



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SESENTA Y
CUATRO (64)
ADMINISTRATIVO DE
ORALIDAD DEL CIRCUITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ -
SECCIÓN TERCERA**

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

JUEZ	Álvaro Carreño Velandia
REF. EXPEDIENTE	110013343-064-2016-00649-00
DEMANDANTE	OSCAR BUITRAGO ATUESTA Y OTROS
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 03**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

1.- Antecedentes

1. 1. La Demanda

El 9 de noviembre de 2016, los señores **OSCAR BUITRAGO ATUESTA** actuando en nombre propio y en representación de su menor hija **MALOA ANDREA BUITRAGO CABRERA**; **LUZ MERY RÍOS BALLENA** actuando en nombre propio y en representación de su menor hija **CATALEYA BUITRAGO RÍOS**; **JORGE ENRIQUE BUITRAGO**, **GLADIS MARÍA ATUESTA DE BUITRAGO**, **JUAN CARLOS BUITRAGO ATUESTA** y **ROSANGELA BUITRAGO ATUESTA** por medio de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**, en donde solicitaron se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

-. Se declare responsable administrativamente a la Nación Colombiana-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, de acuerdo al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, por el daño antijurídico, falla en el servicio, de la totalidad de los daños y perjuicios, tanto materiales o patrimoniales, como extra patrimoniales (perjuicios o daños morales subjetivos, daño a la vida de relación y violación a los derechos fundamentales a la salud) que han venido padeciendo mis representados en nombre propio como víctimas, por el vil agresión a la humanidad del PT. OSCAR BUITRAGO ATUESTA, quien tiene heridas y secuelas graves, en hechos ocurridos el 22 de noviembre de 2014, cuando se encontraba en comisión del servicio en el Parque Natural Isla Gorgona.

-. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, condénese a la Nación Colombiana –Ministerio de Defensa-Policía Nacional a pagar a los demandantes por concepto de daños materiales y/o extra patrimoniales, causados por la vil agresión que recibió el Señor Patrullero OSCAR BUITRAGO ATUESTA de acuerdo a lo siguiente:

-. DAÑO A LA SALUD a favor de Oscar Buitrago Atuesta en el equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales.

-. PERJUICIOS MORALES:

Para OSCAR BUITRAGO ATUESTA, MALOA ANDREA BUITRAGO CABRERA; LUZ MERY RÍOS BALLENA, CATALEYA BUITRAGO RÍOS; JORGE ENRIQUE BUITRAGO, GLADIS MARÍA ATUESTA DE BUITRAGO, el equivalente a 100 smlmv para cada uno.

Para JUAN CARLOS BUITRAGO ATUESTA y ROSANGELA BUITRAGO ATUESTA, el equivalente a 50 smlmv, para cada uno (...)."

1.2.- Hechos de la demanda

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones, se resumen a continuación:

-. El 23 de noviembre de 2014, el señor Patrullero NIVADEL LÓPEZ VELEÑO integrante de la Comisión Parque Nacional Natural Isla Gorgona, puso en conocimiento la novedad ocurrida el día 22 de noviembre de 2014 a eso de las 3:15 horas de la madrugada en el Parque Nacional Natural Isla Gorgona donde los integrantes policiales de la subestación de la isla mencionada fueron objeto de ataque terrorista con cilindros bomba, disparos de armas de largo alcance y activación de granadas de fragmentación por parte del grupo subversivo de las Fuerzas revolucionarias de Colombia.

-. Que en los hechos resultó muerto el comandante de la unidad teniente JHON SUÁREZ CARVAJAL, y heridos cuatro patrulleros entre ellos el demandante OSCAR BUITRAGO ATUESTA.

-. Se indicó que, las instalaciones policiales quedaron totalmente destruidas, en el acto subversivo que inicio desde las 3:00 horas hasta las 5:00 horas del día 22 de noviembre de 2014.

