



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., veinticuatro (24) de agosto de dos mil veinte (2020)

JUEZ	Álvaro Carreño Velandia
REF. EXPEDIENTE	110013343-064-2016-00439-00
DEMANDANTE	Leticia Esther Peñuela Orjuela y otros
DEMANDADO	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL

REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 76

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 2 de agosto de 2016, los señores LETICIA ESTHER PEÑUELA ORJUELA, YHONSON PINEDA SARMIENTO, JULIÁN DAVID PEÑUELA, OCTAVIANO PEÑUELA CASALLAS, MARIA DARILA ORJUELA DE PEÑUELA, MARÍA ALEJANDRA TOVAR VALENCIA en nombre propio y en representación de su menor hija KAROL XIMENA FONSECA TOVAR por medio de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL**, mediante la cual solicitaron se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*"Que se declare a través de sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, responsable administrativamente a **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL**, representada legalmente por el Director General de la Policía Nacional, o por quien la represente, a fin de **obtener la Reparación Directa e integral**, (art 16 de la ley 446 de 1998) por los perjuicios derivados de la muerte violenta de su hijo, hermano, esposo y padre JHON FREDY FONSECA*

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

PEÑUELA (Q.E.P.D), con ocasión de la OMISIÓN de la siguientes conductas: el NO suministro del chaleco antibalas obligatorio para el servicio policial, la falta de control del subordinado por parte del mando, la carencia de personal para instalación de un puesto de control vial y de los implementos de logística para el mismo, así como la pérdida de oportunidad aunado a que para el día de los hechos se encontraba alterado el orden público en las carreteras nacionales y departamentales con ocasión del paro de camioneros entre febrero a abril de 2015, generándosele al patrullero FONSECA con ocasión a dichas conductas un riesgo excepcional o anormal generante de un daños antijurídico que mis mandantes no tienen por qué soportar sin que se rompa el principio de la igualdad de las cargas públicas.

Que como consecuencia de la anterior declaración contra **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL**, proceda a indemnizar integralmente los perjuicios generados a mis representados, de la siguiente manera:

PERJUICIOS MORALES:

- **LETICIA ESTHER PEÑUELA ORJUELA y YHONSON PINEDA SARMIENTO (PADRES), el equivalente a 100 smlmv.**
- **JULIÁN DAVID PINEDA PEÑUELA (hermano), OCTAVIANO PEÑUELA CASALLAS y MARÍA DARILA ORJUELA DE PEÑUELA (ABUELOS), el equivalente a 50 smlmv ara cada uno.**
- **MARÍA ALEJANDRA TOVAR VALENCIA (Compañera permanente) y de su menor hija KAROL XIMENA FONSECA TOVAR, el equivalente a 100 smlmv para cada una.**

PERJUICIOS A LA VIDA DE RELACION:

- **LETICIA ESTHER PEÑUELA ORJUELA y YHONSON PINEDA SARMIENTO (PADRES), el equivalente a 100 smlmv.**
- **JULIÁN DAVID PINEDA PEÑUELA (hermano), OCTAVIANO PEÑUELA CASALLAS y MARÍA DARILA ORJUELA DE PEÑUELA (ABUELOS), el equivalente a 50 smlmv ara cada uno.**
- **MARÍA ALEJANDRA TOVAR VALENCIA (Compañera permanente) y de su menor hija KAROL XIMENA FONSECA TOVAR, el equivalente a 100 smlmv para cada una.**

PERJUICIOS MATERIALES:

Para la menor **KAROL XIMENA FONSECA TOVAR y MARÍA ALEJANDRA TOVAR VALENCIA (Compañera permanente)**, la suma de \$222.050.776 y \$446.333.354, respectivamente.

1.2.- Hechos de la demanda

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones, se resumen a continuación: (fl. 5-7)

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

-. El señor Jhon Fredy Fonseca Peñuela, era patrullero de carreteras adscrito a la Estación de Puerto Salgar - Cundinamarca.

-. El 16 de marzo de 2015, se le ordenó al patrullero Fonseca, efectuar un puesto de control vial en el kilómetro 47 más 838 metros vía Honda Puerto Boyacá, en una carretera nacional zona rural.

-. Ese día, dos policías fueron objeto de disparos por dos bandidos quienes desatendieron el procedimiento, saliendo en la fuga en una motocicleta, ocasionando entre otras, las lesiones y posterior muerte del Pt Fonseca Peñuela, aprovechando la omisión de los protocolos, en la instalación del puesto de control vial.

