

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Muerte de agente de policía en operación militar antisequestro. Concausa o concurrencia de culpas / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - No se concreta cuando se asume riesgo voluntario. Indemnización a forfait / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio por falta de precaución en riesgos de operaciones militares / FALLA DEL SERVICIO - Agente estatal, muerte en operaciones y actividades militares. Concausa o concurrencia de culpas / AGENTE ESTATAL - Actividad riesgosa, muerte en operaciones y actividades militares. Concausa o concurrencia de culpas / HECHO DE LA VICTIMA - Causal eximente de responsabilidad. Asumió un riesgo no permitido

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes de la fuerza pública profesionales, constituye, en general, un riesgo propio de la actividad que desempeñan, riesgo que se concreta cuando tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones (...) por lo que asumen los riesgos inherentes al desarrollo de dichas actividades peligrosas. (...) Sin embargo, se considera, 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 agente afectado, y que este riesgo sea mayor que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada. Estos títulos de imputación se configuran, (...) cuando "a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad", (...) 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). Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait. (...) la Sala encuentra que existió una falla por parte de la entidad, consistente en la mala coordinación del operativo, para el cual no se tuvo en cuenta i) que los agentes no estaban capacitados para realizar la misión, ii) que no se conocía la zona donde debía realizarse la entrega del dinero, iii) y que el personal no contaba con las suficientes medidas de seguridad para protegerlos ante una situación tan peligrosa. (...) Así las cosas, se endilga responsabilidad al Estado por los daños causados al agente Luis Gonzaga Gañán Díaz y a su familia, con una reducción de la condena por concausa, debido a la falta de precaución por parte los agentes que ejecutaron la operación, ya que la realizaron de manera voluntaria y consciente del peligro que ésta implicaba.

NOTA DE RELATORIA: Respecto del riesgo voluntario de algunas actividades ver sentencias de 3 de mayo de 2001, exp. 12338; 8 de marzo de 2007, exp. 15459; 7 de octubre de 2009, exp. 17884; 9 de junio de 2010, exp. 16258; 28 de abril de 2010, exp. 17882, y 23 de junio de 2010, exp. 19426

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO - Indemnización a forfait / INDEMNIZACION A FORFAIT - Régimen especial en ejercicio de actividades de alto riesgo

Este régimen prestacional de naturaleza especial, reconoce las circunstancias de particular riesgo que caracteriza a las actividades que deben desarrollar los referidos servidores públicos, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las

previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1213 DE 1990 - ARTICULO 123

PERJUICIOS MORALES - Tasación. Presunción de aflicción / PERJUICIOS MORALES - Reducción de la condena por participación de la víctima en la producción del hecho dañoso. Culpa o hecho exclusivo de la víctima / PERJUICIOS MORALES - Concausa o concurrencia de culpas. Reducción de la condena

Respecto del pago de indemnización por los perjuicios morales causados a la parte demandante, la Sala encuentra que el parentesco del occiso con su madre, hermanos, e hijo, así como su matrimonio, está debidamente acreditado. De igual manera, se puede inferir que los familiares y esposa, del señor Luis Gonzaga Gañán Díaz (occiso) padecieron pena, aflicción o congoja con su muerte, (...) (ahora) la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la suma de 100 S.M.L.M.V. en los casos de indemnización por muerte de un familiar, sin embargo, para este caso el monto se redujo en un treinta por ciento (30%) dada la participación de la víctima en el hecho dañoso.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el tema anterior ver sentencia de 16 de febrero de 2001, exp. 12703 y 26 de mayo de 2010, exp. 18800

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Reconocimiento / LUCRO CESANTE - Periodo de indemnización. Presunción legal, reconocimiento a hijos hasta los 25 años

A partir de la prueba de parentesco y de matrimonio, y teniendo en cuenta que el (...) la obligación de dar alimentos al cónyuge o compañero permanente y a los hijos, debe entenderse –en ausencia de prueba en contrario– que el señor Luis Gonzaga Gañán Díaz contribuía al sustento económico de su esposa y de su hijo menor de edad. En cuanto a su señora madre, su hermano y sus hermanas, quienes también son actores dentro de la presente demanda, no se encuentra prueba dentro del expediente que permita concluir que dependían económicamente del occiso, razón por la cual no serán tenidos como beneficiarios de la indemnización por lucro cesante. (...) En cuanto al periodo a indemnizar, este deberá contarse a partir de la fecha de la ocurrencia del daño (...) hasta el límite de su vida probable (...) Como límite temporal se tendrá en cuenta, respecto del hijo, la fecha en que éste cumpliría 25 años de edad, en tanto que, en ausencia de prueba en contrario, es posible inferir que habría recibido ayuda económica de su padre hasta el momento en que cesa completamente la obligación legal de prestar alimentos a los hijos. Respecto de la esposa, se tendrán en cuenta los años de vida probable

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 172 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 137 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 119

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013).

