsabilidad, Mimeo. Universidad Externado de Colombia. marzo 07 de 2001.

418

- Copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de LAURA STEFANIA AMARILLO CARVAJAL. (fl. 18)
- Copia autentica del Registro Civil de Nacimiento del señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO. (fl. 19)
- Copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de la señora DIANA MARCELA AMARILLO GIRALDO. (fl. 20)
- Copia autentica del Registro Civil de Nacimiento del señor DIEGO AMARILLO GIRALDO. (fl. 21)
- Copia autentica del Registro Civil de Nacimiento del señor EDGAR ALBERTO AMARILLO GIRALDO. (fl. 22)
- Historia Clínica del señor JORGE AMARILLO, emitida par el Hospital Central de la Policía Nacional, donde se indica lo siguiente:

Se tiene como motivo de consulta "paciente de 34 años subinetendente sufrió múltiples por arma de fuego en cuello en axila que comprometió esófago y uno en mano y cara" y donde se indica "contusión severa que causo la neurapraxia. Es probable que la sensibilidad de la palma recupere solo parcialmente por lesión de la rama sensitiva palmar del mediano". (fl. 23)

Se señala como diagnósticos "lesión ramas circunfleja y mediano parcial, plan ejercicios mus intrínseca y extrínseca de mano derecha, ejercicios para mantenimiento y fortalecimiento de hombro y cintura escapular, estirmiento a supraespinoso y escalenos derecho, 15 sesiones" y "múltiples heridas compromiso de ramas plejo, MSD y lesión PUQO parcial mediano, reeducación de sensibilidad de mano y región delstoidea, 15 sesiones". (fl. 24)

Motivo de consulta "programada 6 de fisioterapia, paciente asiste a fisioterapia encaminado a mejorar funcionalidad de miembro superior derecho, la cual se encuentra alterada como consecuencia de herida de arma de fuego con compromiso de sensibilidad a ese nivel (sensación permanente de ardor y quemazón), y herida en cara palmar de muñeca con hipoestesia en pulgar y región tenar, pérdida de fuerza muscular para el mismo, para codo, muñeca y mano, arcos completos de movimiento articular, retracción de capsula articular de hombro, pectorales, flexores de codo y muñeca. Se dan instrucciones sobre manejo severo de casero de desensibilización de hombro y masaje para cicatriz de herida en mano, se desarrolla plan encaminado a estabilizar hombro mediante estiramiento activo de estructuras retiradas y fortalecimiento muscular para el mismo, refuerzo muscular para codo, muñeca y mano". (fl. 25)

"hoy asiste a control para resultados EMG con lesión parcial leve de nervio axilar derecho, y lesión moderada a severa de nervio mediano derecho a nivel distal con compromiso axonal.

El paciente continúa con dolor tipo quemadura en hombro y región pectoral derecho.

En rayos x de mano se muestra fragmentación de polo superior del hueso escafoides con múltiples esquirlas en tejidos blandos, se ordena para desensibilización a nivel de región pectoral" (fl. 26)

"Radiografía en dedos de mano derecha: no se definen lesiones óseas de origen traumático en las estructuras óseas de la mano. Sin embargo se demuestra fragmentación probablemente antigua del polo superior del hueso escaofides con múltiples pequeños perdigones metálicos en los tejidos blandos adyacentes. Relaciones articulares conservadas. Correlacionar con

antecedentes y estudios previos para evaluación comparativa y para determinar estudios complementarios" (fl. 27)

- Copia del resultado del estudio del laboratorio de neurofísica donde se tienen como conclusiones: 1) lesión parcial leve del nervio axilar derecho y 2) lesión parcial severa del nervio mediano derecho a nivel distal con compromiso axonal y de sus fibras motoras en fase de reinervación. (fls. 28-30)
- Copia de la descripción quirúrgica de la Dirección de Sanidad donde se tiene como descripción de procedimiento "bajo anestesia general se practica lavado quirúrgico profuso y exploración de herida avulsiva de la mano derecha. Se hace desbridamiento, hemostasia, regularización de los bordes y cierre de las heridas con prolene 4-0- vendaje bultoso. (fls. 32-34)
- Copia del Extracto de la Hoja de Vida del señor JORGE AMARILLO GIRALDO, emitida por el Área de Talento Humana del Departamento de Policía Boyacense. (fls. 35-36)
- Copia del Fallo Prestacional por Lesiones Radicado Bajo el: N° 004 10 emitido por el Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional-Dirección de Tránsito y transporte-Oficina Asuntos jurídicos, donde se indica en el artículo primero de la calificación que "de conformidad con el recaudo probatorio, el despacho considera que los hechos en los cuales sufrió accidente en su integridad física el señor Subintendente AMARILLO GIRALDO JORGE IVAN, identificado con cedula de ciudadanía N° 74.180.312 se enmarca dentro de lo preceptuado en el Decreto 1796 de 2000, artículo 124, literal b, es decir, "EN SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO, ES DECIR, ENFERMEDAD PROFESIONAL Y/O ACCIDENTE DE TRABAJO". (fl. 38)
- Copia de la notificación personal del Fallo Prestacional por Lesiones Radicado Bajo el: N° 004 10 emitido por el Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional-Dirección de Tránsito y transporte-Oficina Asuntos jurídicos. (fl. 39)
- Copia del Fallo de primera instancia contra el señor YIMER CARDENAS MOZO: emitido por el Juzgado Penal del Circuito Especializado, Distrito judicial de Tunja y donde se condenó a Yimer Cárdenas Mozo a 236 meses de prisión, como autor responsable del delito de homicidio agravado en concurso homogéneo y sucesivo con el homicidio agravado, en grado de tentativa [...]" (fls. 40-56)
- Oficio de fecha 09 de diciembre de 2010, emitido por el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, dirigido al doctor EDGAR AMADOR, Presidente Tribunal de Ética Médica de Boyacá, donde solicita investigar el actuar ético y profesional de la doctora MARGARITA CORTES MONTANA, así mismo se solicitó un concepto de la situación de salud en que se encontraba para la fecha de los hechos y si estaba en condiciones óptimas de prestar su labor operativa como policía. (fls. 57-58)
- Copia del informe quirúrgico por la Policía Nacional, Área de sanidad de Boyacá, Clínica Regional Tunja (fls. 59-81)
- Copia de la diligencia de declaración de señora Laura Paola Torres donde manifiesta que el señor AMARILLO GIRALDO no estaba apto y "requería excusa porque no estaba en su condición óptima para laborar como policía". (fls. 82-83)
- Copia de la diligencia de declaración de la Dr. Margarita María del Pilar Cortes Montaña donde manifiesta que "puedo afirmar que la valoración que realice antes de los hechos a este paciente fue el día 17 de diciembre de 2009 quien a mi opinión no presentaba ninguna restricción para el porte de armas" y "las quemaduras que presento al momento de la salida se encontraban en proceso de EPITALIZACION, cubiertas, con curaciones médicas y vendajes, el cual, no limitaba la movilidad del miembro superior". (fls. 84-85)

- Imágenes de las fotografías tomadas el día 19 de diciembre de 2009 y 27 de enero de 2010 (fl. 86)
- Copia del oficio N° 1595-2010 del 14 de diciembre de 2010 donde se informa al señor Jorge Iván Amarillo que los documentos radicados fueron repartidos al Tribunal de Ética Médica de Cundinamarca. (fl. 87)
- Copia del instructivo N° 019 DITRA-PLANE, Correcta Elaboración Ordenes de Comparendo, emitido por la Dirección de Tránsito y Transporte - Ministerio de Defensa Nacional Policía Nacional, donde se encuentran descritos las fases del protocolo del control de embriagues. (fls. 88-94)
- Certificación de conciliación prejudicial N° 059, radicada ante la Procuraduría 121 judicial para asuntos administrativos de Tunja, en donde ante la falta de ánimo conciliatorio se dio por fallida la diligencia, concluida la audiencia y terminado el trámite extrajudicial de la conciliación. (fls. 95-96)
- Oficio de 22 de febrero de 2016 mediante el cual el Jefe del Grupo de Talento Humano DEBOY relaciona extracto de la hoja de vida de JORGEIVAN AMARILLO GIRALDO, extraída del Sistema SIATH. (fls. 312-314)
- Oficio de 25 de febrero de 2016 por medio del cual el Jefe del Área de Sanidad de Boyacá remitió reporte del sistema de información del subsistema de salud de la Policía Nacional de la historia clínica de JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, en dispositivo de almacenamiento de disco compacto que contiene archivo en pdf con 779 folios. (fls. 310-311)
- Oficio de 17 de febrero de 2016 por medio del cual el Comandante de Policía de la Estación de Cucaita allegó a este despacho copia de los folios 386, 387, 388, 389, 390 y 391 de la minuta de guardia correspondientes al 20 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2009 y folios 340 y 341 del libro de población, donde además se advierte que en dicha unidad no se encontró antecedente alguno que relacione al señor subintendente JORGEIVAN AMARILLO GIRALDO. (fls. 286-296)
- Oficio de 17 de febrero de 2016 donde se allegó a este despacho por parte del Jefe Seccional de Tránsito y Transporte de Boyacá copia autenticada de la minuta de anotaciones correspondiente a la ruta Tunja – Chiquinquirá para los días 20 y 21 de diciembre de 2009. (fls. 297-302)
- Oficio de 22 de marzo de 2016 por medio del cual se allega el Formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez donde se tiene como pérdida de la capacidad laboral 72,03%. (fls. 357-360)
- Oficio de 10 de marzo de 2016 por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado remite copia autentica de la sentencia de 23 de junio de 2010 tomada del original que reposa en el archivo del juzgado, proferida en contra de YIMER CARDENAS MOZO por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON HOMICIDIO TENTADO. (fls. 334-350)
- Copia del oficio de 12 de abril de 2016 expedido por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional donde se informa que en dicha institución no se contempla un sistema de evaluación, ni clasificación de hoja de vida o folio de vida para soldados, motivo por el cual no se puede expedir dicho documento. (fls. 394-395)
- Oficio de 01 de abril de 2016 por medio del cual el Oficial Sección Atención al Usuario DIPER, da a conocer que el soldado profesional YIMER CARDENAS MOZO trabajo en dicha calidad de 15 de mayo de 2001 hasta el 30 de agosto de 2010 y que se retiró por condena a prisión. (fl. 397)
- Oficio de 29 de marzo de 2016 por medio del cual la Jefe de Grupo de Información y Consulta Área Archivo General allega copia de la Resolución N° 02052 de 15 de junio de 2007 "Por la cual se define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Dirección de Tránsito y Transporte" (fls. 368-380)