-. El 16 de marzo de 2015, se encontraba alterado el orden público en las carreteras nacionales por el paro de camioneros y los policiales se encontraban acuartelados en primer grado.

-. La Policía no dotó al patrullero para el servicio de los implementos básicos para prestarlo como era el chaleco antibalas, ni tenía el número de personal para realizar el puesto de control de conformidad con los protocolos.

-. Por tal razón el patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela murió el 16 de marzo de 2015 por causa de disparos realizados por las personas que no obedecieron el pare que se les hizo.

1.3. Contestación de la demanda

Mediante providencia del 1 de febrero de 2018 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Policía. (fl. 179).

1.4.- Trámite procesal

La demanda fue presentada el 2 de agosto de 2016 la cual correspondió a este Despacho, el que, mediante auto del 5 de mayo de 2017, la admitió, disponiendo su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (folios 128-129 C.1).

En proveído del 1 de febrero de 2018, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 para el 13 de junio de 2018, haciendo las precisiones de rigor a las partes (fls. 179 C.1).

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

Mediante providencia de fecha 18 de junio de 2018, se reprogramó la fecha para llevar a cabo audiencia inicial, para el 25 de junio de 2018. (fl. 194)

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 con ocasión de la muerte del patrullero de carreteras JHON FREDY FONSECA PEÑUELA; en consecuencia determinar si existe lugar a condena por tal evento y si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados. O si se configura algún eximente de responsabilidad. (Folios 199 C.1).

De conformidad con el inciso final del artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 25 de junio de 2019, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del mismo precepto, se dio traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la celebración de la audiencia. (fl. 244-246).

1.5.- Alegatos de conclusión

1.5.1. Parte demandante

Consideró que en el presente caso se materializó una la falla del servicio por omisión, pero además un riesgo excepcional o anormal.

Indicó que la Policía Nacional falló al no suministrar los medios de seguridad consistentes en el número de uniformados que se exige en los protocolos, la logística y los estudios previos para la instalación del puesto de control vial. Igualmente omitió dotar de chaleco antibalas al patrullero Fonseca Peñuela.

Adujo que la Policía al ser una fuerza pública, por su disciplina y sus normas obliga a los uniformados a cumplir con las órdenes impartidas en el servicio por el mando, so pena de estar en curso en faltas disciplinarias o penales, razón por la cual al patrullero Fonseca le tocó cumplir la orden y asumir una carga anormal del servicio, que no tenía por qué soportarla pues no existían las más mínimas condiciones de seguridad, protección y de apoyo al personal.

Solicitó al Despacho acceder a las súplicas del extremo demandante. (fl. 257-264 Continuación C principal.)

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

1.5.2. Parte demandada Nación Ministerio de Defensa Policía Nacional

Indicó que no existió falla del servicio en la ejecución de la actividad del servicio, por cuanto la lamentable muerte del patrullero Fonseca Peñuela se produjo cuando se encontraba realizando una actividad propia del servicio de policía, esto es prestando sus servicios como uniformado adscrito a la Policía de Carreteras entre el tramo de Honda – Puerto Boyacá.

Afirmó que la parte demandante no puede argumentar una falla del servicio respecto a la Policía Nacional, ya que la intención de los delincuentes es atacar contra los miembros de la Policía Nacional, circunstancia que desafortunadamente se presentó en el caso bajo estudio y que es plenamente conocida por los uniformados durante su permanencia en la institución y a la cual estaba constantemente expuesto Jhon Fredy Peñuela.

Reiteró que dentro del presente asunto no existen elementos probatorios que ofrezcan plena certeza respecto a que hubo falla en el servicio por parte de la Policía Nacional, ni tampoco se estableció que los hechos o actos determinantes que condujeron de manera decisiva en la producción de la muerte del patrullero, hubiesen sido por acción u omisión de la entidad demandada.

Que la muerte del patrullero Fonseca Peñuela se debió a un riesgo propio del servicio el cual de conformidad a sendos pronunciamientos del Consejo de Estado impide la imputación jurídica del daño, y que el resultado muerte se debió a un hecho exclusivo y determinante de un tercero.

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 6º y 156 numeral 6º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

2.2.- Planteamiento del caso

La parte actora aduce que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios materiales e inmateriales irrogados, por la muerte del patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela (q.e.p.d), acaecida el 16 de marzo de 2015, cuando cumplía funciones propias de su cargo en el puesto de control vial, de la vía que de Puerto Salgar conduce a Honda.