Radicación número: 17001-23-31-000-1996-00016-01(20445)

Actor: ALBA LUCIA GARCIA QUINTERO Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas, el 10 de noviembre de 2000, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda. La sentencia recurrida será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

El 19 de febrero de 1994, el agente de policía judicial Luis Gonzaga Gañán Díaz fue asesinado por delincuentes, en el desarrollo de un operativo anti extorsivo que consistía en asistir al encuentro con los extorsionistas de manera encubierta, para luego dar captura a los mismos.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Caldas, el 19 de febrero de 1996, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la señora Alba Lucía García Quintero, en nombre propio y representación del menor Luis Felipe Gañán García, María Carolina Díaz de Gañán, María Nancy, Dignacelly, Francy Stella, Nelson de Jesús y Noelvia Gañán Díaz formularon demanda para que se declare la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional, por la muerte del agente Luis Gonzaga Gañán Díaz, ocurrida durante el desarrollo de un operativo antisequestro en el municipio de Pácora (Caldas) (f. 1-50, c. 1).

2. En consecuencia, pidieron que se condenara a la demandada a pagar la siguiente indemnización:

1º. POR PERJUICIOS MATERIALES

Se debe a la señora Alba Lucía García Quintero (esposa) y a su hijo Luis Felipe Gañán García (hijo), o a quien quienes sus derechos representaren al

momento del fallo, indemnización por la supresión de la ayuda económica – LUCRO CESANTE-, que venían recibiendo de su esposo y padre, el agente de la Policía Nacional Luis Gonzaga Gañán Díaz.

Los ingresos serán constituidos no sólo por el salario base, sino también por primas, vacaciones, cesantías, y cualquier otro emolumento que constituya salario, o por lo menos el aumento del 25% que ha sido reconocido jurisprudencialmente por nuestro Colegio Mayor.

Así mismo, dichos ingresos deberán ser ACTUALIZADOS de conformidad con la fórmula aplicada en forma reiterada por el H. Consejo de Estado.

Se diferenciarán dos períodos: EL VENCIDO o CONSOLIDADO y el FUTURO o ANTICIPADO que serán establecidos de acuerdo con las fórmulas aplicadas por nuestra Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo.

*2º. **POR PERJUICIOS MORALES.** Se solicita la suma que reemplace lo que costaban un mil gramos oro, el 1o. de Enero de 1981 y que según certificación del Banco de la República, era de \$976.950, atendiendo la Variación Porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor y que para esta fecha de presentación de la demanda, serían \$22.676.670,32; es decir, 1.700 gramos de oro.*

La anterior solicitud obedece a que mientras el valor del gramo oro ha subido apenas 1.4.02%, la Variación del Costo de Vida entre el 1o. de Enero de 1981 y la de la presentación de esta demanda, es de 2.321.17 porcentajes de aumento muy distintos, que desde luego miden la desvalorización de la moneda.

En síntesis, los 1.000 gramos de oro para el 1o. de Enero de 1981 (976.950), que ahora cuestan \$13.700.000.00 aproximadamente, debieran valer \$22.676.670,32 lo que traduce que de continuar indemnizando indistintamente con el equivalente en pesos de un mil gramos oro, constituye desconocimiento de la indemnización integral, toda vez que en la práctica sólo serían 604 gramos, se repite, si entendiéramos, como en efecto debiera atenderse la Variación Porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor.

*Se toma como fecha la de fines del año 1980 y principios de 1981, porque fue en aquella oportunidad cuando nuestra Máxima Corporación actualizó por primera vez, los \$2.000.00 de la normatividad penal, para convertirlos en gramos de oro, **operación matemática que reclamamos hoy en 1996.** Concretando la petición, se debe indemnizar a **cada uno de los demandantes**, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, con el equivalente en pesos a **1.700 granos do oro**, o la suma que reemplace la cifra de \$876.950.00 de 1981, para la fecha de esta sentencia, atendiendo la Variación Porcentual del Índice Nacional de Precios al Consumidor, entre la fecha en que se actualizó por primera vez por el H. Consejo de Estado y cuando se produzca el fallo definitivo.*

*3º. **POR INTERESES.** Se debe a cada uno de los demandantes, o a quien o quienes sus derechos representaren al momento del fallo, los intereses que se generen a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia.*

De conformidad con el art. 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a intereses.

Se pagarán intereses comerciales y transcurridos seis (6) meses los de mora (sic).

3. Afirman los demandantes que la entidad es responsable por la muerte del agente Gañán Díaz, debido a la falla en el servicio en que incurrió como consecuencia de falta de coordinación para el efectivo desarrollo de la operación policiva que se llevó a cabo, con lo cual se superó el riesgo propio de la profesión que debía asumir el agente.