- Oficio de 01 de marzo de 2016 por medio del cual el Jefe de la Oficina Jurídica y Derechos Humanos informa que para la fecha del año 2009 se daba aplicabilidad a lo instituido en la Ley 769 de 2002 artículo 150. (fl. 329)
- Oficio de 15 de marzo de 2016 suscrito por el Comandante Grupo de Caballería N° 1 "General José Miguel Silva Plazas" donde se indica que el Jefe de la Sección de Personal del Grupo de Caballería Mecanizado N° 1 General José Miguel Silva Plazas hace allegar certificación del señor SLP. YIMER CARDENAS MOZO, donde indica que para el 21 de diciembre de 2009 que se encontraba como miembro activo del Ejército Nacional (calidad militar). (fl. 351-352)
- Oficio de 15 de marzo de 2016 suscrito por el Oficial de Inteligencia GMSIL donde se informa que revisados los archivos físicos en esta sección no se encontró documento alguno que haga referencia a que el señor YIMER CARDENAS MOZO el día 21 de diciembre de 2009 portara arma de dotación oficial. (fl. 353)
- Copia del oficio del 05 de abril de 2016 donde el Subdirector de Personal del Ejército Nacional manifiesta que el soldado profesional YIMER CARDENAS MOZO, figura retirado mediante orden administrativa de personal 1042 del 27 de enero de 2011, con fecha de novedad fiscal 30 de agosto de 2010, por la causal de condena, junto con la respectiva orden administrativa. (fl. 381-384)
- Copia del oficio NO S-2013-025874 DEBOY SETRA 29 del 16 de septiembre de 2013, suscrito por el señor Teniente Coronel Otain Rodríguez Suarez, Comandante de la Seccional de Tránsito y Transporte de Boyacá por medio del cual se presentan todos los antecedentes documentales relacionados con los hechos sucedidos el día 21 de diciembre de 2009 con ocasión a la ocurrencia de las lesiones perpetradas al señor subintendente Jorge Iván Amarillo Giraldo. (fl. 108-118)
- Copia del oficio dirigido al General Rodolfo Palomino donde el señor intendente Javier García Sanabria da a conocer la novedad presentada el 21/12/2009 siendo aproximadamente las 05:00 horas en la vía Chiquinquirá – Tunja Kilómetro 71+800 mts. (fl. 119)
- Copia del acta de defunción del señor patrullero Jaime Pinto Rincón. (fl. 121)
- Copia del formato de reporte de accidentes en la Policía Nacional del accidente del señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO. (fl. 122)
- Copia del informe de la novedad del 21/12/2009 aproximadamente las 05:00 horas en la vía Chiquinquirá – Tunja Kilómetro 71+800 mts, suscrito por el Comandante de Ruta Chiquinquirá – Tunja con destino al Jefe Seccional Transito y Transportes de Boyacá donde se relatan los hechos y se advierte que "al constatar las novedades de vehículos, armamento y demás elementos del servicio se pudo verificar que la camioneta 18-0037 presenta ruptura de vidrio de la puerta izquierda delantera y un impacto de bala en la tapa plástica de los mecanismos de la puesta derecha delantera, así mismo al indagar sobre el armamento de los policiales, el revólver del señor Subintendente se encontró en la Estación de Policía de Cucaita en donde esta ordenado dejar el armamento desconociéndose los motivos por el cual el arma estaba allí. (fl. 125-126)
- Copia del oficio N°- S -2013-279718 DIPON ARPRES GROIN 1.10 del 25 de septiembre de 2013, suscrito por el Jefe del Grupo de Orientación e Información del Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional. Por medio del cual remite, copia de la Resolución N° 00881 del 21 de mayo de 2013 por medio de la cual se reconoce indemnización por incapacidad relativa y permanente a favor del hoy actor. Así como parte resolutive del informe administrativo por lesiones N° 22310 correspondiente al señor Subintendente Jorge Iván Amarillo Giraldo y su auto modificadorio. (fl. 127-129)
- Copia de la liquidación por indemnización laboral por incapacidad relativa y permanente donde se ordena pagar la suma de \$ 47.158.714 al señor JORGE IVÁN AMARILLO GIRALDO. (fl. 130)

- Informe prestacional por lesiones N° 223/10 donde se concluye que de acuerdo con el material obrante donde resultó lesionado el subintendente Jorge Iván Amarillo Giraldo conduciendo motocicleta, se enmarca dentro de lo preceptuado en el Decreto 1796 de 2000, artículo 24, literal d, es decir, en actos realizados contra la ley, el reglamento o la orden superior. (fl. 131-133)
- Copia de la comunicación personal del Informe administrativo por lesiones N° 223/10. (fl. 135)
- Copia de la resolución de 21 de julio de 2011 por medio de la cual la Dirección General de la Policía Nacional en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 26 del Decreto 1796 de 2000, modifica la certificación (Informe administrativo por lesiones N° 223/10) y en su lugar dispone que las lesiones sufridas por JORGE IVÁN AMARILLO GIRALDO, se presentaron por servicio por causa y razón del mismo tal como lo dispone el artículo 24 literal b) de la norma citada. (fl. 136)
- Copia del oficio N° S-2016-048030 SECSA DISAN del 23 de septiembre de 2013, emanado del Jefe del Grupo Medico Laboral N° 1 del Área de Sanidad de la Policía Nacional por medio de la cual remite copia del acta N° 1124 del 23 de agosto de 2012 de la Junta Medico Laboral practicada al Subintendente Jorge Iván Amarillo Giraldo, con relación a los hechos hoy demandados.
- Copia del acta de la Junta Medico Laboral N° 1124 donde se concluye que el señor JORGE IVÁN AMARILLO GIRALDO del 51.27%. (fl. 138-140)
- Copia del oficio N° S-2013-27979 DEBOY GUTAH - 29 del 01 Octubre de 2013, proferido por el señor Administrador del SIATH DEBOY (Sistema de Administración del Talento Humano del Departamento de Policía Boyacá), por medio del cual, certifica que para el día 21 de diciembre de 2009, el señor Subintendente Jorge Iván Amarillo Giraldo no presentaba ningún tipo de situación administrativa pendiente. (fl. 141)
- Copia de la Resolución N° 02052 del 15 de junio de 2007 emanada del señor Director General de la Policía Nacional, por medio de la cual se define la estructura orgánica interna y se determinan las funciones de la Dirección de Tránsito y Transporte. (fl. 142-153)
- Copia del oficio N° 050 DEBOY-ESPO-CUCAITA de fecha 2 de febrero de 2014, con sus anexos, suscrito por el Comandante de la Estación de Policía Cucaita, por medio del cual se informa que el señor Jorge Iván Amarillo Giraldo, adscrito a la Seccional de Tránsito y Transporte del DEBOY, para la fecha de los hechos, no dejó a guardar su arma de dotación oficial en el armerillo de dicha unidad policial y se anexó copia del libro de población folios N° 340 y 341, libro de minuta de guardia folios N° 386, 387, 388, 389, 390 y 391, acta de apertura y folios del libro de control de armamento folios 14 y 15. (fl. 155-161)

4. Caso concreto.

El despacho deberá establecer si las entidades demandadas incurrieron en alguna falla del servicio en las circunstancias que rodearon los hechos acaecidos el día 21 de diciembre de 2009, donde fue lesionado el señor Jorge Iván Amarillo con arma de fuego, por el señor Yimer Cárdenas Mozo quien para la época de los hechos fungía como soldado profesional, durante un retén de policía efectuado en el lugar denominado "Altos de San Lázaro" en la vía que conduce Tunja – Chiquinquirá.

Para determinar la presunta responsabilidad de las entidades demandadas encuentra pertinente este juzgado abordar el estudio de metodológico los siguientes temas: i) De la falta de incapacidad médica a las lesiones del demandante; ii) De la presunta falla del servicio por el desconocimiento del número de policiales que deben realizar un control en

carretera; iii) De la orden de guardar el armamento en la estación de policía de Cucaita
iv) De la culpa personal del soldado profesional Yimer Cárdenas Mozo.

4.1 De la falta de incapacidad médica a las lesiones del demandante.

Según el testimonio del señor JHON FREDY CUERVO RAMÍREZ recepcionado el día 16 de febrero de 2016, se tiene que el día 05 de diciembre de 2009 el señor JORGE IVÁN AMARILLO sufrió un accidente moto ciclístico en compañía al parecer del patrullero Castiblanco en el que el señor Amarillo resultó lesionado raspándose el tobillo, la pierna y hasta su brazo, razón por la cual, fue llevado a Villa de Leyva para que le practicaran unas curaciones.