Por su parte, la entidad demandada, sostiene que lo ocurrido corresponde a una muerte como consecuencia del servicio por causa y razón del mismo y/o hecho exclusivo o determinante de un tercero, pues fueron sujetos ajenos a la Institución quienes no respetaron el llamado de los policiales y posteriormente dispararon contra los uniformados, causándole la muerte a Jhon Fredy Fonseca Peñuela.

Que el señor Jhon Fredy Fonseca Peñuela ostentaba la calidad de patrullero, es decir, que ingresó voluntariamente al servicio policial con la finalidad de pertenecer a dicha entidad, con la conciencia plena de que su decisión conllevaba el asumir los riesgos propios del servicio.

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 la muerte del patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela, acaecida el 16 de marzo de 2015.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.6.- Hechos probados

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

El señor John Fredy Fonseca Peñuela hacía parte de la Policía Nacional desde el 26 de julio de 2005 hasta el 16 de marzo de 2015 fecha en la que falleció y fue retirado de servicio mediante Resolución N° 01860 del 4 de mayo de 2015. (fl. 70)

El 16 de marzo de 2015 el patrullero Fonseca Peñuela John estaba adscrito al Departamento de Policía de Cundinamarca – Seccional de Tránsito y Transportes – Cuadrante Vial N° 25 Puerto Salgar – Puerto Libre. (fl. 42 vto)

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

El 16 de marzo de 2015 el patrullero John Fredy Fonseca Peñuela muere al ser impactado por proyectil de arma de fuego, tal como se constata en el informativo administrativo por muerte N° 127/2015. (fl. 27, 40)

"(...)

Momentos en los que el uniformado se encontraba realizando puesto de control, le hacen parada a una motocicleta la cual la omite, se realiza la persecución alcanzándola a dos kilómetros del puesto de control, siendo recibidos a disparos por los ocupantes de la motocicleta particular."

Se aportó copia del libro de minuta del 16 de marzo de 2015 dentro del cual se observa el informe rendido, de fecha 16 de marzo de 2015¹.

"...16-03-15, 17:20 – Notación, A esta hora y fecha registro la presente anotación para dejar constancia de la novedad que se presentó con los señores It Romero Muñoz Alexander y PT Fonseca Peñuela John momentos en que nos encontramos en el área de prevención ubicada en el km 46+200 realizando control en ambos sentidos encontrándome verificando un motociclista que transitaba en sentido Puerto Boyacá – Puerto Salgar y el señor IT Romero y PT Fonseca se encontraban realizando el control en sentido Puerto Salgar – Puerto Libre y pararon o le hicieron la parada a dos motocicletas, una de ellas paró y la otra hizo caso omiso a la parada, sin darme cuenta que la motocicleta no paró y es en ese momento que me doy cuenta que prendieron la motocicleta de placa NDP-14D conducida por el señor Pt Fonseca Peñuela donde el señor de la otra motocicleta que había parado me dijo que los señores policías habían salido a perseguir la moto que no paró; es así como el motociclista que esta estacionado me dice que si voy a verificar documentos y quien viaja con parrillero, le digo que continúe el recorrido por lo que yo ya me encontraba solo; pocos minutos después un usuario que transitaba en un tracto camión y en sentido Puerto Boyacá – Puerto Salgar me informo que unos compañeros se habían accidentado un kilómetro más atrás aproximadamente y que estaban fuera de la vía, es así, como de inmediato inicio el recorrido para verificar lo que me estaba informando el usuario de la vía, al llegar al sitio del accidente siendo en el km 47+900 aproximadamente encuentro a los señores IT Romero Muñoz y al PT Fonseca Peñuela fuera de la calzada en el separador y tendidos en un estado inconsciente, al parecer lesionados y con bastante sangre en el cuerpo y rostro también..."

¹ Folios 44-47 Cuaderno principal.

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

III.- Caso concreto

2.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

Una vez establecido el objeto del presente proceso y teniendo en cuenta que el daño que se demanda se concreta en la muerte de un **patrullero de la Policía Nacional**, el Despacho entra a determinar el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto.

En relación con la responsabilidad del Estado frente a hechos donde han resultado lesionados o fallecen personas que voluntariamente han ingresado a las Fuerzas Armadas y de Policía, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha manifestado²:

*"18. Ahora, **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.*

"18.1 Esta Corporación ha determinado³ 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.