II. Trámite procesal

4. La Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional al contestar la demanda se opuso a las pretensiones propuestas por la parte actora. Adujo que no hay lugar a declarar su responsabilidad debido a que, *“las simples afirmaciones del actor en su libelo no dan base para acceder a las declaratoria de responsabilidad administrativa y condenas propuestas, pues el tribunal requiere de la plena prueba de lo planteado o cuestionado en este litigio (...) y hasta el momento tales elementos de juicio son inexistentes en el expediente”*. Afirmó que no le asiste derecho al demandante para instaurar la acción de reparación directa, pues no se encuentra probada la falla en el servicio (f. 69- 72, c. 1).

5. El Tribunal Contencioso Administrativo de Caldas emitió sentencia de primera instancia el 10 de noviembre de 2000, mediante la cual, negó las pretensiones de la demanda, pues, consideró que la parte actora no acreditó dentro del proceso, la falla en el servicio de la entidad demandada. Al respecto manifestó:

(...) de las pruebas recaudadas se colige fácilmente, que el operativo estaba debidamente coordinado, se guardó la debida reserva frente al movimiento de los agentes y de las pesquisas realizadas. Una vez los agentes dieron aviso de la hora y lugar en donde el dispositivo policivo debía efectuarse para la captura de los extorsionistas, se ordenó la movilización de los agentes de la policía con el armamento, pero todo hace pensar que los dos agentes de la policía decidieron salir solos a realizar la entrega del dinero, con los resultados vistos. Y esto es claro, porque no hay razón para pensar que ellos hayan recibido la orden de desplazarse sin esperar a sus compañeros, cambiando todos los planes que con anticipación se habían hecho. Tanto así, que los integrantes del grupo especial llegaron a Pácora para reunirse con los dos agentes e iniciar el operativo, pero se encontraron con la sorpresa de que habían partido, y ninguno de los testigos dice que esa fue la orden que ellos recibieron.

Según afirmaciones de los ofendidos (los extorsionados) los dos agentes de la policía creyeron que podían realizar el operativo solos y dar captura a los delincuentes; siendo lo más seguro, esa la razón por la cual no esperaron los refuerzos.

En consecuencia, no hay prueba de la pretendida falta o falla en el servicio, y si alguna imprudencia hubo, fue por parte de los mismos agentes de la policía que decidieron realizar un operativo de tal magnitud sin contar con el apoyo debido y que venía en camino. Por tanto, se negarán las súplicas de la demanda (f. 142-155, c. ppl.).

6. Inconforme con la decisión antes reseñada, la parte demandante interpuso y

sustentó en tiempo **recurso de apelación** contra la sentencia de primera instancia, en el que solicitó que la misma fuera revocada y que, en su lugar, se accediera a las súplicas de la demanda. Para tal efecto consideró lo siguiente:

6.1. Se encuentra probada la falla en el servicio de la Policía Nacional durante el desarrollo del operativo antiextorsión, debido a la *i)* falta de coordinación entre el horario en que debía realizarse la entrega y el tiempo que demorarían en llegar los refuerzos, *ii)* la falta de experticia de los agentes encargados de realizar la entrega del dinero, pues se trataba de personal especializado en labores de inteligencia con medios electrónicos, más no expertos en operativos de extorsión y secuestro, y que además, *iii)* no se realizó el reconocimiento previo del terreno, aún cuando se trataba de un área rural que implicaba un riesgo mayor para el desarrollo del operativo.

6.2. Movilizar personal de apoyo no es suficiente para que el desarrollo de la misión se efectúe con el menor riesgo posible, por tanto la entidad incurrió en una falla al haber permitido que los agentes se dispusieran a la entrega del dinero sin una coordinación adecuada para ello, ya que no se valoraron las circunstancias para evitar un riesgo mayor a los agentes que adelantaron el operativo.

6.3. No hay razón para concluir, como lo hizo el *a quo*, que los agentes asumieron el riesgo de la misión, y que por voluntad propia decidieron realizar la entrega por sí solos, pues de acuerdo al material probatorio allegado al expediente se puede inferir que debió tratarse de una orden irrenunciable impartida por un superior jerárquico, la cual tuvieron que cumplir obligatoriamente en virtud del servicio que prestan en la Policía Nacional, y que implicó un riesgo superior al que debían asumir (f. 187-227, c. ppl.).

7. En la oportunidad para presentar **alegatos de conclusión** la parte demandada reiteró que no hay lugar a declarar su responsabilidad, pues no se configuró la falla en el servicio alegada por la parte demandante, a quien le correspondía probar la misma, y además afirmó que existió imprudencia por parte del agente en el desarrollo de la operación, lo que se configura como una culpa de la víctima.

7.1. Alegó la inexistencia del daño pues la familia de la víctima fue indemnizada y recibe una pensión mensual como compensación por la muerte del agente Gañán Díaz, en la cual se estima el resarcimiento tanto de los daños materiales como los morales (f. 138-242, c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en un proceso con vocación de segunda instancia, en los términos del Decreto 597 de 1988, dado que la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, que corresponde a la indemnización por concepto de perjuicios morales, supera la exigida por la norma para el efecto¹.