-. Aproximadamente a las 05 y 40 de la madrugada del 22 de noviembre de 2014, se recibió el apoyo por parte del personal Policial proveniente del municipio de Guapi (Cauca), posteriormente a las 06:50 llego el apoyo aéreo y después de la 07:000 horas llego el apoyo por parte de la Armada Nacional.

-. Se indicó que, los policiales no contaban con armas de apoyo, como lo eran ametralladoras o fusil lanza granadas que pudieran repeler el ataque subversivo, como tampoco tenía suficiente personal, pese a que estaba advertido por los organismos de inteligencia de una incursión subversiva en la isla Gorgona.

-. La dirección de carabineros y seguridad rural de la Policía Nacional, en el expediente del informativo administrativo prestacional por Lesiones, Nro 97-2017, adelantado al señor patrullero OSCAR BUITRAGO ATUESTA, dentro del plenario obra el memorando de la ampliación preliminar CAPIGFEN0174 ataque al puesto de policía Gorgona de Guapi (Cauca), en ese memorando, los funcionarios de la Policía Nacional, en las consideraciones manifiestan lo siguiente: "Las planeaciones armadas de las FARC, estaría dirigidas a efectuar unidades menores y críticas que no presentan las condiciones de seguridad en su infraestructura que se ubiquen en sitios de difícil apoyo y con un pie de fuerza limitado.

1.3. Contestación de la Demanda

La entidad demandada **MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL** solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto lo ocurrido se presentó cuando se encontraba en servicio y se configura un riesgo propio del servicio y no se avizora prueba que acredite que existió una falla del servicio o que el patrullero no estaba en la obligación legal de soportarlo.

Se opone en su totalidad a lo solicitado, por concepto de daño a la salud, por cuanto no se encuentra acreditado la perdida de la capacidad laboral o disminución sufrida al señor OSCAR BUITRAGO ATUESTA, toda vez que no existe un dictamen del órgano competente para calificar las lesiones sufridas.

Planteó como excepciones de ausencia de responsabilidad por tratarse de un riesgo propio del servicio, hecho exclusivo y determinante de un tercero, improcedencia de la falla del servicio, inexistencia de la obligación y excepción genérica (fls. 133 a 139).

1.4.- Trámite procesal

La demanda fue presentada el 09 de noviembre de 2016 y por reparto correspondió a este Despacho, el que mediante auto del 23 de febrero de 2017, profirió auto admisorio, disponiendo su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (folios 116 a 118 C.1).

En proveído del 14 de septiembre de 2017, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 07 de marzo de 2018, haciendo las precisiones de rigor a las partes (fls. 147 C.1).

En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial, en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

***“(...) la fijación del litigio se centra en establecer si el Estado a través del Ministerio de Defensa Policía Nacional es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios presuntamente ocasionados a los demandantes pro las lesiones sufridas por el patrullero OSCAR BUITRAGO ATUESTA, en los hechos ocurridos el día 22 de noviembre de 2014, en consecuencia determinar si existe lugar a condena por tal evento, si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales solicitados o si se configura algún eximente de responsabilidad. (Folios 151 vto C.1).*”**

De conformidad con el inciso final del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, se prescindió de la audiencia de pruebas, y en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del mismo precepto, se indicó a las partes que los alegatos se presentarían por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia inicial.

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. Parte demandante

Mediante escrito de alegatos de conclusión argumentó lo siguiente (fl. 177-179 C1):

“ La policía Nacional pecho por omisión y desidia al no enviar personal capacitado y apto para repeler cualquier ataque subversivo, que se pudiera presentar en contra del persona e instalaciones policiales de la Isla de Gorgona, por cuanto no se vislumbra que fuese enviado personal del Escuadrón móvil de Carabineros de apoyo y así haber podido evitar lo sucedido en dicha unidad, también se vislumbra que nunca hubo una coordinación de apoyo entre la Policía y personal de la Armada Nacional, que podía hacer presencia donde se presentó el ataque subversivo. Los policías fueron puestos en un riesgo excepcional por cuanto los altos mandos de esa institución, tenían pleno conocimiento de la información inminente ataque subversivo y abandono por parte de la Policía al no enviar refuerzo no coordinar apoyos con otras fueras como la Armada Nacional y lomas lamentable que las instalaciones policiales donde funcionaba el Puesto de Policía NO OFRECÍA LAS MAS MÍNIMAS CONDICIONES DE SEGURIDAD, como se demuestra por medio de las fotografías tomadas antes y después del ataque subversivo”.