"18.1.1 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"⁴, 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"⁵, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el

² Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección B. Rad. 52001-23-31-000-1999-00498-01(23308). Sentencia del 8 de febrero de 2012. Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicación n.º 13553.; del 26 de febrero de 2009, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 31842; del 2 de septiembre de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación n.º 17200; del 22 de abril de 2009, C.P. Myriam Guerrero de Escobar, radicación n.º 16745.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, radicación n.º 16258.

peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones⁶, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones⁷ (falla del servicio).

"18.2 La jurisprudencia de esta Corporación⁸ 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.

"18.2.1 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" (negritas fuera de texto).

De conformidad con la pauta jurisprudencial transcrita es procedente manifestar que las lesiones o la muerte sufridas por integrantes de las fuerzas armadas, en principio constituyen un riesgo propio e inherente del ejercicio de dicha función, en donde la relación legal establece un amparo normativo frente a los riesgos derivados de la actividad que desarrollan, procediendo la denominada indemnización a forfait cuando dicho riesgo se concreta.

Sólo en la medida que los hechos sean imputables a una falla en el servicio o a un riesgo excepcional, la indemnización puede reconocerse con un título de imputación de responsabilidad extracontractual.

Sin embargo es procedente señalar, que en aplicación del principio del "iura novit curia" que "implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión"⁹, debe procederse a analizar en cada caso los supuestos fácticos al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que se ajuste al asunto sometido al estudio de la Corporación, sin que ello conlleve la alteración de la "causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 28 de abril de 2010, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 17882.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 19426.

⁸ *Ibidem*, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de enero de 2011, C.P. Gladys Agudelo Ordóñez, radicación n.º 18429; del 26 de mayo de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 18950; del 23 de junio de 2010, C.P. Enrique Gil Botero, radicación n.º 19426.

⁹ *Ibidem*.

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria”¹⁰.

Así entonces, procederá esta Judicatura a efectuar el análisis del material probatorio allegado al proceso para establecer si es procedente imputar fáctica y jurídicamente el daño atribuido a la entidad demandada y para el efecto tendrá en cuenta lo sostenido por el Consejo de Estado en casos análogos como el aquí estudiado:

*“sin importar que en la causación del daño hubiera intervenido el desarrollo de una actividad peligrosa o un objeto de esa índole, lo cierto es que **de probarse el incumplimiento en el contenido obligacional por parte de la entidad demandada que se constituya en la causa eficiente del menoscabo aludido, el estudio del caso concreto en específico debe ser desarrollado conforme al título de imputación de falla en la prestación del servicio.** Lo anterior, con el fin de señalar el error cometido por la administración para prevenir que se vuelva a incurrir en el mismo, así como para evidenciar la posible repetición que pueda intentar el Estado contra el funcionario que lo ocasionó con culpa grave o dolo, lo que en últimas implica que el título objetivo resultaría desplazado por el fundamento subjetivo de responsabilidad, sin que sea factible la aplicación de ambos para sustentar una decisión de responsabilidad cuando se invocan del mismo hecho dañoso, puesto que la teoría del riesgo excepcional supone una actuación peligrosa pero lícita, mientras que la falla del servicio implica una conducta contraria al cumplimiento de los deberes asignados por la ley, es decir, una actuación u omisión ilícita”¹¹.*

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”¹².

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. Rad. 54001-23-31-000-1997-02780-01(19959). Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B sentencia del 30 de noviembre de 2017 Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00891-01(36785) Actor: ELPIDIA ISABEL ESPINOZA DE PABÓN Y OTROS Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICÍA NACIONAL Y OTRO Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - APELACIÓN SENTENCIA

¹² Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

*"... 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."¹³ (Negrilla fuera del texto)*

Daño antijurídico que la parte actora, en el asunto que se estudia, hizo consistir en la muerte del patrullero **Jhon Fredy Fonseca Peñuela**, acaecida el 16 de marzo de 2015 en el kilómetro 47 más 838 metros vía Honda – Puerto Boyacá, en ejercicio de funciones propias del cargo.

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

- Registro Civil de Defunción del señor John Fredy Fonseca Peñuela acaecida el 16 de marzo de 2015. (fl.27)
- Informe administrativo por muerte parcial No. 127/2015, (fl. 40), en el que consta lo siguiente:

"(...)