¹ En la demanda, presentada el 19 de febrero de 1996, la pretensión mayor, correspondiente a perjuicios morales, fue estimada en 22.676.670. Por estar vigente al momento de la interposición del recurso de apelación que motiva esta sentencia, se aplica en este punto el artículo 2° del Decreto 597 de 1988 “*por el*

II. Los hechos probados

9. Con base en las pruebas recaudadas en el proceso contencioso administrativo, valoradas en su conjunto, se tienen como ciertas las siguientes circunstancias fácticas relevantes:

10. El señor Luis Gonzaga Gañán Díaz era agente de la Policía Nacional y se desempeñó como agente judicial en la unidad seccional de policía judicial e investigación (extracto de la hoja de vida remitido por la Secretaría General-Grupo Archivo General de la Policía Nacional, f. 78 c. 2; extracto de la hoja de vida remitido por el departamento de policía de Caldas, f. 40 c. 5).

11. El 19 de febrero de 1994 el departamento de policía de Caldas emitió orden de trabajo para que el sargento Edwin Alexander Figueroa Correal, en compañía de seis hombres a su mando, se desplazara hacia los municipios Salamina y Pácora en el departamento de Caldas, para apoyar y coordinar con los agentes José Fernando Valencia Ortiz y Luis Gonzaga Gañán Díaz la entrega de un dinero producto de una extorsión, dentro de un operativo antisequestro del cual eran investigadores los mencionados agentes (orden de trabajo, departamento de policía de Caldas, f.12, c. 5).

12. El agente Luis Gonzaga Gañán Díaz fue asesinado por los delincuentes, en el lugar acordado para la entrega del dinero exigido, junto con su compañero en el desarrollo de dicha operación (informe rendido por el sargento Edwin Alexander Figueroa Correal para el fiscal regional delegado f. 5 y 6, c. 5).

13. El señor Gañán Díaz, era el padre de Luis Felipe Gañán García y estaba casado con Alba Lucía García Quintero; su madre era María Carolina Díaz de Gañán, y sus hermanos María Nancy Gañán Díaz, Dignacelly Gañán Díaz, Francly Stella Gañán Díaz, Nelson de Jesús Gañán Díaz y Noelvía Gañán Díaz (Acta de registro civil de matrimonio y certificados de registro civil de nacimiento, f.8-18, c. 1).

III. Problema jurídico

14. Debe la Sala determinar si la muerte del agente de policía Luis Gonzaga Gañán Díaz, víctima de homicidio durante una operación antisequestro, es imputable a la entidad demandada a título de falla en el servicio. También, se debe establecer si se configuró la causal eximente de responsabilidad correspondiente al hecho de la víctima.

IV. Análisis de la Sala

15. De conformidad con los hechos probados, la Sala tiene por demostrado **el daño** invocado por la parte actora, es decir, está debidamente acreditado que el 19 de febrero de 1994, el entonces agente Luis Gonzaga Gañán Díaz, perdió la vida por heridas de arma de fuego, cuando desarrollaba un operativo para entregar el dinero producto de un secuestro extorsivo.

cual se suprime el recurso extraordinario de anulación, se amplía el de apelación y se dictan otras disposiciones”, que modifica el numeral 10 del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo, y que dispone que la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1996 fuera de doble instancia, debe ser superior a \$13 460 000.

16. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes de la fuerza pública profesionales, constituye, en general, un riesgo propio de la actividad que desempeñan, riesgo que se concreta cuando tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones propias del servicio que prestan, y al cual ingresaron por iniciativa propia, por lo que asumen los riesgos inherentes al desarrollo de dichas actividades peligrosas.

17. En virtud del riesgo inminente que caracteriza a estas actividades y del libre albedrío de que gozan los agentes que las realizan, no en todas las ocasiones, resulta jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual; sin embargo, se considera, 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 agente afectado, y que este riesgo sea mayor que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada².

18. Estos títulos de imputación se configuran, 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”*³, esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo *“el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones”*⁴, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones⁵, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones⁶ (falla del servicio).

19. Del mismo modo, la vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cobija 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*.

20. Este régimen prestacional de naturaleza especial, reconoce las circunstancias de particular riesgo que caracteriza a las actividades que deben desarrollar los referidos servidores públicos, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado⁷.

² Ver, entre otras, las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de mayo 3 de 2001, expediente 12338, C.P. Alier Hernández; marzo 8 de 2007, expediente 15459, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y octubre 7 de 2009, expediente 17884, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³ *Ibidem*.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ Artículo 123 del Decreto 1213 de 1990.

21. El señor Luis Gonzaga Gañán Díaz era agente judicial de la Policía Nacional, por tanto se infiere que ingresó voluntariamente a la fuerza pública y asumió los riesgos que esta actividad implica; si bien se encuentra probado el daño, consistente en la muerte del agente, resulta necesario establecer si la entidad demandada incurrió en una falla que provocó un aumento en el riesgo que debía soportar el agente, o si el hecho de la víctima influyó en el incremento del mismo.