En dicho testimonio se sostuvo lo siguiente:

*“En la demanda de la misma forma se afirma que el día 05 de diciembre del año 2009 el señor Jorge Amarillo sufrió un accidente de tránsito fruto del cual debía estar en incapacidad médica, usted sabe o le consta algo relacionado con estos hechos RTA: Correcto su señoría el día 05 de diciembre estaban conmigo el señor intendente García que era el comandante de la ruta, estábamos creo que unos 5 o 6 policías exactamente en la y de Sachica donde está la partida la entrada a Villa de Leyva, por algún motivo le ordenaron al subintendente Amarillo creo que fue con el patrullero Castiblanco, no sé a qué, vía Oicata, nosotros estábamos en la y de pronto a los 15 o 20 minutos llegó una buseta de esa ruta diciéndonos que los compañeros se habían accidentado más arriba, procedimos hacia ese lugar a ver qué había ocurrido, resulta que en una curva se habían accidentado, **no recuerdo muy bien pero las lesiones de Castiblanco fueron muy leves pero las del subintendente Amarillo fue total desde el tobillo, ósea la bota se le raspo total del tobillo toda la pierna el brazo total de la misma forma se lo raspo totalmente hasta hoy, eso fue un accidente de tránsito del cual debíamos conocer pues no había más vehículos involucrados pues se salieron de una curva lo norma era que levantáramos un informe del accidente sobre esos hechos pero ordenaron que no que los atendieran así, creo que fueron primero a Villa de Leyva para ver que tipo de curación le hacían esperando órdenes para que fueran trasladados a la policlínica de aquí de la ciudad de Tunja y ya como a las 2 de la tarde pues nos comunicamos para ver en qué estado se encontraban y en la clínica que no que les estaban haciendo curaciones solamente para esa fecha 05 de diciembre hasta ahí fue lo que recuerdo**, no hubo como un emergencia como una atención especial no la orden que le impartieron al intendente García fue que **lo llevaran a Villa de Leyva hay hicieron unas curaciones muy básicas unos primeros auxilios**, ósea a uno siempre le queda como esa indignación de que uno presta un servicio a una comunidad uno hace lo posible por conciliar a todo mundo y más nosotros la policía de tránsito y transporte policía de carreteras en esa época y el siendo un miembro de policía de tránsito accidentado no hubo al menos la ambulancia de la policía que los trasladara que los asesorara ellos llegaron cojeando como pudieron y con su pedazo de moto, es más el regaño principal y eso a mí me consta fue por la motocicleta que como en todos los casos siempre es o el armamento o los vehículos mas no la salud del policía eso es para esa fecha su señoría”.*

Aunado a lo anterior el señor JHON FREDY CUERVO RAMÍREZ precisó que debido a las lesiones sufridas por el señor AMARILLO éste no se encontraba en condiciones de prestar su servicio como normalmente los desempeñaba:

*“Preguntado de acuerdo a lo que usted percibió, su experiencia el estado de salud del miembro de la Policía Nacional el señor Amarillo por el accidente sufrido el 05 de diciembre usted percibió que el si estaba en condiciones de realizar procedimiento y operaciones como el que realizo el 21 de diciembre en el que resulto herido por arma de fuego, usted como vio el estado de salud de ese señor RTA: **bueno a partir del día 05 de diciembre cuando se accidentaron el quedó con unas lesiones unas laceraciones desde el tobillo hasta el brazo, él no estaba en aptitud para prestar un servicio**, por falta de personal y todo entonces quédese en la carpa y haga esto, mas sin embargo, el cómo era subintendente*

421

lo pusieron a hacer turnos de noche, creo que como a los 8 días del accidente a él se le enconaron las heridas, creo que se le solicitó a la policlínica o a la directora de la policlínica, que le pararan bolas al estado de salud de él, inclusive él estaba solicitando que él había consultado y que necesitaba que le hicieran cirugía plástica porque la lesión era grande a él lo incapacitaron no sé 5 días 7 días, por esto faltó unos días al servicio y regresó con el brazo inmovilizado [...]"

[...]

"Indíqueme al despacho si a usted le consta que si el señor Jorge Iván Amarillo para el día 21 de diciembre de 2009, fecha de los hechos se encontraba con alguna excusa de servicios RTA: a él no lo tenían con excusa de servicios, él estaba prestando servicio, lógico si yo tengo excusa como me voy a regalar a hacer un turno, él no tenía excusa de servicio, no estaba en condiciones de prestar servicio pero lo tenían allá".

En el mismo sentido obra dentro del plenario el testimonio rendido por la señora MARIA LUCILA ESPITIA LÓPEZ donde también indica que el Subintendente AMARILLO no se encontraba en condiciones de prestar su servicio a la Policía Nacional:

Preguntada como usted dice que conoció el accidente del 05 de diciembre y obviamente el del 21 de diciembre de acuerdo a lo que usted percibió, de acuerdo a lo que usted vio el señor Amarillo si estaba en condiciones de salud físicas de acuerdo a lo que usted vio, si se veía en condiciones de ir a prestar servicio en la policía RTA: no porque él tenía el brazo, le habían quitado la piel mejor dicho la piel estaba expuesta, porque a él se le había curado el brazo y debajo de la costra tenía mucha infección, entonces estaba con mucho antibiótico, tenía vendado el brazo, lo tenía con una venda o sea no lo podía mover.

Igualmente coincide el testimonio de la señora MARIA ASENCION VARGAS VASQUEZ en el sentido de el señor JORGE IVÁN AMARILLO debido a las heridas que presentaba y a la falta de recuperación adecuada de las mismas se encontraba limitado para desempeñar su oficio:

"Usted nos comentaba inicialmente que usted tiene profesión de técnico en qué? RTA: Auxiliar de enfermería. En su profesión la herida que usted observo en el señor Jorge Iván Amarillo en su concepto era incapacitante, lo limitaba a él para efectos de laborar RTA: si, porque la herida le cubría esta parte, estaba suturada e infectada, se me hacía raro que no le hubieran dado un antibiótico. Usted recuerda más o menos en qué fecha realizó esa observación RTA: la verdad no me acuerdo de la fecha exacta, me acuerdo que fue porque ella me invito a tomar un tinto y le mire la herida en ese momento le dije a él ve traes un suero fisiológico para hacer una limpieza, cuando le quite las gazas note la herida fea y le preunte que si le estaban dando antibiótico, le dije porque no va por urgencias, que le miren la herida porque la herida esta muy fea".

[...]

"Dígale al despacho cuando usted fue a la casa del señor Amarillo y vio la herida usted se dio cuenta que el brazo lo podía ejercitar, mover o estaba con impedimento para moverse RTA: no él estaba con impedimento, él lo tenía vendado, yo le decía que lo tratara de mover y que moviera los dedos, había un dedo no me acuerdo cual específicamente no lo podía mover, entonces yo le decía a él que si él no podía mover la mano y tenía circulando era porque el procedimiento que le estaban realizando a él no era así que debía ir a urgencias a que le formularan un antibiótico".

[...]

"Indíqueme al despacho si usted conoció respecto de su profesión y ocupación laboral con la policía nacional del accidente de tránsito sufrido por el señor Jorge Iván Amarillo Giraldo el día 05 de diciembre del año 2009 RTA: en el momento no estaba trabajando para la policía

pero si tuve conocimiento porque en ese momento don Amarillo era el jefe directo de mi esposo y tenían la misma ruta y pues en ese momento él se accidento y cierto día yo fui a la casa de él me invito la esposa que fuera a tomar un tinto dio la casualidad de que estaba don Amarillo hay con vendaje en un brazo y él me dijo que si le miraba el brazo que le dolía mucho, cuando le mire el brazo yo note que le habían colocado el vendaje sin colocarle crema sino simplemente la grasa el apósito, entonces yo le dije que no sabía cómo le estaban haciendo las curaciones o quien le había hecho la curación pero que no era el modo, que debieron haberle aplicado la crema y de pronto haberle aplicado el antibiótico porque la herida se veía muy fea".

De la transcripción de los testimonios sería del caso colegir que todos coinciden en afirmar que el señor Subintendente JORGE IVÁN AMARILLO en atención a la gravedad y falta de curación adecuada de sus heridas no se encontraba en condiciones de asistir junto con sus demás compañeros a la prestación del servicio como miembro de la Dirección de Tránsito y Transporte del Departamento de Boyacá.

Advierte el despacho que se surtió una controversia sobre si se debía o no incapacitar al accionante por las lesiones sufridas el día 05 de diciembre de 2009, a causa de un accidente automovilístico, debate generado en sede de la Oficina de control interno disciplinario de la Policía Nacional – Seccional Boyacá en donde la declaración de señora Laura Paola Torres, enfermera que evidenció las heridas que aquejaban al accionante, y manifiesta que el señor AMARILLO GIRALDO no estaba apto y "requería excusa porque no estaba en su condición óptima para laborar como policía". (fls. 82-83)

Pese a lo anterior, encuentra el despacho que también obra en el plenario copia de la diligencia de declaración de la Dra. Margarita María del Pilar Cortes Montaña, que fue la médico que atendió al accionante y la persona que no concedió la incapacidad para laborar al señor AMARILLO y, quien manifestó que "puedo afirmar que la valoración que realicé antes de los hechos a este paciente fue el día 17 de diciembre de 2009 quien a mi opinión no presentaba ninguna restricción para el porte de armas" y "las quemaduras que presentó al momento de la salida se encontraban en proceso de EPITALIZACION, cubiertas, con curaciones médicas y vendajes, el cual, no limitaba la movilidad del miembro superior". (fls. 84-85)

En consecuencia, considera este despacho que si no se concedió la incapacidad al señor AMARILLO, se hizo con base en el criterio de una profesional de la medicina, que cuenta con criterios técnicos propios de esta materia y que, dan credibilidad a su decisión. No obstante, como se ha referido existen testimonios que se contraponen a la decisión de no haber incapacitado al señor AMARILLO, sin embargo, estos se rinden por parte de personas que no tienen formación profesional en el área de la medicina, por tanto, no gozan de la suficiente entidad para controvertir la decisión de la Dra. Margarita María del Pilar Cortes Montaña.