Momentos en los que el uniformado se encontraba realizando puesto de control, le hacen parada a una motocicleta la cual la omite, se realiza la persecución alcanzándola a dos kilómetros del puesto de control, siendo recibidos a disparos por los ocupantes de la motocicleta particular."

- Informe pericial de necropsia N° 2015010117380000020 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dentro del cual se evidencian los siguientes hallazgos. (fls. 58-63)

Al examen en Necropsia médico legal se evidencian tres heridas por proyectiles de arma de fuego, todas con orificios de entrada y salida, uno en la región posterolateral del hombro derecho, con salida en la región lateral del mismo; otro en la región axilar media derecha, con orificio de salida supra mamilar izquierdo, y el tercero, con orificio de

¹³ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

entrada en la región del pliegue axilar posterior derecho, con orificio de salida supraclavicular izquierdo".

-. Historia Clínica de la ESE HOSPITAL SAN FELIX LA DORADA, la cual explica las condiciones de ingreso del patrullero Fonseca Peñuela. (fls. 64-68).

*Se recibe paciente a las 18+00 horas, traído por patrulla de policía nacional, integrante de la misma, **paciente con características sangre en prendas de dotación**, trozos de pasto y tierra, manifiestan que es accidente de tránsito (...)" (Subrayado del Despacho.)*

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 la muerte del Patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela, ocurrida el 16 de marzo de 2015, en desarrollo del puesto de control vial en el kilómetro 47 más 838 metros vía Honda – Puerto Salgar.

Endilgó a la entidad demandada responsabilidad por cuanto la Policía Nacional falló al no suministrar los medios de seguridad consistentes en el número de uniformados que se exige en los protocolos, la logística y los estudios previos para la instalación del puesto de control vial. Igualmente omitió dotar de chaleco antibalas al patrullero Fonseca Peñuela.

Considerando los argumentos reseñados anteriormente y conforme al precedente jurisprudencial citado, en criterio del Despacho, el asunto debe analizarse bajo el régimen subjetivo de responsabilidad, a fin de verificar si se encuentran acreditados los presupuestos de la falla en servicio. Posteriormente, si hay lugar a ello, se enfocará el análisis del argumento del riesgo excepcional, en los términos propuestos en el libelo.

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

Al analizar las pruebas aportadas, sobre el nexos causal o la eventual imputación que se le pueda endilgar a la entidad demandada, se aportaron las siguientes:

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

-. El patrullero Fonseca Peñuela hacía parte de la Seccional de Tránsito y Transporte – Cuadrante Vial 25 Puerto Salgar – Puerto Libre tal como se desprende de la minuta del día 16 de marzo de 2015 obrante a folio 42 del expediente.

-. Dentro del libro de minuta las consignas para ese día fueron:

- *Extremar al máximo las medidas de seguridad.*
- *Informar oportunamente cualquier novedad que se presente.*
- *No exceder los límites de velocidad, y*
- *No involucrarse en actos de corrupción. (fl. 42 c.1)*

-. Las funciones que tenía que desarrollar el 16 de marzo de 2015 el patrullero Fonseca Peñuela **eran de prevención** en el kilómetro 46+200 tal como se observa a folio 44.

-. Respecto a la muerte, el Informe Ejecutivo –FPJ-3- indicó lo siguiente: (fls.73-77):

“Relato de los hechos:

El día 16-03-2015 siendo las 18:20 horas se recibe información de la central de radio de la policía Nacional de la existencia de dos cuerpos sin vida sexo masculino de personal uniformado de la Policía de Carreteras adscrito a la estación de Puerto Salgar, hechos ocurridos KM 47 mas 838 MTS vía Honda Puerto Boyacá.

Datos de las víctimas:

Alexander Romero Muñoz y Jhon Fredy Fonseca Peñuela.

(...)