1.5.2. Parte demandada Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional¹

El apoderado de la parte pasiva en sus alegatos expuso lo siguiente (fls. 172-176 C.1):

“Al respecto es preciso indicar, que el Precedente Jurisprudencial del Consejo de Estado, de manera reiterada ha señalado que los integrantes de la Fuerza Pública, en este caso, POLICIA NACIONAL, ESTAN EN EL DEBER DE SOPORTAR AQUELLOS RIESGOS INHERENTES A LA ACTIVIDAD QUE DESARROLLAN, LOS CUALES POR SU PROPIA NATURALEZA SE CARACTERIZAN COMO NORMALES, en este orden de ideas, la responsabilidad del Estado que pretende endilgar la parte actora en cuanto a la falla del servicio no se puede establecer en razón a que no se configura.

No hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por FALLA DEL SERVICIO, en tanto esta no se acredita, toda vez, que el orgánico resultado lesionado como consecuencia de la materialización del riesgo propio del ejercicio de sus funciones como Patrullero de la Policía Nacional, al respecto y en relación con los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionados con la defensa y seguridad del Estado, como lo son los

¹ Folios 172 a 176.

miembros activos de la Policía Nacional, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha considerado que en tales eventos no se comprometía la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado.

Lo expuesto constituye la no responsabilidad del Estado, ya que ante alguna eventualidad de incursiones delictivas o ataques armados imprevistos por insurgentes, bandas criminales o delincuencia común, al producirse este, por lo general es incierto, tal y como sucedió en el presente caso, del cual resultó lesionado el Orgánico que cumplía en su momento con la misión, deber y función encomendada Constitucional y legalmente a la Fuerza Pública Policía Nacional.

Ahora bien se reitera en esta instancia que le ataque o incursión guerrillera nunca fue previsible para la Policía Nacional, pues dentro del plenario no obra prueba de ello, y aunque el Departamento del Cauca siempre haya vivido una situación especial del orden público, siendo constantemente atacado por grupos al margen de la ley, la realidad es que era totalmente desconocido e imprevisible para los agentes de Policía que se llevaría a cabo tal atentado toda vez que no está demostrado que existiera certeza de fecha y lugar en los cuales iba a pasar el suceso, siendo sorpresivo para los policiales”.

1.5.3 Ministerio Público

No presentó concepto en el presente asunto.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Planteamiento del caso

La parte actora aduce que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados, a causa de la omisión de la Policía Nacional al no enviar personal capacitado y apto para repeler el ataque subversivo, que pudiera presentar en contra del personal e instalaciones policiales de la isla Gorgona. Que se evidenció

una falta de coordinación de apoyo entre la Policía Nacional y la Armada Nacional, también se reprochó el hecho de que las instalaciones de la subestación de Policía de la Isla Gorgona no contaban con las mínimas medidas de seguridad y no eran aptas para resistir cualquier ataque subversivo. Finalmente indicó que, la Policía Nacional tenía conocimiento del ataque que sufriría la Subestación de Policía y sus integrantes y no hizo nada al respecto.

Por su parte, la entidad demandada, sostiene que el Patrullero OSCAR BUITRAGO ATUESTA se encontraba en cumplimiento de un deber legal ejerciendo funciones propias del servicio como integrante de la Subestación del Parque Nacional Isla Gorgona, lo que se enmarca dentro de un riesgo propio del servicio, el daño sufrido no es imputable al Estado, sino a terceras personas (grupos al margen de la Ley).