Así las cosas, como se explicó al no estar controvertida la decisión de incapacitar al señor Subintendente JORGE IVÁN AMARILLO, por otro profesional de la medicina, por más de que en criterio de estas personas que coincidían en que las lesiones del señor AMARILLO ameritaban la incapacidad y, por tanto, no debía prestar su servicio a la Policía en esas condiciones, no puede desvirtuarse la valoración realizada en su momento por una persona con conocimientos más especializados y con los cuales se evaluó la situación del accionante para determinar que no era factible incapacitarlo. Por tal razón, para este despacho no se encuentra acreditada una falla en el servicio por la presunta falta de incapacidad al demandante que conllevó a que éste prestara su servicio sin estar en condiciones para llevarlo a cabo.

422

4.2 De la presunta falla del servicio por el desconocimiento del número de policiales que deben realizar un control en carretera.

Se plantea por parte del apoderado demandante que dos meses después de lo sucedido, el 23 de febrero de 2010 la Dirección de Tránsito y Transporte expidió el instructivo 019 "CORRECTA ELABORACION ORDENES DE COMPARENDO el cual contiene el protocolo para Operativo Control Embriaguez, en el que se indica que este procedimiento debe realizarse con un mínimo de 10 uniformados; lo cual no existía para la época de los hechos y en su dicho ello constituye una irregularidad y omisión de la entidad demandada.

Por el contrario en la contestación de la demanda se adujo que si bien la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional expidió el Instructivo N° 019 del 23 de Febrero de 20 que trata sobre la "correcta elaboración de las ordenes de comparendo"; no por dicha expedición debe señalarse que habría incurrido en alguna omisión o irregularidad, por tratarse de un hecho anterior a la vigencia de dicho instructivo; o que; por razón del hecho demandado, la Dirección de Tránsito de la Policía Nacional tuvo la necesidad de expedir dicho reglamento.

Corresponde entonces al despacho establecer si la entidad demandada incurrió en falla del servicio por la presunta omisión en la regulación del número de policiales que debían concurrir a los controles de tránsito que se realizan por parte de la policía de tránsito y transporte.

Advierte el despacho que el señor JHON FREDY CUERVO RAMÍREZ quien trabajó en la Dirección de Tránsito y Transporte Seccional Boyacá, señaló que existían directrices dentro de la policía de tránsito donde expresamente se señalaba que los controles de tránsito se debían hacer con mínimo ocho policiales:

*"Preguntado dígame al despacho dentro de los protocolos de seguridad que maneja la policía nacional para operativos o procedimientos como en los que resulto herido el señor Amarillo que numero de policiales por lo general deben participar RTA: (...) esas órdenes tiene que estar consignadas mediante instructivos que hace el Director de Tránsito y Transporte yo fui también conductor del comandante de carreteras no del mayor Vargas de los anteriores, los instructivos que siempre en la mañana les da el Director de Tránsito y Transporte o el subdirector o sea un general o un coronel era de eso de **los puestos de control de estar bien ubicados cuantos en servicio, con buena actitud y ellos dicen una cosa mínimo ocho (8) policías, bastantes policías en el puesto de control pero en la ruta ni siquiera existe ese número de policías**, en la noche ustedes pueden verificar hay dos policías en un patrulla y les dicen que hay que hacer puestos de control que hay que hacer operativos pues uno porque los hace en contra de esos instructivos pero cumpliendo las ordenes porque ellos dicen si el instructivo esta pero no hay personal hágale si uno no lo hace las represalias en contra de eso son traslados a otros departamentos de orden público, desvinculaciones de policía de tránsito y de carreteras, anotaciones, llamados negativos al folio de vida apoyos en tiempo de descanso o sea como una forma de represalia o intimidación por parte de la entidad, lógico 8 policías no pueden estar las 24 horas, el comandante de la ruta tiene que distribuirlos, el comandante de la seccional sabe que en la noche siempre quedan dos policías de ruta y eso dos policías tienen operatividad o sea que tienen que hacer puestos de control".*

[...]

"Usted sabe y le consta que los miembros de la policía de la dirección de tránsito y transporte de la policía algunos meses después de lo que sucedió con el policial Amarillo como consecuencia de esos hechos se impartió una directriz corrigiendo posibles irregularidades en los operativos que se realizaban como el que realizó Amarillo RTA:

*Ellos siempre se lavan las manos, a todos nos consta como habitantes de Tunja que es de los departamentos más sanos para todo para delincuencia para homicidios para orden público para la policía o para el ejército, la ruta villa de Leyva Tunja Chiquinquirá, la ruta más sana supuestamente porque en la noche casi no pasaban carros en esa época, muy poca afluencia de vehículos, es muy tranquila entre comillas es una ruta muy relajada como siempre uno hacia las observaciones pero dos policías que van a poner denuncia pero los comandantes ordenan a sabiendas, es más, **los instructivos de tránsito y transporte que el puesto de control debe ser con muchos policías, con todos los elementos en un sitio seguro**".*

Frente a lo anterior, se advierte que obra dentro del expediente oficio de 01 de marzo de 2016 por medio del cual el Jefe de la Oficina Jurídica y Derechos Humanos DITRA de la Policía Nacional informa que para la fecha del año 2009 se daba aplicabilidad a lo instituido en la Ley 769 de 2002 artículo 150, 151 y 152. (fl. 329). Es decir, para el momento de los hechos si existía una regulación genérica sobre al particular, aunque no en específico sobre el punto objeto de controversia: el número de policiales necesarios para realizar controles de tránsito.

Sin embargo, la teoría de la falla en el servicio se presenta cuando se trasgrede un contenido obligacional de tipo normativo, ya sea con un actuar deficiente, tardío o una falta de acción, pero como requisito indispensable se deben vulnerar los mandatos de una normatividad vigente, previa a la conducta o falta de actuación desplegada. Así lo ha sostenido el máximo órgano de lo contencioso administrativo:

*"En efecto, la falla del servicio, que es el criterio de imputación principal para establecer la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención –deberes negativos como de acción –deberes positivos- a cargo del Estado; empero, para que se genere responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, a título de ejemplo, i) **el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos**, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración"¹⁷.*

En consecuencia, en el caso concreto no podría hablarse de una falla en el servicio puesto que la Policía Nacional - Dirección de Tránsito y Transporte no vulneró las disposiciones vigentes para la época en que ocurrieron los hechos. Además si lo que se pretende censurar es la falta de regulación sobre la cantidad de personal que debe cubrir un control de tránsito se debe hacer bajo el amparo de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, desde que se logre demostrar que con esta actividad se causó un daño antijurídico.

Sobre el particular la Corte Constitucional ha precisado:

*"Tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño. **De este modo la responsabilidad patrimonial del Estado por los hechos, acciones u omisiones imputables al Poder Legislativo está expresamente contemplada en el artículo 90 constitucional, pues cualquier otra posibilidad sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución.** Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que*

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

423

*encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento. No sobra advertir que la Constitución establece expresamente determinados supuestos de obligación reparatoria por la actuación del Legislador, tales como la figura de la expropiación, la obligación de indemnizar cuando se establece un monopolio o cuando el Estado decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos. **Lo anterior no significa que la responsabilidad del Estado legislador se vea circunscrita exclusivamente a los anteriores eventos o a los supuestos de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, pues como ya se ha dicho su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico**, la cual como se ha reiterado a los largo de esta decisión descansa en los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”¹⁸*

Con fundamento en lo anterior, se impone al despacho concluir que no existió falla del servicio por parte de la Policía Nacional - Dirección de Tránsito y Transporte, pues no se vulneró ninguna disposición normativa vigente para la época en que acaecieron los hechos objeto de debate en este proceso, respecto al número de agentes requerido para atender los controles y retenes de tránsito.

4.3 De la orden de guardar el armamento en la estación de policía de Cucaita.

Se adjugó en la demanda que que en el mes de abril del año 2009 el Comandante de la Seccional de Tránsito y Transporte Boyacá, decidió sacar las armas del armerillo que existían en las instalaciones de dicha Seccional, y ordenó que fueran dejadas en Estaciones de Policía que quedaran ubicadas sobre las rutas que cada grupo de uniformados cubría y que para el caso del demandante, la orden era dejar el arma en la Estación de Policía de Cucaita.

En consecuencia, en atención a esa orden, el Subintendente JORGE IVÁN AMARILLO dejó su arma en la Estación de Policía de Cucaita, y por tal razón, al momento de realizar su turno en la noche del 21 de diciembre de 2009, donde fue sorprendido por el señor YIMER CARDENAS MOZO quien lo hirió con arma de fuego, se encontraba sin su arma de dotación con la cual se hubiere podido defender o por lo menos si el agresor se hubiera percatado de la existencia de la misma, es factible que no abriera fuego contra su persona.

Sobre este punto obra dentro del plenario la declaración del señor JHON FREDY CUERVO RAMÍREZ donde se hace referencia a los elementos de seguridad que debe tener un policial que desarrollara procedimientos y operativos de carretera para su protección donde sostuvo que “los elementos básicos del servicio son el arma de dotación, para la época utilizábamos un revolver la tofa que es lo que llaman el bolillo”.