22. En el informe rendido por el sargento Edwin Alexander Figueroa Correal, se narró:

(...) se dispuso que los agentes GAÑÁN DÍAZ LUIS GONZAGA y VALENCIA ORTIZ JOSÉ FERNANDO se desplazaran con el fin de hacer la entrega convenida y al mismo tiempo dar captura a quien recibiera el paquete que se llevaba, (...) horas más tarde se tuvo conocimiento que los agentes habían sido asesinados en la citada vía de la entrega a la altura de la quebrada Chile y de acuerdo a las informaciones posteriores los homicidas se llevaron consigo el paquete en el cual se incluía cinco millones de pesos, también se hurtaron un revólver de propiedad de la Policía Nacional, calibre 38 largo (...) hecho que de acuerdo a las circunstancias y el lugar fue perpetrado por los secuestradores que acudieron a recibir el dinero (sic) (f. 6, c. 5).

23. El 19 de febrero de 1994 mediante orden de trabajo el departamento de policía de Caldas dispuso:

El sr. st. Figueroa Correal Edwin Alexander, en compañía del personal bajo su mando (...) se servirá desplazarse hasta lo municipio de Salamina, Pácora y otros con el fin de apoyar y coordinar con los agentes Valencia Ortiz José Fernando y Gañán Díaz Luis Gonzaga, para lograr establecer los autores del secuestro de los señores Fidel y José Ricardo Maya y la extorsión de que son víctimas los mismos. Se tiene conocimiento que el día de hoy se hará entrega del dinero producto de la extorsión.

Para lo anterior se servirán adoptar las máximas medidas de seguridad e informar a éste comando las labores adelantadas (sic) (f. 12, c. 5).

24. Encuentra la Sala, que el operativo estaba encargado a los agentes Luis Gonzaga Gañán Díaz y José Fernando Valencia Ortiz, quienes se encontraban en el municipio de Pácora para adelantar labores de inteligencia y además, que se dispuso un personal del departamento de policía de Caldas que se trasladó hacia el lugar de los hechos para brindar apoyo.

25. En el testimonio del patrullero Carlos Enrique Franco Prieto se dijo:

(...) lo que nosotros recibimos como orden fue que nos debíamos trasladar al municipio de Pácora en la parte urbana en cual era el punto de encuentro con los dos agentes que estaban allí recepcionando la información y la transmitían a Manizales, porque ellos tenían toda la información, ellos sabían el sitio exacto donde se iba a hacer la entrega (...) PREGUNTADO: sabe usted a qué obedeció que el teniente ordenara el traslado de ustedes desde Manizales a Pácora?. CONTESTO: no sé, me imagino que fue una llamada que hicieron los dos agentes encargados de recibir la información del caso y a la vez coordinado con la jefatura de la SIJIN de Caldas. PREGUNTADO: tuvieron ustedes algún inconveniente en el traslado de Manizales a Pácora que hubiera retardado el mismo? CONTESTO: no, ninguno. El viaje estuvo normal (sic) (f. 107, c. 2.).

26. Sobre la llegada de los refuerzos al municipio de Pácora el señor Fidel Maya Gutiérrez, víctima del secuestro extorsivo objeto de la operación, afirmó que los agentes habían llegado a las 11 de la mañana luego de una llamada que realizaron a Manizales los agentes encargados de la entrega. En su declaración narró:

Yo sé que ellos llamaron a Manizales ese día por la mañana y de allá se vino un personal de refuerzo el cual llegó más tarde, eran ocho de la Sijín, estos arribaron aquí a eso de las 11 de la mañana. Los agentes Valencia y Gañán, no me dijeron que les habían dado ninguna consigna en especial y por lo tanto se fueron a la hora indicada y al lugar señalado a cumplir la misión.

(...) yo creo que los agentes se confiaron mucho y llegaron a pensar de acuerdo al análisis de las llamadas que los extorsionistas eran inexpertos y los podían capturar fácilmente (sic) (f. 35, c.5).

27. De lo anterior se colige que existió una falta de coordinación en el desarrollo de la misión anti extorsiva, por tanto el riesgo de la misma aumentó, pues no se adoptaron las medidas de seguridad necesarias para adelantar un operativo de esta naturaleza; la Sala debe determinar si el aumento del riesgo es imputable a la falla de la entidad demandada o al hecho de la víctima.

28. Los testimonios coinciden en afirmar que los agentes Luis Gonzaga Gañán Díaz y José Fernando Valencia Ortiz salieron a ejecutar la misión sin esperar la llegada del personal de refuerzo, y que a pesar de que se dispuso un equipo de apoyo para el desarrollo de la misma, los agentes se desplazaron solos a cumplir la cita con los extorsionistas⁸.