Mediante labores de investigación adelantadas en el lugar se procedió a ubicar y recepcionar entrevista escrita al señor ELKIN MONTILLA RODRIGUEZ, identificado con la CC 80.007.821, se ubica en el número celular 320.808.2894, Sub-intendente de la Policía Nacional quien sobre los hechos materia de la presente investigación manifestó que el día 16-03-2015 sobre las 16:00 horas instalaron un área de prevención en el km 46 mas 200 mts vía Honda – Puerto Boyacá, aduce que dicho puesto estaba al mando del intendente ROMERO MUÑOZ ALEXANDER, acompañado del patrullero FONSECA PEÑUELA JHON FREDY, informa que dicho puesto era para verificación de documentos, solicitud de antecedentes y control de velocidad. El entrevistado expresa que él se encontraba haciendo dichas verificaciones en sentido vial Puerto Boyacá – Puerto Salgar y los señores ROMERO y FONSECA sentido vial Puerto Salgar – Puerto

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

Boyacá, afirma que sobre las 17:20 o 17:30 horas interceptó una motocicleta simultáneamente ROMERO y FONSECA le hacen el pare a una moto la cual sigue su marcha procediendo a iniciar la persecución en la moto policial placas NDP-14D, a severa el entrevistado que él se quedó en el lugar y que minutos después un conductor de un camión le informó que mts atrás los dos compañeros policías se habían accidentado, motivo por el cual el entrevistado afirma inició desplazamiento al lugar y luego de dos minutos observa una multitud y encuentra a sus dos compañeros en muy mal estado de salud, motivo por el cual trasladó al intendente ROMERO en el vehículo o patrulla policial hasta el Hospital San Félix de esta Localidad.

Así mismo se ubicó y recepcionó entrevista escrita al señor JHON ALEXANDER SANCHEZ LEON, identificado con la CC 16.015.108 se ubica en el celular 313-710-9302 persona esta que labora en la estación de servicio Montecristo quien informó que el día 16-03-2015 sobre las 17:00 horas escuchó un disparo y al ver a la vía sonaron tres disparos más, aduce haber visto una patrulla de la policía que seguía a dos personas que se movilizaban en una moto, y logró observar cuando los dos policiales se salieron de la vía y cayeron, informa el entrevistado que observó cuando el parrillero de la moto se guardaba algo en el cinto, y continuaron la marcha destino a rionegro, manifiesta el señor SANCHEZ LEON, que NO observó las placas de la moto y que los pasajeros de la misma portaban cascos cerrados.

Igualmente se ubicó y entrevistó al señor WILSON VALDEZ LEAL, identificado con la CC 4.439.404, residente en la cra 3 sur # 2-19 Renán Barco, se ubica en el teléfono número 8573437 y sobre los hechos expuso que él observó cuando dos tipos le disparaban a los agentes, aduce que él se encontraba trabajando tanqueando una moto en la estación de servicio Montecristo cuando escuchó un disparo y al momentico sonaron tres disparos más observando caer a los policías al pasto y los sujetos salir despacio del lugar en una moto, afirma haber visto al parrillero guardar el arma de fuego quienes huyeron del lugar en una moto color blanca letras azules, sillín negro, Discovery, no observó placas ni rostro de los sujetos debido a que ambos portaban cascos cerrados.

-. Historia Clínica del ESE HOSPITAL SAN FELIX LA DORADA dentro de la cual se observa las condiciones con las cuales llegó el patrullero Fonseca Peñuela de la siguiente manera:

“Paciente que ingresa al servicio de pequeña cirugías en muy malas condiciones se recibe paciente a las 18+00 horas, traído por patrulladle policía nacional, integrante de la misma, paciente con características sangre en prendas de dotación, trozos de pasto y

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

tierra, manifiestan que es accidente de tránsito, se revisan signos vitales, paciente con palidez mucocutanea generalizada, pupilas midriáticas, sin pulso carotideo ni femoral, no se auscultan ruidos cardiacos, sin estabilidad cervical, con herida visible en cuello zona 1, sangrado abundante por orificio de aproximadamente 1cm, se inicia protocolo RCP"

-. Copia del Informativo Administrativo por Muerte parcial No. 127/2015, suscrito por el Mayor Carlos Alberto Valencia Cortes Comandante SETRA - DECUN visible a folio 40, el que se establecen los hechos ocurridos según la información obtenida por el Subintendente Elkin Montilla Rodríguez (fl. 71).

"(...)

Momentos en los que el uniformado se encontraba realizando puesto de control, le hacen parada a una motocicleta la cual la omite, se realiza la persecución alcanzándola a dos kilómetros del puesto de control, siendo recibidos a disparos por los ocupantes de la motocicleta particular."