2.5.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante por las lesiones y pérdida de capacidad laboral sufridas por el Patrullero OSCAR BUITRAGO ATUESTA, cuando cumplía con funciones propias de su cargo, y tuvo un enfrentamiento armado con miembros de un grupo subversivo.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.6.- Hechos probados

Valor probatorio de los documentos

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, en la Sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 28 de agosto de 2013, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, dentro del expediente radicado No. 25022, actor Rubén Darío Silva

Alzate, en la medida que no fueron tachados ni desconocidos por la contraparte de quien los aportó o solicitó su incorporación.

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

-. El día 22 de noviembre de 2014 a las 3:15 horas de la madrugada en el Parque Nacional Natural Isla Gorgona, donde los integrantes policiales de la Subestación de la Isla mencionada fueron objeto de ataque terrorista con cilindros bomba, disparos de armas de largo alcance y activación de granadas de fragmentación por parte del grupo subversivo de las fuerzas revolucionarias de Colombia. (fls. 65 a 66).

-. En el atentado, resulto muerto el Te. Álvaro Suarez Carvajal lesionados los Policías **Oscar Buitrago Atuesta**, Jhon Edison Hurtado Vargas, Michael Andrey Arjona Rojas, Julián Alberto Molina Urango, Edward Fernando Reyes Bedoya, e Idelfonso Forero Corredor (fls. 77-78).

-. Por las lesiones sufridas por el señor Oscar Buitrago Atuesta, se le realizó informe administrativo por lesión No. 97 de 2015, en el que se le califica la lesión en el literal C del artículo 24 del decreto 1796 de 2000, es decir en el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o por acción directa del enemigo, en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público o en conflicto internacional". (fl.89), informe notificado al interesado el día 27 de marzo de 2015 (fl.90).

III.- Caso concreto

3.1. Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria del servicio militar y de policía

El H. Consejo de Estado ha precisado que la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados en la actividad militar, debe examinarse bajo regímenes distintos atendiendo a la categoría del servicio, esto es, si el mismo ha sido prestado de manera obligatoria o voluntaria. En lo atinente

a la responsabilidad por actos del servicio de personas que ingresan voluntariamente a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, ha de analizarse con base en la falla en el servicio, o en su defecto bajo el riesgo excepcional.

En sentencia del 8 de febrero de 2012, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourth, actor Neftaly Vallejo Ortega, señaló:

DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PÚBLICA - Títulos de imputación aplicables. Falla del servicio y riesgo excepcional

*“Cuando se trata de daños padecidos en actos del servicio por personas que se han vinculado voluntariamente a las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional **se ha de observar si éste se causó por la configuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, o si se debió a la concreción del riesgo propio de dicha actividad. Esta distinción es de suma relevancia, por cuanto, de resultar probado los primeros supuestos se derivaría la responsabilidad en la administración, mientras que en el último no.** Esta Corporación ha determinado que la configuración de la falla en el servicio y el riesgo excepcional son los títulos de imputación que se analizan cuando una persona que voluntariamente se ha incorporado a la Policía Nacional o a las Fuerzas Armadas resulta afectada, de manera excepcional, con ocasión de actos del servicio. **Y sólo pueden ser estos títulos de imputación, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando “a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad”, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad (riesgo excepcional) o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo lo es “el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones”, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).***

Más adelante, en la misma decisión se expuso que el daño ocasionado como consecuencia del riesgo propio que asume la persona que

voluntariamente ingresa a la Fuerza Armada o de Policía, no genera responsabilidad del Estado.

DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA POR RIESGO PROPIO DEL SERVICIO - No configura responsabilidad del Estado / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA POR RIESGO PROPIO DEL SERVICIO - Configuración de la indemnización a forfait

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que constituye un riesgo propio de la actividad de los agentes de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional la afectación del derecho a la vida y a la integridad personal cuando desarrollan los objetivos constitucionales para los cuales fueron instituidos y que se manifiesta con actividades como combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, de operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad, de vigilancia o patrullaje, entre otras. La vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cubre la asunción de los riesgos derivados de esta actividad. Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait".