Relató el señor CUERVO RAMÍREZ en su testimonio que el día de la ocurrencia de los hechos el demandante no tenía armamento, como consecuencia de una orden que se impartió por el Mayor Vargas, consistente en que con el fin de evitar desplazamientos hasta la seccional de tránsito de la ciudad de Tunja, se deberían guardar las armas en las estaciones de policía más cercanas a las rutas donde se estuviere prestando el servicio, razón por la cual, guardaban el armamento en la estación de policía de Cucaita, gracias a una petición que les había hecho el para entonces mayor Vargas a los policiales de dicha estación:

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia C- 038 de 2006 de primero (1º) de febrero de dos mil seis (2006), Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

*“Preguntado dígame al despacho si usted sabe y le consta que para el 21 de diciembre de 2009 los policiales que realizaron el operativo en que salió lesionado el policía Amarillo tenían esos elementos de seguridad y si dentro de los mismos debía incluirse un chaleco antibalas o alguna forma de chaleco de protección RTA: [...] **el subintendente no tenía armamento ese día porque la orden del mayor Vargas era que nos querían ver a nosotros recibiendo o entregando armamento en la dirección nacional de tránsito, entonces si yo trabajo la ruta Villa de Leyva que empieza a partir del kilómetro 1 a la salida de la fuente me toca desplazarme hasta el frente del terminal a la seccional a reclamar o a dejar el armamento que era lo que normalmente se hace, pero la orden era que para evitar esos desplazamientos de personal y de los vehículos a la ciudad de Tunja que el armamento lo debíamos dejar en la estación de Cucaita**, la estación de Cucaita tenía como comandante en esa época Subintendente Ariza ellos permitieron de que nosotros guardáramos el armamento allá en un cajón sin medidas de seguridad porque ellos no se comprometían a guardar el armamento de 7 o 9 policías que estábamos en la ruta porque era un responsabilidad extra para ellos porque no era una orden del departamento sino una petición del mayor Vargas, o sea **yo se que Amarillo ese día no tenía arma porque ellos subieron de Cucaita hacia Tunja y en ese tránsito para entregar turno uno subía sin armamento y bajaba de Tunja hacia Cucaita sin armamento**. Disculpe y quien dio esa orden de que debían dejar el armamento en Cucaita RTA: El mayor Jairo Fernando Vargas Cuenca Comandante de Carreteras”.*

También cabe resaltar que dentro de este testimonio se hace referencia a la manera como se dejaban a guardar las armas en la estación de policía de Cucaita, señalando las vicisitudes que ello implicaba debido al escaso número de policías en dicha estación, pero, asimismo, se hace referencia a que casi nunca se hacían anotaciones por parte de los policiales de la estación en lo que atañe a que los policías de tránsito ingresaban a la estación a dejar el armamento:

*“[...] **también es bueno como añadido que el armamento lo dejamos en la estación de Cucaita, es decir, si yo prestaba turno hasta las 7 de la noche no nosotros veníamos de la y de Sachica si no estábamos atendiendo algún accidente, de la y de Sachica tipo seis, seis y media de la tarde, entrábamos a Cucaita dejábamos el armamento, pocas veces el comandante de guardia de la estación hacía su anotación que entraban los de carreteras o no**, en muchas ocasiones nos tocaba, tocar o llamarlo telefónicamente porque en la estación de Cucaita eran muy poquitos policías, creo que al da de hoy son muy poquitos policías y esa estación no tiene una guardia un comando, era una estación muy sencillita y echaban candado y se iban a hacer un procedimiento porque como decían dos subintendentes de pronto Ariza el subintendente y de pronto el que estuviera de turno si ellos tenían que salir a algún procedimiento echaban candado y se iban, **muchas veces nos tocaba esperar para reclamar o para dejar el armamento esperar hay en el parque de Cucaita, esperar a que llegaran los de la estación para dejar el armamento** [...]”*

Pese a lo anterior, advierte con extrañeza el despacho que el Comandante de la Estación de Policía Cucaita, mediante oficio N° 050 DEBOY-ESPO-CUCAITA de fecha 2 de febrero de 2014, informó al Jefe de Unidad de Defensa Judicial de Boyacá que **“el señor Jorge Iván Amarillo Giraldo, adscrito a la Seccional de Tránsito y Transporte del DEBOY, para la fecha de los hechos, no dejó a guardar su arma de dotación oficial en el armerillo de dicha unidad policial y se anexó copia del libro de población folios N° 340 y 341, libro de minuta de guardia folios N° 386, 387, 388, 389, 390 y 391, acta de apertura y folios del libro de control de armamento folios 14 y 15”.** (fl. 155-161)

En el mismo sentido se dirige el oficio de 17 de febrero de 2016 por medio del cual el Comandante de Policía de la Estación de Cucaita allegó a este despacho copia de los folios 386, 387, 388, 389, 390 y 391 de la minuta de guardia correspondientes al 20 de diciembre de 2009 al 21 de diciembre de 2009 y folios 340 y 341 del libro de población,

424

donde además se advierte que en dicha unidad no se encontró antecedente alguno que relacione al señor subintendente JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO. (fls. 286-296)

En principio, sería dable colegir que no existe falla en el servicio alguna por la presunta orden de que los policiales de tránsito dejaran sus armas en las estaciones de policía más cercanas a las rutas que cubrían, y para el caso en concreto que el subintendente JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO no se encontraba desarmado el día de los hechos como consecuencia de dicha orden, pues, no se tiene prueba alguna de que el demandante debía de dejar su arma de dotación oficial en la estación de policía de Cucaita y además en los registros de dicha estación no figura que éste haya dejado a guardar su arma, es más, no se tiene antecedente alguno de la presencia del señor AMARILLO en la estación de Cucaita.

Sin embargo, encuentra el despacho que tal conjetura no es del todo válida, habida cuenta de la existencia dentro del plenario de la copia del informe de la novedad del 21 de diciembre de 2009 aproximadamente las 05:00 horas en la vía Chiquinquirá – Tunja Kilómetro 71+800 mts, suscrito por el Comandante de Ruta Chiquinquirá – Tunja con destino al Jefe Seccional Tránsito y Transportes de Boyacá donde se relatan los hechos acaecidos ese día y se advierte que “al constatar las novedades de vehículos, armamento y demás elementos del servicio se pudo verificar que la camioneta 18-0037 presenta ruptura de vidrio de la puerta izquierda delantera y un impacto de bala en la tapa plástica de los mecanismos de la puerta derecha delantera, **así mismo al indagar sobre el armamento de los policiales, el revólver del señor Subintendente se encontró en la Estación de Policía de Cucaita en donde está ordenado dejar el armamento desconociéndose los motivos por el cual el arma estaba allí**”. (fl. 125-126)

En consecuencia, existe una abierta contradicción entre lo que señaló el señor JHON FREDY CUERVO RAMÍREZ en su testimonio referente a la orden de dejar el armamento en la estación de Cucaita para los policiales que cubrían la ruta Tunja – Chiquinquirá, y el hecho que se haya encontrado el arma de dotación del demandante en dicha estación, de un lado, frente a los cuadernos de minuta de guardia y el libro de población que se manejaban por parte de los policiales de Cucaita, que niegan la presencia del señor AMARILLO en dicha estación de policía y así como que éste haya dejado a guardar su armamento allí, del otro lado.

Ahora bien, en este tipo de eventos donde se presentan disensos o controversias a la hora de verificar lo que realmente sucedió –la razón por la cual el señor Subintendente Amarillo se encontrara desarmado el día en que fue lesionado con arma de fuego– cobra una importante relevancia o valor la prueba indiciaria, para tratar de esclarecer los hechos respecto de los cuales no se tenga una prueba directa, pero con el condicionamiento de que en esta prueba “debe existir concordancia entre los hechos indicadores y los hechos indicados, por lo cual, ante una pluralidad de hechos indicadores, habrá de haber convergencia que permita llegar a una misma inferencia lógica del análisis de todos ellos”.¹⁹

El indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer. Es decir, que el indicio “se forma con un razonamiento que haga

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, C. P.: Enrique Gil Botero, sentencia de 24 de marzo de 2011, Exp. 05001-23-26-000-1995-01411-01(17993).

constar las relaciones de causalidad o de conexión entre un hecho probado y otro a probarse²⁰.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido con particular *sindéresis* que:

*"el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, **estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso**, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido"*²¹.

Lo anterior permite colegir sin mayores elucubraciones, que es el juzgador quien declara la existencia de un indicio, cuando establece un hecho indicador, aplica una o varias reglas de la experiencia e infiere lógicamente otro hecho indicado. Es decir a este le corresponde configurar el indicio, en cada caso concreto teniendo en cuenta que el hecho indicador del cual se infiere la existencia de otro acaecimiento fáctico, debe estar debidamente acreditado por los medios directos de prueba (testimonio, peritación, inspección, documento, confesión)²².

En el *sub exámine*, se tiene como hecho indicador que el arma de dotación oficial del policial JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO se encontraba para el momento de los hechos en la estación de policía de Cucaita, el cual como se indicó se encuentra demostrado con la copia del informe de la novedad del 21 de diciembre de 2009 suscrito por el Comandante de Ruta Chiquinquirá – Tunja. Refuerza este hecho de que el arma se encontrara en la mentada estación la declaración del señor JHON FREDY CUERVO RAMÍREZ, pues en esta se indica que los policiales que cubrían la ruta Tunja – Chiquinquirá debían por orden del mayor Vargas dejar sus armas en la estación de policía de Cucaita y por lo tanto el agente AMARILLO se encontraba desarmado en el momento de la ocurrencia de los hechos.