-. Informe pericial de necropsia N° 2015010117380000020 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses dentro del cual se evidencian los siguientes hallazgos. (fls. 58-63)

Al examen en Necropsia médico legal se evidencian tres heridas por proyectiles de arma de fuego, todas con orificios de entrada y salida, uno en la región posterolateral del hombro derecho, con salida en la región lateral del mismo; otro en la región axilar media derecha, con orificio de salida supra mamilar izquierdo, y el tercero, con orificio de entrada en la región del pliegue axilar posterior derecho, con orificio de salida supraclavicular izquierdo".

De la Inspección Técnica al cadáver vista a folio 78 en la morgue se hallan dentro de una bolsa plástica roja los siguientes elementos pertenecientes al señor JHON FREDY FONSECA PEÑUELA, los cuales se referenciaron como evidencia Nro 4:

*"01 arnés militar – 02 linternas – 01 navaja-destornilladores-01 **chaleco reflectivo Nro 115295-** pantalón Ponal – guerrera Ponal con brazalete del tránsito y transporte- un par de botas militar y batería."*

-. De conformidad a lo indicado en el libro de minuta se observa que a los efectivos se les entregó arma de dotación y chaleco de la siguiente manera¹⁴:

(...)

¹⁴ Folio 42 C. principal.

Expediente: 2016-00349-00
 DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
 DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
 Sentencia

Grado	Apellidos y Nombres	Placa	# de Arma	Chaleco	Vehículo	Registro y Control	Registro y Control	firma
PT	Fonseca Peñuela Jhon	081616	24B075317	15892	NUP-16D	Registro y Control	Registro y Control	firma

-. La Resolución N° 00911 del 1 de abril de 2009 por medio de la cual de adopta el Manual de Patrullaje Urbano para la Policía Nacional se debe hacer Hincapie en el Capítulo IV numeral primero ordinal 1.14 el cual indica: (fls. 49-57)

*"Elementos básicos para el desarrollo del patrullaje:
 Las Unidades policiales en desarrollo del patrullaje deben portar básicamente los siguientes elementos:*

(...)

1.14 Chaleco antibalas nivel 3.

Al momento de los hechos Jhon Fredy Fonseca Peñuela se desempeñaba como patrullero en la Seccional de Tránsito y Transporte – Estación Puerto Salgar - Cundinamarca tal como se evidencia en la constancia visible a folio 70, labor de la cual fue retirado mediante Resolución 01860 del 4 de mayo de 2015 (fl.70).

De las pruebas analizadas con anterioridad este Despacho puede concluir que, en primer lugar, el 16 de marzo de 2015, no se estaba realizando un puesto de control vial en el Km 47 más 838 como lo señaló aparte actora, sino lo que se estaba llevando a cabo eran **funciones de vigilancia propias del cargo del patrullero Fonseca Peñuela en dicha vía nacional**. Por ese motivo, no se hace necesario entrar a determinar si se contaba con el número de personal que exige el reglamento para esa clase de actividades (puestos de control vial).

Ahora bien, se indica igualmente en el libelo, como otras de las irregularidades de la demandada, que, para el momento de los hechos, el patrullero fallecido no portaba el chaleco antibalas que se le había dado como dotación, lo que indica que no existió por parte de sus superiores el control necesario para evitar dicha anomalía.

Sin embargo, de las pruebas recaudadas se estableció que al patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela se le entregaron dos chalecos, uno reflectivo con N° 115295, el cual fue devuelto en la morgue del Hospital dentro de una bolsa roja donde se hallaban los elementos personales del patrullero que se puede observar a folio 78 del expediente; **y otro chaleco con N° 15892** el cual no se especificó si era o no antibalas, pero que para el Despacho corresponde al antibalas, por cuanto le fueron entregados 2 chalecos. De

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

lo anterior obra prueba a folio 42 que corresponde al cuaderno de minuta de fecha 16 de marzo de 2015, donde el patrullero Fonseca Peñuela firmó la entrega de dicho chaleco para iniciar sus labores.

Si bien es cierto que en el presente caso se encuentra acreditado que para el momento de la muerte del patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela no tenía puesto el chaleco antibalas con que se le había dotado por cuenta de la Institución, tal situación no es posible adjudicarla a la falta u omisión de sus superiores, ya que el momento de la entrega de turno, según lo consignado, se hicieron las recomendaciones de utilizar de los elementos necesarios para el servicio, sin que, en criterio del Despacho, resulte exigible a ese nivel de detalle al comandante de la estación verificar, si el chaleco antibalas era portado por el patrullero, pues era un deber del funcionario.