De igual manera, se precisa que tratándose de reparación de daños padecidos por quienes ejercen funciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, estos asumen riesgos inherentes a la actividad que desarrollan, por lo tanto, se encuentran amparados por un régimen de indemnización denominado "a forfait". Lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional.

Cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión. En este segundo supuesto, la jurisprudencia de la Sección Tercera emplea como premisa el concepto de "acto propio" o de "riesgo propio del servicio que ha llevado a plantear que los:

"[...] derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia"²(subrayado y negrilla de este despacho).

3.2.- El daño antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"³.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*"... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual."*⁴ (Negrilla fuera del texto)

Daño antijurídico que la parte actora, en el asunto que se estudia, hizo consistir en las lesiones y pérdida de capacidad laboral sufridas por el Patrullero Oscar Buitrago Atuesta, quien mientras desempeñaba sus

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, expediente: 17127

³ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁴ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

funciones como miembro activo de la policía nacional, fue atacado por integrantes de un grupo al margen de la ley.

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se aportaron al expediente las siguientes pruebas:

- Informe administrativo por lesión No. 97 de 2015, (fl. 85-89), en el que consta lo siguiente:

"El día 22 de noviembre de 2014 a las 3:15 horas de la madrugada en el Parque Nacional Natural Isla Gorgona, donde los integrantes policiales de la Subestación de la Isla mencionada fueron objeto de ataque terrorista con cilindros bomba, disparos de armas de largo alcance y activación de granadas de fragmentación por parte del grupo subversivo de las fuerzas revolucionarias de Colombia".

- Historia clínica de la Fundación Valle le Lili del 22 de noviembre de 2014, en la que se indicó (fls. 69):

"(...) paciente con heridas por esquirlas en región precordial, torácica, toracoabdominal, escroto y extremidades, se encuentra estable hemodinamicamente, no lesiones en tórax que amenacen vida, abdomen negativo, preocupa signos de síndrome compartimental en pierna derecha y se debe descartar lesión vascular a este nivel. (...)".

- Epicrisis de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional del 9 de noviembre de 2014, en la que se señaló (fls. 70 a 73):

"(...) Paciente remitido por clínica valle de lili en Cali fue hospitalizado por presentar múltiples heridas, por artefacto explosivo, con compromiso de tejidos blandos por esquirlas, fracturas abiertas no desplazada en tibia izquierda y fractura abierta conminuta en tibia t peroné derecho, la cual fue sometida a osteosíntesis y fasciotomía(...)".

-. Al Patrullero Oscar Buitrago Atuesta, con ocasión a las lesiones presentadas, se le practicó acta de tribunal médico laboral de revisión Militar y de Policía No. TML 17-1-742 MDNSG-TML-41.1 Registrada a folio No. 269 del libro de Tribunal Médico Laboral, con No. de consecutivo 62193, en la que entre otros asuntos se llegó a las siguientes conclusiones:

"IV. CONCLUSIONES

A. Antecedentes-lesiones-afecciones-secuelas

A.1 CICATRICES NO QUIRÚRGICAS DESCRITAS

A.2. POP FRACTURA ABIERTA DE TIBIA Y PERONÉ CON LESIÓN SEVERA DEL NERVI PERONEO DERECHO, SECUELAS PIE CAÍDO DERECHO Y ALTERACION DE LA MARCHA

A.3 POP FRACTURA ABIERTA DE TIBIA Y PERONÉ, SECUELAS ACORTAMIENTO DEL MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO DE 28MM

A.4. TRASTORNO POR ESTRÉS POST TRAUMÁTICO Y CAMBIOS PERDURABLES DE LA PERSONALIDAD

A.5 HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL CON PTA PROMEDIO DE 20DB

A.6 TRAUMA LUMBOSACRO CORREGIDO, SIN SECUELAS VALORABLES"
 (...)