Ahora bien, aplicando las reglas de la experiencia, la sana crítica y la lógica, encuentra el despacho acreditado, a título de hecho indicado, que el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO se encontraba desarmado cuando fue sorprendido con disparos de arma de fuego por parte del señor YIMER CÁRDENAS MOZO, producto de la orden que se tenía de dejar el armamento en la estación de policía de Cucaita, lo cual constituye una falla en el servicio, habida cuenta que tal como lo indica la misma Policía Nacional en la contestación a la demanda "las armas de dotación oficial deben acompañar siempre y en todo momento a los uniformados que están designados para prestar un servicio, y quienes tienen bajo su custodia y responsabilidad dichas armas, desde el inicio del servicio y hasta la finalización del mismo" (fl. 84), obligación que precisamente no se cumplió como consecuencia de la orden de guardar el armamento en la estación de policía de Cucaita.

Precisamente como no se tiene una prueba directa de la orden de guardar el armamento en las estaciones de policía cercanas a las rutas que cubrieran los policiales de tránsito, con la prueba indiciaria se pretende cubrir que el hecho de que esta orden se encuentre huérfana de prueba, partiendo del hecho indicador debidamente probado de que el arma

²⁰ Teoría General de la Prueba en Derecho Civil o Exposición Comparada de los Principios de la Prueba Civil y de sus diversas aplicaciones en Italia, Francia, Alemania, Tomo V, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Reus, 1983, página 110.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 26 de octubre de 2000, proceso: 15610.

²² *Ibidem*

425

del demandante se encontraba en la estación de policía de Cucaita, para deducir a través de la experiencia y la sana crítica que efectivamente existió la referenciada orden y producto de ésta el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO se encontraba desarmado en el desarrollo y cumplimiento de sus funciones.

Con fundamento en lo anterior no es de recibo para el despacho que la policía aduzca que "se impartieron las consignas pertinentes y propias del servicio, escritas en la minuta de anotaciones de la ruta folio (14), entre ellas controles relacionados con el tránsito y vigilancia de la vía en la ruta asignada donde entre otras consignas se le ordena al personal contar con los elementos propios del servicio como linterna, brazalete, pito, libreta de comparendos, y armamento de dotación". (fl. 83)

Tampoco que "independientemente de lo cierto de la orden del Comandante de la Seccional, de dejar las armas en las Estaciones de Policía que quedaran ubicadas sobre las rutas que cada grupo de uniformados cubría, el armamento de dotación debía estar portándose por los uniformados que se encontraban en servicio, pues, el accionante para el día 20 de diciembre de 2009, al momento de prestar su cuarto primer turno en la ruta Tunja - Chiquinquirá, según lo consignado en la minuta de servicios, tenía asignada el arma de fuego de dotación oficial N° 1441 para la ejecución de dicho turno" (fl. 84).

Como se dijo estos argumentos no son de recibo, porque para el policial AMARILLO le era imposible desobedecer la orden del mayor Vargas de dejar el armamento en la estación de policía de Cucaita, para cumplir con la obligación de portar su arma de dotación oficial. En consecuencia, a partir de esta orden se configura la falla del servicio de la Policía Nacional, pues, como consecuencia de esta el señor AMARILLO se encontraba desarmado al momento de los hechos que dieron origen al presente proceso.

4.4 De la culpa personal del soldado profesional Yimer Cárdenas Mozo.

En el libelo de la demanda se advierte que el soldado que disparó el arma de fuego se encuentra condenado a 19 años y seis meses de prisión, y que este se encontraba de permiso el día de los hechos, el arma con que hirió al señor AMARILLO, nunca apareció, pero, en su dicho, extra oficialmente se dice que tiene en su contra una investigación disciplinaria y penal militar, también se dice que tenía un permiso de la brigada para porte de arma revolver 36L.

En la contestación de la demanda la apoderada del Ejército Nacional alegó que el soldado YIMER CÁRDENAS MOZO se encontraba el día en que ocurrieron los hechos en permiso y totalmente desligado de toda actividad que tuviera relación con los servicios que prestaba para el Ejército Nacional, por tanto, la causación del daño se produjo en el ámbito meramente personal del señor CÁRDENAS MOZO.

Antes que nada hay que advertir que el señor YIMER CARDENAS MOZO trabajó como soldado profesional desde el 15 de mayo de 2001 hasta el 30 de agosto de 2010 y que se retiró por condena a prisión²³. (fl. 397) y que para el 21 de diciembre de 2009 se encontraba como miembro activo del Ejército Nacional (calidad militar). (fl. 351-352)²⁴

Además se encuentra dentro del expediente copia del oficio del 05 de abril de 2016 donde el Subdirector de Personal del Ejército Nacional manifiesta que el soldado profesional

²³ Oficio de 01 de abril de 2016 suscrito por el Oficial Sección Atención al Usuario DIPER.

²⁴ Ver el Oficio de 15 de marzo de 2016 suscrito por el Comandante Grupo de Caballería N° 1 "General José Miguel Silva Plazas" donde se indica que el Jefe de la Sección de Personal del Grupo de Caballería Mecanizado N° 1 General José Miguel Silva Plazas hace allegar certificación del señor SLP. YIMER CARDENAS MOZO.

YIMER CARDENAS MOZO, figura retirado mediante orden administrativa de personal 1042 del 27 de enero de 2011, con fecha de novedad fiscal 30 de agosto de 2010, por la causal de condena, junto con la respectiva orden administrativa. (fl. 381-384)

De lo anterior se concluye, que YIMER CARDENAS MOZO se desempeñó como soldado profesional en el Ejército Nacional para la época en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la presente acción, además, por las circunstancias que rodearon el caso y de acuerdo a lo manifestado por el apoderado demandante y la mandataria del Ejército Nacional, el señor CARDENAS MOZO se encontraba en permiso, al parecer disfrutando de las festividades del aguinaldo boyacense.

Respecto de la aseveración de fuente extraoficial hecha por parte del apoderado de la parte demandante consistente en que el soldado CARDENAS MOZO tenía un permiso de la brigada para porte de arma revolver 36L, hay que decir que la misma no resultó acreditada dentro del proceso, ya que la parte demandante nunca probó este dicho, siendo una carga que le correspondía de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, que al tenor prescribe:

[...] Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...].

Cabe señalar que este despacho solicitó información al respecto ente lo cual, el Oficial de Inteligencia GMSIL mediante oficio de 15 de marzo de 2016 informó al juzgado que respecto de la solicitud de certificar si el soldado profesional YIMER CARDENAS MOZO, identificado con la C.C. N° 7.179.059 de Tunja, para el 21 de diciembre de 2009, portaba armamento de dotación oficial, revisados los archivos físicos de dicha sección no se encontró documento alguno que haga referencia a lo anteriormente solicitado. (fl. 353)

En atención a lo anterior y como quiera que no obra dentro del plenario prueba alguna que acredite que el arma con la que se efectuaron los disparos contra el Subintendente AMARILLO, era un arma de dotación oficial se impone al despacho tener por no cierta la afirmación, que además es extraoficial, hecha por parte del apoderado de la parte demandante.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que el soldado YIMER CARDENAS MOZO no se encontraba en servicio el día que atentó contra la humanidad del Subintendente JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, y que tampoco se encuentra acreditado dentro del plenario que el arma que fue disparada fuera de propiedad del Ejército es dable colegir que en el presente caso no existe responsabilidad por parte del Ejército Nacional, ya que, la causación del daños se realizó en el ámbito personal y privado del señor CARDENAS MOZO, sin ningún nexo con la prestación del servicio a las fuerzas militares.

En un caso de similares contornos el Consejo de Estado también llegó a la conclusión de que el agente causante del daño actuó desde su ámbito personal, a saber:

“En el caso sub examine, le asiste razón al a quo, al destacar que el daño tuvo origen en el ámbito privado, personal, aislado por completo del servicio, puesto que, de manera independiente a la condición de agente de la policía, es claro que Gustavo Antonio García Blandón, al momento de los hechos estaba fuera de su lugar de trabajo, no medió la prestación o la intencionalidad del servicio público, se encontraba vestido de civil, y le ocasionó la muerte al señor Arbelain de Jesús Gómez Álvarez con un arma de fuego que no era la de dotación, y que no se sabe

426

*con certeza de quien era el arma con la que disparó, todo ello sin que existiera ningún tipo de nexo o vínculo funcional con el servicio*²⁵.

En consecuencia, es forzoso para este juzgado declarar probadas las excepciones propuestas por la apoderada del Ejército Nacional denominadas "Culpa personal del agente" e "Inexistencia de la obligación".

Empero, este despacho advierte que si bien el Ejército Nacional no es responsable de los daños que se irrogaron al señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, el señor YIMER CARDENAS MOZO si es responsable y por lo tanto seria sujeto pasible de responder por las condenas que se señalen en la presente providencia. Pues como se observa en el oficio de 10 de marzo de 2016 por medio del cual el Juzgado Penal del Circuito Especializado remite copia autentica de la sentencia de 23 de junio de 2010 tomada del original que reposa en el archivo del juzgado, se condenó al señor YIMER CARDENAS MOZO por el delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO CON HOMICIDIO TENTADO. (fls. 334-350).

Sin embargo, se advierte de antemano que comoquiera que el señor YIMER CARDENAS MOZO no fue vinculado al presente proceso, este despacho se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno respecto de su participación en la reparación del daño.

5. De los Perjuicios y su Cuantificación.

5.1 Reconocimiento y liquidación de los perjuicios inmateriales, en la modalidad de perjuicios morales.

En cuanto a los daños causados por las lesiones que sufre una persona, conviene resaltar que éstas dan lugar a la indemnización de perjuicios morales, no obstante que su tasación dependa, en gran medida, de su gravedad y su entidad. Por tanto el Consejo de Estado ha señalado que "[...] en algunas ocasiones las respectivas lesiones no alcanzan a tener una entidad suficiente para alterar el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona, de suerte que su indemnización debe ser menor, por manera que la cuantificación de los perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales, la debe definir el juez en cada caso, en forma proporcional al daño sufrido"²⁶.