Lo anterior porque la Resolución nro. 00911 de 1 de abril de 2009, sobre condiciones generales para la realización del patrullaje, establece:

"Para la planeación y desarrollo del patrullaje se tendrán en cuenta los siguientes aspectos, sin los cuales no se ejecutará satisfactoriamente su cometido, así:

(...)

1.3 Seguridad: *Durante el tiempo de ejecución del servicio, el personal comprometido deberá implementar, ejecutar y mantener las medidas de seguridad que sean necesarias para el cumplimiento de sus labores evitando hechos que afecten la integridad personal".*

En criterio del Despacho, el patrullero hacía parte del personal comprometido en el patrullaje y, por tanto, era su deber utilizar los medios dispuestos para evitar afectaciones en la prestación del servicio.

Ahora, si bien es cierto como se señaló precedentemente el patrullero presentó varias heridas que afectaron su humanidad, no hay prueba técnica que explique que el hecho de no portar el chaleco que le fue dado al patrullero fuera la causa del ingreso de estos proyectiles al cuerpo del mencionado.

De todas formas, la no utilización del chaleco antibalas que debía portar el patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela, en caso de que esa fuera la causa eficiente de la muerte del citado, de manera alguna podría comprometer la responsabilidad de la entidad demandada, y por el contrario, podría estructurar una eximente de responsabilidad relacionada con la culpa exclusiva de la víctima.

Para el Despacho, no se encuentra acreditada una falla en el servicio de la entidad demandada que comprometa su responsabilidad por la muerte del patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela.

3.4.- Del riesgo excepcional

La parte actora señaló como título de imputación el riesgo excepcional, por lo que el Despacho estudiará si los hechos que motivaron la presente demanda encuadran dentro del mismo.

Al analizar la jurisprudencia referida en líneas anteriores y aplicarla al asunto que centra la atención del Despacho, se tiene que la entidad demandada no está llamada a responder patrimonialmente bajo ese título de imputación por la muerte del patrullero Jhon Fredy Fonseca Peñuela, habida cuenta que al citado no se le expuso por cuenta de sus superiores a una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger la profesión de agente de la Policía Nacional, o a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad como miembro de las Fuerzas Armadas, sino que por el contrario, el mismo se concreta en un riesgo propio del servicio.

No existe prueba en contrario, es decir, que el grupo del que formaba parte el citado patrullero, hubiese sido sometido 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 profesión de patrullero de la Policía Nacional que asumió al momento de incorporarse a la Institución, y de su rol de miembro de la Estación de Puerto Salgar - Cundinamarca por lo que no le asiste responsabilidad patrimonial a la entidad demandada bajo ese título de imputación.

Ahora bien, dentro del expediente no existe prueba que permita inferir que las funciones propias del cargo desarrolladas en el kilómetro 47 más 838 metros vía Honda – Puerto Boyacá se adelantaron por fuera de los parámetros trazados en la ley o en la consigna de dicho día, ni que se le hubiera sometido al patrullero JHON FREDY FONSECA PEÑUELA a un riesgo excepcional, desproporcionado o distinto de sus demás compañeros, por cuanto, dadas las circunstancias de los hechos, cualquier miembro del pelotón hubiera podido ser víctima de dicho atentado.

En ese orden, el Despacho no encuentra medio de prueba que acredite la falla en el servicio como causa desencadenante de la muerte de Jhon Fredy Fonseca Peñuela, así como tampoco que el mismo se hubiese sometido a un riesgo excepcional diferente del que sus otros compañeros deberían asumir en similares condiciones, concluyéndose entonces que lo ocurrido fue la configuración de los riesgos propios del servicio para el cual el policial se vinculó a la institución.

Expediente: 2016-00349-00
DEMANDANTE: Leticia Esther Peñuela Orjuela
DEMANDADO: Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Sentencia

Así las cosas, se negarán las pretensiones elevadas por la parte demandante.

3.5. Costas y agencias en derecho

Según lo consagrado en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 366 de C.G.P en su numeral segundo y las directrices del Consejo Superior de la Judicatura, se condenará a la parte demandante a pagar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL las costas que se fijan en el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda.

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, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y fijar como AGENCIAS EN DERECHO a favor de la parte accionada NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL, el **cuatro por ciento (4%)** de las pretensiones de la demanda negadas en la sentencia.

TERCERO: La presente sentencia se notifica de conformidad con lo establecido en el artículo 203 de la Ley 1437.

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 la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
JUEZ