VI. DECISIONES

(...)

B. Clasificación de las Lesiones o afecciones y calificación de capacidad para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL-NO APTO PARA ACTIVIDAD POLICIAL, por artículo 68 literales a y b del Decreto 094 de 1989 No procede recomendación de reubicación laboral.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral

Presenta una disminución de la capacidad laboral de:

Actual: SETENTA Y DOS PUNTO TREINTA Y TRES POR CIENTO (72.33%)

Total: SETENTA Y DOS PUNTO TREINTA Y TRES POR CIENTO (72.33%)".

Por lo tanto, demostrada la existencia del daño, procederá el Despacho a establecer si el mismo es atribuible a la Administración.

3.3.- De la falla en el servicio – nexo causal con el daño

Adujó la parte actora que el Ministerio de Defensa – Policía Nacional debe responder por las lesiones y pérdida de capacidad laboral del señor Oscar Buitrago Atuesta, ocurridas el 22 de noviembre de 2014, en combate armado con miembros de la guerrilla de las FARC, mientras cumplía con funciones propias del servicio.

Atribuyó la responsabilidad del Estado bajo la falla del servicio, por cuanto en su sentir, el puesto de policía de la Isla Gorgona, no ofrecía las mínimas condiciones de seguridad por la gorma rudimentaria que están construidas, pues las paredes estaban elaboradas en ladrillo crudo y madera, el techo de zinc, lo que facilitó el accionar de los subversivos.

Para demostrar la falla en el servicio, en que incurrió la entidad, se señaló que la Policía Nacional desatendió el instructivo No. 008 , relacionada con la medidas de control que deben seguirse en las instalaciones policiales y seguridad personal; el Instructivo No. 044, mediante el cual se dio instrucciones para evitar ataques y emboscadas; el Instructivo No. 091 de 2007, el cual establece las instrucciones para la autorización en el desplazamiento fuera de la guarnición a vehículos de la Policía Nacional; el Instructivo No 092 de 2006, Circular No. 033 DIPLASEPRO, Instructivo 071 DIREF-OGESI, Instructivo 041 DIPON de abril de 2004, por lo que al parecer de la parte demandante, la Policía no dio cumplimiento a los instructivos y ordenes conllevando a negligencia que dieron como resultado los hechos objeto de la demanda.

Ahora bien, como la parte actora endilgó a la entidad demandada una falla en el servicio consistente en los hechos y omisiones que se acaban de indicar, debió señalar en concreto, cuál o cuáles disposiciones, legales o reglamentarias contenían cada una de las normas o reglas que eventualmente fueron inobservadas o infringidas por los superiores de la víctima, y en todo caso, demostrar mediante cualquiera de los medios probatorios la conducta negativa de la entidad y el hecho de que debido a la misma, se generó el daño sufrido por la parte demandante. Sin embargo, el demandante si bien es cierto señaló en forma genérica, los instructivos, algunos de los cuales fueron transcritos, no se determinó en específico en que consistió la omisión de la entidad demandada, y con los medios de prueba aportados al expediente tampoco se pueden establecer. Tampoco aportó en debida forma el texto de las citadas disposiciones, ni solicitó que se aportaran al proceso mediante oficio.

Como se indicó en la jurisprudencia referida en líneas anteriores, tratándose de miembros voluntarios de las Fuerzas Armadas y de Policía, cuando se invoca una o varias omisiones, la responsabilidad del Estado derivada de las mismas debe analizarse en principio a la luz de la falla en el servicio, por lo que es necesario no solamente acreditar el daño, sino también que el mismo fue atribuible a la entidad demandada, valga decir, el nexo causal entre el daño y la acción u omisión de la entidad.

Al analizar las pruebas aportadas, el Despacho encuentra lo siguiente:

Mediante orden Administrativa de personal No. 1-116 del 045 de septiembre de 2014, se comisionó a varios policiales entre ellos al patrullero Oscar Buitrago Atuesta, para prestar el servicio de Policía en el Parque Nacional Natural Isla Gorgona, los días 10 de septiembre de 2014 al 06 de diciembre de 2014 (fl.83-84).