Ahora bien, la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012²⁷ señaló que en tratándose de las motivación del reconocimiento de los perjuicios morales "[...] En cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que demás perjuicios- a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, el Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso"²⁸ [...]"

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de veintidós (22) de junio de dos mil once (2011), Expediente No: 05001-23-25-000-1994-2429-01 (20.718), Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de mayo de dos mil quince (2015). Radicación número: 50001-23-31-000-1999-40184-01(33493) Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON (E).

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. M.P. Hernán Andrade Rincón.

²⁸ Para sustentar esta afirmación de la eventual vulneración del debido proceso cita la sentencia de la Corte Constitucional T-212 de 2012 que sostiene: "[...] la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en

Sin embargo, en la misma sentencia se dijo que “[...] Sin contrariar el principio que se deja visto, pero teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimientos que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia se corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que **es posible presumirlos²⁹ para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso.** [...]”³⁰ (Negrilla y subrayas propias del Despacho)

Aunado a lo anterior, sobre la utilización del medio probatorio de las presunciones para la tasación del daño moral, la Corte Constitucional ha señalado que tal criterio decantado por las altas cortes constituye un precedente jurisprudencial obligatorio para los jueces de menor jerarquía y, en consecuencia, ha ordenado su aplicación en los casos en los cuales se verifique que no han sido acogidos los lineamientos de tales precedentes sin que exista justificación para hacerlo³¹. Así lo ha expresado:

“[...] 6.4. La comentada presunción se basa en las “reglas de la experiencia” que permiten presumir “que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad”. En este sentido se ha señalado que “es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición de los otros”.

6.5. En este orden de ideas, el parentesco “puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros”. Así, en el caso de los hermanos de la víctima, la presunción elaborada para efectos de demostrar el perjuicio moral, se funda “en un hecho probado”, cual es “la relación de parentesco”, pues a partir de ella y “con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso”.

6.6. **Como consecuencia de la tesis acogida, reiteradamente la Sección Tercera ha estimado que “basta, entonces, las pruebas del estado civil aportadas al proceso, para que esta sala considere demostrado, indiciariamente, el daño moral reclamado por los demandantes”, de modo que la condición de hermano de la víctima queda “debidamente acreditada” por los registros civiles que permiten establecer el parentesco y dar por probado el perjuicio moral [...]**³² (Resalta el Despacho)

razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basados en emociones o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión [...]”.

²⁹ Para llegar a esta conclusión al interior del Consejo de Estado, se tuvieron varias tendencias decisionales que terminaron abriendo el camino a la presunción de los perjuicios morales en casos muy limitados (familiares más cercanos), algunas de estas etapas fueron: “[...] en sentencia de la Sala Plena del 5 de noviembre de 1997, expediente S-259 se estimó la posibilidad de presumirlos tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pero que debía probarse respecto de los demás familiares. Posteriormente en sentencia del 17 de julio de 1992, la Sección Tercera consagró en favor de todos los hermanos, menores y mayores, la presunción del perjuicio moral. Y por último la Sección ha precisado que la presunción del daño moral operaba respecto de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, precisando que si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante. éste tenía la carga de demostrarlo [...]”

³⁰ Sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. M.P. Hernán Andrade Rincón. *Ibidem*.

³¹ Esta decisión se fundamentó en la sentencia de la Corte Constitucional T-934 de 2009 del 14 de diciembre de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, mediante la cual se revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de agosto de 2008, al considerar que dicha decisión iba en contravía del precedente jurisprudencial de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

³² Corte Constitucional T-934 de 2009 del 14 de diciembre de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

427

En el *sub-examine* debe estudiarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, por medio de los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de los familiares de la víctima directa. Sin embargo, en casos muy excepcionales en los cuales no se encuentre acreditado el vínculo familiar por medio de registros civiles se puede hacer vía prueba testimonial.

Este despacho dando continuidad a la jurisprudencia contenciosa encuentra que para el reconocimiento de los perjuicios morales el primer elemento tiene que ver con el parentesco, por tanto, teniendo en cuenta las sentencias de unificación de 28 de agosto de 2014, especialmente la identificada con el número de expediente 32988³³, los padres, madres e hijos están en el primer nivel y los hermanos en el segundo nivel siendo aplicables como exigencia la simple prueba del estado civil, el cual, se constata de la siguiente manera:

Con relación al parentesco de los familiares de JORGE IVÁN AMARILLO GIRALDO se cuenta con los siguientes elementos probatorios: Copia autentica del Registro Civil de matrimonio de los señores JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO Y GLORIA YAMILE CARVAJAL. (fl. 16), copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de MAYRA VANESA AMARILLO CARVAJAL. (fl. 17), copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de LAURA STEFANIA AMARILLO CARVAJAL. (fl. 18), copia autentica del Registro Civil as Nacimiento del señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO. (fl. 19), copia autentica del Registro Civil de Nacimiento de la señora DIANA MARCELA AMARILLO GIRALDO. (fl. 20), copia autentica del Registro Civil de Nacimiento del señor DIEGO AMARILLO GIRALDO. (fl. 21), copia autentica del Registro Civil de Nacimiento del señor EDGAR ALBERTO AMARILLO GIRALDO. (fl. 22).

Aunado a lo anterior, obran dentro del expediente pruebas testimoniales que vale la pena traer a colación a efectos de referenciar que los familiares y la propia víctima efectivamente padecieron perjuicios de raigambre moral y psicológico, y no simplemente se realiza un reconocimiento económico a causa de la mentada presunción a su favor.

Así por ejemplo la señora MARIA LUCILA ESPITIA LOPEZ, dentro de su declaración hizo referencia a que producto de los daños padecidos por el demandante, la esposa del señor AMARILLO se vio afectada en sus nervios y junto con su esposo empezaron a sufrir un fuerte insomnio, además, que el demandante ya no puede desempeñar correctamente sus actividades cotidianas como comer, caminar o correr:

*"Diga si usted pudo percibir algún sufrimiento moral de ellos psíquico y eso de la esposa y los hijos, como se evidenciaba perdón RTA: pues o sea como en el modo, **en los nervios que ella tenía en todo momento vivía como psicosiada, decía que el esposo no podía dormir bien, que a veces duraba todas las noches sin dormir y que a ella le tocaba pues levantarse y que las pastas a él le daban unas pastas y que no podía dormir y que pues lógico si él no podía dormir lógico ella tampoco podía dormir.**"*

*A usted le consta luego del accidente del señor Amarillo del 21 de diciembre de 2009 usted vio algún tipo de secuela del señor Jorge Iván Amarillo, en tal caso cuanto tiempo o si en la actualidad tiene algún tipo de secuelas RTA: él si tiene tipo de secuelas porque por ejemplo como yo decía él era una persona muy activo muy alto y ahora no **ahora para poder comer debe tener un vaso de agua para poder comerse algo porque él se atraganta mucho, y para él correr no puede correr, o sea no puede caminar rápido, también me he dado cuenta en los momentos que uno esta él es muy nervioso, o sea no es igual, el semblante de él no es igual"** (Se destaca)*

³³ Consejero Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Igualmente la señora JENNYFER ANDREA AVILA SUAREZ coincide en señalar una alteración en los nervios de la compañera del señor AMARILLO GIRALDO, así como un sentimiento de tristeza por tener que abandonar sus pertenencias. Aunado a lo anterior, también se hizo referencia a que el padre del demandante estaba muy deprimido porque acababa de perder otro hijo, y además también estaba triste por tener que abandonar su pueblo y sus pertenencias para viajar a Bogotá a vigilar la salud de su hijo:

"Dígale al despacho como vio afectivamente, moralmente a la señora esposa y a las niñas del policial Amarillo después del accidente del 21 de diciembre RTA: pues la esposa yo cuando llegue al hospital estaba en una crisis nerviosa terrible y después tener que dejar sus cosas, pues vivían en arriendo, pero dejar su casa, les toco trastear todo a la vuelta a donde una vecina que les dejó el garaje para que guardaran las cosas, ella no eslla estaba muy mal y las niñas tener que dejar su colegio, sus compañeros.

Y como vio usted moralmente, afectivamente, psicológicamente al padre del señor Amarillo después del accidente, lo vio afectado no lo vio afectado como lo vio RTA: claro el señor estaba muy afectado, muy deprimido muy decaído, como le digo yo el venia acababa de enterrar a su otro hijo y decía no como se me van a llevar a mi otro hijo, que el ya no podía soportar más eso, y el también como estaba bien enfermo y así él se fue también para Bogotá a ver su hijo y le toco dejar también le toco dejar su pueblo dejar todo, porque él dijo se va Yamile sola con las niñas, igual les tocaba en el hospital las 24 horas viendo de él, entonces les tocaba dejar las niñas solas, pues la niña de 4 meses y hagan turnos en el hospital y el enfermo pero igual él se iba allá a ayudarle a ella." (Se destaca)

También se encuentra el testimonio de MARIA ASENCION VARGAS VASQUEZ quien hace alusión al dolor que soportó la compañera del Subintendente AMARILLO por la incertidumbre de saber que su marido se debatía entre la vida y la muerte. Respecto de la víctima directa mencionó que después del accidente se encontraba muy triste y lo agobiaba un sentimiento de desconfianza respecto de todo el mundo:

"Pero señora respecto de ya ocurrido el accidente, la señora se vio sufrir como consecuencia del accidente, los hijos se veían sufrir que paso hay? RTA: creo que para uno como mujer ver que el esposo se está muriendo, no saber si se salva o no se salva es algo terrible, verla a ella fue muy triste, yo la ayudaba a cuidar la niña de hecho también se la ayude a amamantar.