29. En testimonio del agente de la Policía Nacional Aaron Fajardo Varela Restrepo, quien hacía parte del personal encargado de adelantar el operativo, se afirmó:

(...) el señor sargento Vera, comandante del grupo de operaciones especiales, me dijo que yo debería entregar ese dinero debido a la capacidad de reacción y a la experiencia que yo tenía, ya que yo llevaba varios años en antiextorsión y secuestro, (...) yo no me le apunté al caso, o sea a la entrega del dinero, porque realmente en la forma en que el dispositivo estaba montado no me gustaba, o sea no reunía las medidas de seguridad que se debe tener para estos casos, ya que no es lo mismo capturar en una zona urbana que capturarla en una zona rural, eso lo discutimos dentro del grupo, y el agente Valencia y el agente Gañán ellos dijeron que ellos iban, yo no (f. 163, c. 2).

30. Así las cosas, la Sala encuentra que existió una falla por parte de la entidad, consistente en la mala coordinación del operativo, para el cual no se tuvo

⁸ El patrullero Carlos Enrique Franco Prieto afirmó: “a nosotros nos habían informado que debíamos llegar a Pácora para encontrarnos con los dos agentes y coordinar allí la salida para el lugar donde habían pactado la entrega del dinero” (f. 107, c.2). En este sentido el señor Fidel Maya declaró: “(...) yo sé que ellos estaban esperando el refuerzo, pero como les pusieron una hora en Pintada para la entrega, ellos se fueron, el refuerzo llegó más tarde ellos llamaron a Manizales a los superiores de ellos para saber qué hacían, pero no esperaron el refuerzo, pero ellos se fueron porque era a cierta hora que tenían que ir a cumplir a la cita y aparecieron fue muertos, no esperaron el refuerzo que llegaba” (f. 38, c. 5).

en cuenta i) que los agentes no estaban capacitados para realizar la misión⁹, ii) que no se conocía la zona donde debía realizarse la entrega del dinero¹⁰, iii) y que el personal no contaba con las suficientes medidas de seguridad para protegerlos ante una situación tan peligrosa¹¹.

31. Sin embargo, así como se le imputa a la entidad una falla en el desarrollo del operativo que aumentó el riesgo que produjo el daño, también se evidencia que el hecho de la víctima tuvo injerencia en la producción del mismo, pues los agentes que adelantaron la operación, tenían conocimiento del riesgo que implicaba la misma, pues se trataba del personal de inteligencia que manejaba toda la información de los pormenores del operativo, y sin embargo, se dispusieron a realizar la entrega del dinero sin contar con los refuerzos idóneos para tal fin.

32. Para la Sala es claro que los agentes que realizaban labores de inteligencia, debían conocer el riesgo que implicaba salir solos al encuentro con los delincuentes, y a pesar de que la entidad dispuso el personal de refuerzo para que los apoyaran, estos no esperaron a los demás integrantes del equipo para realizar la misión, lo cual provocó un riesgo mayor al efectuar la entrega del dinero sin el apoyo de los demás agentes¹².

33. De todo, se vislumbra una falta de coordinación imputable a la entidad demandada, así como una asunción de un riesgo por parte de la víctima, por cuanto la operación se desarrolló sin la adopción de medidas de seguridad necesarias, las cuales eran responsabilidad tanto de los superiores que debían coordinar el personal encargado como de los agentes que investigaron las circunstancias que rodeaban el desarrollo de la misión, y por tanto conocían los riesgos que la misma implicaba.

34. Es así como, la falta de coordinación entre los agentes que fueron a realizar la entrega del dinero y los refuerzos que llegaron a apoyarlos, obligó a que la misión fuera efectuada sólo por los agente Luis Gonzaga Gañán Díaz y José Fernando Valencia Ortiz, lo cual aumentó el riesgo inherente a la actividad que se pretendía llevar a cabo¹³.

35. Observa la Sala que la falta de coordinación, sumada a la asunción del riesgo por parte de los agentes, es la causa adecuada del daño que obedeció tanto a una omisión por parte de la entidad de tomar las medidas idóneas para adelantar el operativo, así como una falta de cautela por parte de los agentes al salir a la entrega sin esperar los refuerzos.

36. Así las cosas, se endilga responsabilidad al Estado por los daños causados al agente Luis Gonzaga Gañán Díaz y a su familia, con una reducción de la condena por concausa, debido a la falta de precaución por parte los agentes que

⁹ *“hubo negligencia por parte de la policía porque estos agentes eran netamente de inteligencia electrónica o sea encargados de interceptar teléfonos, mas no de operativos”* (testimonio rendido por el agente de policía Aaron Fajardo Varela Restrepo, f. 163. C,2).

¹⁰ *“(…) para esta entrega no se realizó una avanzada, o sea un reconocimiento al area que siempre se hace en un operativo (…) la zona donde se iba a entregar el dinero era zona rural entonces las probabilidades de uno salir ileso son muy pocas”* (ibídem).

¹¹ *“cuando murió el agente Gañán no portaba su chaleco antibalas, que lo debería portar”* (ibídem).

¹² *“La finalidad de nosotros trasladarnos allá era salir con los compañeros obviamente porque se trataba de un caso especial, ya cuando nosotros llegamos como lo dije anteriormente, no se encontraban, ya se habían ido”* (testimonio de Carlos Enrique Franco Prieto, f. 107, c. 2).