El 22 de noviembre de 2014, el grupo de policía acantonado en las instalaciones del Parque Nacional Natural Isla Gorgona, fue atacado con artefactos explosivos y disparos de fusil, al parecer por miembros de grupos subversivos. En el atentado, resulto muerto el Te. Álvaro Suarez Carvajal lesionados los Policías **Oscar Buitrago Atuesta**, Jhon Edison Hurtado Vargas, Michael Andrey Arjona Rojas, Julián Alberto Molina Urango, Edward Fernando Reyes Bedoya, e Idelfonso Forero Corredor (fl77-78).

A folios 75 a 79 del plenario, obra informe de inteligencia que se estableció:

"Aspectos de Interés

En la zona hace presencia una comisión del frente 29 de las FARC, l mando de alias Cristian, quien delinque en los municipios de Guapi y Timbiqui (cauca), al igual que en Santa Barbará del Iscuande y El Charco (Nariño).

La proyección ofensiva se habría evidenciado desde el 040914 (CAPIGFEM0097), donde los guerrilleros realizaban espionaje terrorista a las Unidades Policiales, identificando la cantidad de uniformados y los

dispositivos de seguridad..."Las nueve (9) niñas y nueve (9) cosas están listas".

El anterior informe da cuenta de la presencia de guerrilleros de la Farc en la zona, de labores de inteligencia adelantadas por los mismos, en donde se trató de identificar la cantidad de policiales; sin embargo, en el mismo no se tienen certeza de la realización de un acto terrorista y de la fecha en la que iba a ser perpetrado.

También se aportó, oficio dirigido al Señor Brigadier General José Gerardo Acevedo Ossa, Director de Carabineros y Seguridad Rural, suscrito por el Teniente Jhon Álvaro Suarez Carvajal, en donde se informa que (fl. 92):

"(...) de acuerdo con las alertas de inteligencia suministradas por la Dirección de Inteligencia donde manifiestan las intenciones de los grupos armados al margen de la ley de materializar acciones terroristas contra las unidades policiales que se encuentren en la Isla Gorgona, con toda atención y respeto me permito informar a mi General, que como supervisor del convenio en mención, viabilizo el incremento del personal policial y así poder reforzar la seguridad de mencionada área protegida"

Sin embargo, dicho oficio no contiene fecha de elaboración, ni se encuentra acreditado que el mismo haya sido remitido a su destinatario, como quiera que no contiene constancia de recibido en la entidad.

Finalmente, se aportó a folios (93-94) 12 fotografías, con las cuales pretende demostrar el estado en que quedaron las instalaciones de la Policía en el Parque Natural Isla Gorgona y el señor Oscar Buitrago, luego del hecho subversivo.

Esos documentos no serán valorados, por cuanto apenas muestran imágenes de un sitio destrozado, y de una persona en una cama, las imágenes de una fractura en una pierna y varios celulares, pero no dan cuenta ni del sitio, ni del momento en que ocurrieron tales hechos; no se

sabe quién es la persona que allí aparece, ni cuándo se tomó la foto, ni dónde. Es decir, la imágenes allí representadas no brindan la certeza de que se relacionen con los hechos en los que se pretende edificar la responsabilidad de la entidad demandada⁵.

Bajo el anterior análisis, se encuentra demostrado el daño padecido por el señor Oscar Buitrago Atuesta, pero no que el mismo resulte ajeno al riesgo propio que asumió al momento de incorporarse como Patrullero de la Policía Nacional.

No se demostró que en realidad las instalaciones en las que el grupo de policías fue atacado, no reunieran las condiciones de seguridad mínimas. No se aportó ni solicitó como prueba por cuenta de la parte actora, los expedientes tanto penal como disciplinario que se hubieren abierto por los hechos acaecidos el 22 de noviembre de 2014, en los que se hubiese tomado las versiones de las personas testigos del hecho, con lo que el Juzgado tendría posiblemente más elementos de juicio para determinar la eventual responsabilidad de la entidad demandada.