Preguntada después de que el señor Amarillo termina su tratamiento médico en Bogotá del accidente sufrido con arma de fuego usted lo ha vuelto a ver RTA: si después de que el volvió el siguió trabajando aquí en Tunja y si lo visitamos y se notaba como muy triste. De acuerdo a lo que usted percibió usted lo vio como algo limitado lo vio en su aspecto físico como lo vio? RTA: en el aspecto físico como no limitado más bien tal vez como triste como sentido por lo que le había pasado, así como no era que no pudiera hacer el trabajo; sino era más como ese sentimiento me imagino que cuando le hacen a uno algo así le da desconfianza de todo mundo." (Se destaca)

Con base en lo expuesto por la jurisprudencia del máximo órgano de lo contencioso administrativo, corresponde a este juzgado determinar la entidad de las lesiones sufridas por el señor JORGE IVÁN AMARILLO GIRALDO, para así establecer la cuantía de la indemnización por perjuicios morales que se hayan causado al actor y a su familia.

Ahora bien, como la reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas

428

allegadas. El Consejo de Estado fijó en sentencia de unificación³⁴ como referente para la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima y dividió una tabla en seis (6) rangos de gravedad de la lesión dependiendo la pérdida de la capacidad laboral de la víctima y (5) niveles de reparación atendiendo a las relaciones afectivas y los grados de consanguinidad respecto de la víctima, de la siguiente manera:

GRAFICO No. 2 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Ahora bien, respecto de la víctima directa, es decir el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, obra dentro del expediente el oficio de 22 de marzo de 2016 por medio del cual se allega el Formulario de dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, donde se tiene como pérdida de la capacidad laboral 72,03% del señor AMARILLO GIRALDO. (fls. 357-360)

Lo anterior permite colegir que las lesiones que sufrió el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO fueron graves, en atención al alto porcentaje de pérdida de la capacidad laboral -72,03%- por tal razón y dando aplicación a la tabla *Ut supra* se reconocerá una indemnización equivalente a 100 SMLMV.

Hay que precisar que el Consejo de Estado ha establecido en decantada jurisprudencia que a las víctimas indirectas se les presume al igual que la víctima directa, los perjuicios morales en eventos de lesiones personales –como ocurre en este caso- sin importar que estas sean de naturaleza grave o leve, así lo manifestó:

“En este sentido, no se le puede exigir a los parientes cercanos de la víctima que prueben el daño moral en razón de que la lesión fue leve, para en cambio presumir este perjuicio cuando la lesión fue grave, toda vez que, una lesión genera un perjuicio de carácter moral no sólo para quien padece el daño antijurídico, sino también para las víctimas indirectas, por cuanto es la de la naturaleza humana que la afectación de un familiar cercano o de una persona allegada genere dolor moral en las personas más próximas, en tanto que deben soportar el dolor que les produce ver a un familiar lesionado y en las más de las veces son estas personas las que acompañan al lesionado en su recuperación, razón por la cual se debe presumir el perjuicio moral en los eventos de lesiones corporales, sin importar que ésta sea de naturaleza grave o leve.”

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014. Exp.31172.

No obstante, cabe precisar que si bien se presume el perjuicio moral para los parientes cercanos de la víctima cuando se le genere una lesión corporal, la intensidad de la lesión permitirá graduar el monto de la indemnización, motivo por el cual, en los eventos en que la lesión sea grave el monto de la condena se aproximará a la máxima que la jurisprudencia otorga en estos eventos, pero si es leve, la condena disminuirá³⁵. (Subrayas fuera de texto) (Negrilla del Consejo de Estado)

En otras palabras, la presunción del perjuicio moral solo opera respecto de los parientes cercanos, es decir, para quienes se encuentren hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, siempre y cuando acrediten el parentesco. En consecuencia, como ya se acreditó tal parentesco con los registros civiles referenciados arriba el despacho considera que para el caso *sub judice* se debe otorgar con base en la gráfica señalada por el Consejo de Estado las siguientes indemnizaciones:

Víctima	Porcentaje	SMLMV	Equivalente en moneda legal colombiana
JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO (lesionado)	72,03% es decir superior al 50%	100	\$ 68.945.400 sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
GLORIA YAMILE CARVAJAL (cónyuge)		100	\$ 68.945.400 sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
JORGE ANTONIO AMARILLO SALAMANCA (padre)		100	\$ 68.945.400 sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
MAYRA VANESA AMARILLO CARVAJAL (hija)		100	\$ 68.945.400 sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
LAURA STEFANIA AMARILLO CARVAJAL (hija)		100	\$ 68.945.400 sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 16 de octubre de 2008. Exp: 17.486. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

429

DIANA MARCELA AMARILLO GIRALDO (hermana)		50	\$ 34.472.700 treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y dos mil setecientos pesos
EDGAR ALBERTO AMARILLO GIRALDO (hermano)		50	\$ 34.472.700 treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y dos mil setecientos pesos
DIEGO AMARILLO GIRALDO (hermano)		50	\$ 34.472.700 treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y dos mil setecientos pesos

5.2 Reconocimiento, liquidación o actualización de los perjuicios materiales.

Respecto de este tipo de perjuicios en la demanda se solicitó que se condene a la NACION-POLICIA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes, respecto de los perjuicios materiales se pidió el *"lucro cesante y daño emergente que resulte probado en el proceso"* (fl. 11)

Ahora bien, en cuando a la pretensión indemnizatoria del lucro cesante el despacho negara su reconocimiento, habida cuenta que este no se ha generado en el patrimonio del señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO.

En efecto el lucro cesante es definido en el artículo 1614 del Código Civil como *"la ganancia o provecho que deja de reportarse"* y dentro del proceso se encuentra el oficio de 22 de febrero de 2016 mediante el cual el Jefe del Grupo de Talento Humano DEBOY relaciona extracto de la hoja de vida de JORGEIVAN AMARILLO GIRALDO, extraída del Sistema SIATH (fls. 312-314), de la cual se logra extraer que éste se encuentra activo dentro de la Policía Nacional en la Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional ubicado en la calle 13 N° 18-24 Estación de la Sabana Bogotá, lo cual indica que nunca ha dejado de percibir su salario.

Con base en lo anterior el despacho negará la pretensión indemnizatoria respecto del reconocimiento de lucro cesante y además se aclara que no cabe la posibilidad de ordenar el pago de unos salarios a cargo de la Policía Nacional, cuando dicha entidad ha venido sufragándolos de manera continua, porque se estaría causando una doble erogación que indefectiblemente causaría un enriquecimiento sin causa justa para el señor JORGEIVAN AMARILLO GIRALDO a costa del correlativo empobrecimiento de esta entidad.

Respecto de la pretensión del reconocimiento del daño emergente presuntamente causado, cabe advertir que en el *sub lite* se tiene que el demandante no aportó prueba alguna que permita acreditar dicho perjuicio, ni mucho menos una cuantía respecto del mismo, por tal razón, teniendo en cuenta lo prescripto por el Código General del Proceso referente al deber de las partes de probar sus dichos dentro del proceso se negará esta pretensión, a saber:

[...] Artículo 167. Carga de la prueba.

Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen [...].

Por lo anterior, y como quiera que no se probaron dentro del proceso por parte del apoderado demandante estos perjuicios alegados, es forzoso negar las suplicas respecto al reconocimiento de indemnización por concepto de daño emergente, ya que, se reitera, no se encontró probado en el plenario.

6. Costas.

De conformidad con el numeral 8º del artículo 365 del C. G. del P., que establece “Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación”, el despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas. Se precisa en éste punto, que el despacho no desconoce el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 07 de abril de 2016³⁶, en el que se acoge el criterio objetivo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, el despacho continuará aplicando la tesis de la Subsección “B” del Consejo de Estado que indica: “...la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada”³⁷.

V. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la apoderada del Ejército Nacional denominadas “Culpa personal del agente” e “Inexistencia de la obligación”.

SEGUNDO. DECLARAR a la Nación - Policía Nacional administrativamente responsable por las lesiones sufridas por el señor JORGE IVAN AMARILLO GIRALDO, ocurridas el 21 de diciembre del año 2009, en el sitio denominado “Vientos de San Lázaro” de conformidad con los razonamientos señalados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Nación - Policía Nacional a pagar, por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

JORGE AMARILLO GIRALDO (lesionado)	IVAN	\$ 68.945.400	sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
---	------	---------------	--

³⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23- 33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.

³⁷ Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

GLORIA YAMILE CARVAJAL (cónyuge)	\$ 68.945.400	sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
JORGE ANTONIO AMARILLO SALAMANCA (padre)	\$ 68.945.400	sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
MAYRA VANESA AMARILLO CARVAJAL (hija)	\$ 68.945.400	sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
LAURA STEFANIA AMARILLO CARVAJAL (hija)	\$ 68.945.400	sesenta y ocho millones novecientos cuarenta y cinco mil cuatrocientos pesos
DIANA MARCELA AMARILLO GIRALDO (hermana)	\$ 34.472.700	treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y dos mil setecientos pesos
EDGAR ALBERTO AMARILLO GIRALDO (hermano)	\$ 34.472.700	treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y dos mil setecientos pesos
DIEGO AMARILLO GIRALDO (hermano)	\$ 34.472.700	treinta y cuatro millones cuatrocientos setenta y dos mil setecientos pesos

CUARTO. NEGAR las demás suplicas de la demanda de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. Sin costas.

SEXTO. Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 173 del C.C.A.

SÉPTIMO. Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial SIGLO XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


FERNANDO ARIAS GARCÍA
JUEZ

Sentencia Reparación Directa No. 2013-007