¹³ *“si ellos cumplieron la misión de ir a llevar ese dinero fue con coordinación del sargento vera o pudieron haber tomado su propia decisión pensando que la situación era suave, pero lo más lógico era que deberían haber esperado que nosotros llegáramos al lugar”* (ibídem).

ejecutaron la operación, ya que la realizaron de manera voluntaria y consciente del peligro que ésta implicaba.

VII. Perjuicios

37. Procede la Sala a fijar el monto de los perjuicios morales y materiales con fundamento en las pretensiones formuladas en la demanda y en las pruebas obrantes dentro del proceso.

Perjuicios morales

38. Respecto del pago de indemnización por los perjuicios morales causados a la parte demandante, la Sala encuentra que el parentesco del occiso con su madre, hermanos, e hijo, así como su matrimonio, está debidamente acreditado. De igual manera, se puede inferir que los familiares y esposa, del señor Luis Gonzaga Gañán Díaz (occiso) padecieron pena, aflicción o congoja con su muerte, es decir, a partir de un hecho debidamente probado llamado “indicador”, que en este caso es el parentesco y el matrimonio, se infiere o deduce a través del razonamiento lógico, otro hecho llamado “indicado”, que corresponde al sufrimiento y tristeza padecidos por los parientes más próximos de la víctima, a raíz de su muerte¹⁴.

39. Con base en lo anterior, la Sala condenará a la entidad demandada a pagar a Alba Lucía García Quintero (esposa), Luis Felipe Gañán García (hijo) y María Carolina Díaz de Gañán (madre) la suma equivalente a 70 S.M.L.M.V. para cada uno; y para María Nancy Gañán Díaz, Dignacelly Gañán Díaz, Francly Stella Gañán Díaz, Nelson de Jesús Gañán Díaz y Noelvía Gañán Díaz (hermanos), la suma equivalente a 35 S.M.L.M.V. a cada uno, en compensación por el daño moral padecido como consecuencia de la muerte de su familiar¹⁵.

39.1. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido la suma de 100 S.M.L.M.V. en los casos de indemnización por muerte de un familiar, sin embargo, para este caso el monto se redujo en un treinta por ciento (30%) dada la participación de la víctima en el hecho dañoso.

Perjuicios materiales

Lucro cesante

40. A partir de la prueba de parentesco y de matrimonio, y teniendo en cuenta que el artículo 411, numerales 1° y 2° del Código Civil establece la obligación de dar alimentos al cónyuge o compañero permanente y a los hijos, debe entenderse –en ausencia de prueba en contrario– que el señor Luis Gonzaga Gañán Díaz contribuía al sustento económico de su esposa y de su hijo menor de edad. En cuanto a su señora madre, su hermano y sus hermanas, quienes también son actores dentro de la presente demanda, no se encuentra prueba dentro del expediente que permita concluir que dependían económicamente del occiso, razón por la cual no serán tenidos como beneficiarios de la indemnización por lucro cesante.

41. Para el momento de los hechos, el señor Luis Gonzaga Gañán Díaz

¹⁴ Respecto de la prueba indiciaria ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de febrero 16 de 2001, expediente 12703, C.P. María Elena Giraldo.

¹⁵ En sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, rad.18800, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

ostentaba el cargo de agente de la Policía Nacional, el cual ocupó desde el 18 de noviembre de 1986 hasta el 19 de febrero de 1994. En este trabajo devengaba un salario básico mensual de \$274 900 (hoja de servicios, último salario devengado, Policía Nacional, f. 85 c. 2).

42. En cuanto al periodo a indemnizar, este deberá contarse a partir de la fecha de la ocurrencia del daño -19 de febrero de 1994- hasta el límite de su vida probable, esto es: 987.2 meses (46.5 años), en atención a que el señor Gañán Díaz para la fecha de los hechos tenía 34 años de edad, pues nació el 5 de mayo de 1959 (certificación de registro civil de nacimiento, f. 17 c. 1).

Actualización de la renta:

$$Ra = Rh \frac{Ipc (f)}{Ipc (i)}$$

Ra	=	Renta actualizada a establecer
Rh	=	Renta histórica, \$ 274 900
Ipc (f)	=	Es el índice de precios al consumidor final, es decir, 113,16 que es el correspondiente a abril de 2013
Ipc (i)	=	Es el índice de precios al consumidor inicial, es decir, 22,81 que es el que correspondió al mes de febrero de 1994, mes en que ocurrieron los hechos.

$$Ra = \$ 274 900 \frac{113.13}{22.81} = \$ 1 363 773$$

Sin embargo, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala, se descontará el 25%, correspondiente a la cantidad destinada por el occiso para atender sus propios gastos personales. Finalmente la suma es:

$$Ra = \$ 1 022 830$$

43. De acuerdo a lo anterior, la Sala procederá a liquidar las respectivas indemnizaciones consolidada y futura de la siguiente manera:

43.1. El 50% de este valor (\$1 022 830) se tendrá en cuenta como suma base para el cálculo de la indemnización correspondiente a la esposa de la víctima, mientras que el 50% restante será la suma con que se liquidará la indemnización a que tiene derecho su hijo Luis Felipe Gañán García.