Conviene indicar que el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el libelo relacionados con una eventual falla en el servicio por alguna de las omisiones analizadas, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar: "**Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.**"⁶ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: "**incumbe a las partes**

⁵ Al respecto, ver sentencias del 5 de diciembre de 2006, expediente 28.459, del 3 febrero de 2002, expediente 12497, del 25 de julio de 2002, expediente 13.811, y sentencia del 28 de agosto de 2014, expediente No. 28832, CDP Danilo Rojas Betancourth, todas proferidas por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁶ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

En ese sentido se concluye que no se encuentra demostrada dentro del plenario la falla en el servicio, en virtud de la cual se pretende derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la demandada a favor de la parte actora.

IV.- Del riesgo excepcional

La parte actora señaló en forma genérica que se configura un riesgo excepcional, por cuanto consideró que el funcionario, Oscar Buitrago Atuesta, fue expuesto a una situación inminente de peligro para lo cual no estaba preparado y respecto del cual no estaba obligado a afrontar.

Analizadas las pruebas obrantes en el plenario, no existe prueba que indique, que el grupo de policiales que fueron enviados en Comisión a la Isla Gorgona, entre ellos el señor Oscar Buitrago Atuesta, hubiesen sido sometidos a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad, o a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad. Por el contrario, se trataba de la concreción del riesgo propio de la función policial, que asumió al momento de incorporarse a la Institución, por lo que no le asiste responsabilidad patrimonial a la entidad demandada.

De tal manera, cuando se ven afectados los derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional, constituyen simplemente un riesgo propio de la actividad que ordinariamente despliegan dichos servidores públicos, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de actividades de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional; por tanto, cuando el

riesgo se concreta, en principio resulta jurídicamente inviable atribuirle responsabilidad extracontractual alguna al Estado en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el militar profesional afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada, porque en estos eventos sí cobra vigencia el régimen de responsabilidad contenido en el artículo 90 constitucional (daño antijurídico)⁷.

En conclusión, no se acreditó que el daño hubiere sido imputable a la demandada, toda vez que no se probó que el daño hubiere sido producto de una falla del servicio, así como tampoco se probó que el lesionado hubiere estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar, ni se acreditó que durante el desarrollo de la actividad como Patrullero de la Policía Nacional, se le hubiere obligado a asumir una carga superior que llevara implícita el rompimiento del principio de igualdad respecto de sus compañeros. Así las cosas, se negarán las pretensiones elevadas por la parte demandante.

En consecuencia, el problema jurídico planteado ha de resolverse de manera negativa, por cuanto la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, no debe responder patrimonialmente por las lesiones y pérdida de capacidad laboral de Oscar Buitrago Atuesta, pues corresponde a un riesgo propio y ordinario del servicio, sin que se demostrara una falla atribuible a la entidad demandada, o una circunstancia de sometimiento a un riesgo excepcional.

V.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la "*parte vencida en el proceso*" y su liquidación y ejecución, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan esta materia.

⁷Consejo de Estado., sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente (17656) C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Se proferirá sentencia de condena en costas. Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias, se aplicarán gradualmente teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se evidencia que el apoderado de la parte demandada contestó la demanda oportunamente, se hizo presente en la audiencia inicial y en la de pruebas, pero no presentó alegatos de conclusión.

Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

VI.- DECISIÓN. En consecuencia, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, por las consideraciones sentadas en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, y fijar como agencias en derecho a favor de la Nación –Ministerio de Defensa –Policía

Expediente: 2016-00649-00
DEMANDANTE: OSCAR BUITRAGO ATUESTA Y OTROS
Sentencia

Nacional, el cero punto cinco por ciento (0.5%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: La presente sentencia se notifica de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: **ORDENAR** la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁLVARO CARREÑO VELANDÍA
JUEZ

MS