43.2. Como límite temporal se tendrá en cuenta, respecto del hijo, la fecha en que éste cumpliría 25 años de edad, en tanto que, en ausencia de prueba en contrario, es posible inferir que habría recibido ayuda económica de su padre hasta el momento en que cesa completamente la obligación legal de prestar alimentos a los hijos. Respecto de la esposa, se tendrán en cuenta los años de vida probable que tanto ella como el señor Luis Gonzaga Díaz Gañán tenían en la fecha de los hechos, de conformidad con lo previsto en la Resolución 497 de 1997 de la Superintendencia Bancaria.

43.3. La indemnización a que tienen derecho Alba Lucía García Quintero y Luis Felipe Gañán Díaz, comprende dos periodos, uno vencido o consolidado, que se cuenta desde el momento en que ocurrieron los hechos (19 de febrero de 1994) hasta el presente (231,4 meses), o hasta el momento en que el hijo hubiere

alcanzado los 25 años; y el otro futuro o anticipado, que corre desde la fecha de esta sentencia hasta el fin de la vida probable del mayor de los compañeros y el momento en que el hijo alcance los 25 años.

- Para Alba Lucía García Quintero

Indemnización debida o consolidada:

$$S = RA * \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Para aplicar se tiene:

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$511 415
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses transcurridos desde el daño hasta la fecha de la sentencia, esto es, 231,4 meses.
1	=	Es una constante

$$S = 511\,415 * \frac{(1.004867)^{231,4} - 1}{0.004867}$$

S = \$ 218 097 467

44. El valor correspondiente a lucro cesante consolidado a favor de Alba Lucía García Quintero es de doscientos dieciocho millones noventa y siete mil cuatrocientos noventa y siete pesos (218 097 497), suma que se reducirá en un treinta por ciento (30%) dada la participación de la víctima en el hecho dañoso, con lo cual se tiene que el valor de la condena es de ciento cincuenta y dos millones seiscientos sesenta y ocho mil doscientos cuarenta y ocho pesos (**\$152 668 248**).

Indemnización futura o anticipada:

45. Se tiene que el señor Luis Gonzaga Gañán Díaz nació el 5 de mayo de 1959 (c. 1, f. 17); sin embargo, en el expediente no obra prueba alguna que dé cuenta de la fecha de nacimiento de la señora Alba Lucía García Quintero. En estas condiciones, la Sala no está en capacidad de establecer cuál de los dos compañeros tenía mayor expectativa de vida para efectos de liquidar el valor del lucro cesante futuro. Por ello, y dado que existe certeza del daño, dará aplicación a lo previsto en el artículo 172 del C.C.A., y condenará en abstracto a la entidad demandada al pago de la indemnización debida por concepto de lucro cesante futuro. La liquidación deberá hacerse mediante el trámite incidental previsto en el artículo 137 del Código de Procedimiento Civil, para lo cual se otorga a la parte interesada un término de dos (2) meses contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, con base en lo dispuesto en el artículo 119 del mismo ordenamiento¹⁶.

45.1. Para tal efecto, deberá darse aplicación a la siguiente fórmula de

¹⁶ El artículo 119 del C.P.C., establece que “a falta de término legal para un acto, el juez señalará el que estime necesario para su realización de acuerdo con las circunstancias (...)”.

liquidación:

$$S = VA \frac{(1+0.004867)^n - 1}{i(1+0.004867)^n}$$

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$511 415
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses transcurridos desde la sentencia hasta el momento de la muerte del compañero de quien se supone moriría primero de no haberse producido el hecho dañino, previa deducción del periodo ya indemnizado.
1	=	Es una constante

45.2. La suma que resulte como valor de la indemnización por lucro cesante futuro, para Alba Isabel Pineda Orozco debe ser reducida en un 30% dada la participación de la víctima en el hecho dañoso.

- Para Luis Felipe Gañán García (hijo)

Indemnización debida o consolidada:

$$S = VA \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Para aplicar se tiene:

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$511 415
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses transcurridos desde el daño hasta la fecha de la sentencia, esto es, 231,4 meses.
1	=	Es una constante

$$S = 511\,415 * \frac{(1.004867)^{231,4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 218\,097\,467$$

Indemnización futura o anticipada:

$$S = VA \frac{(1+0.004867)^n - 1}{i(1+0.004867)^n}$$

S	=	Suma a obtener.
Ra	=	Renta actualizada, es decir \$511 415
I	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
N	=	Número de meses transcurridos desde la sentencia hasta los 25 años de edad de la hijo, nacido el 6 de agosto de 1993 (62,02) meses)

1	=	Es una constante
---	---	------------------

$$S = VA \frac{(1.004867)^{61.2} - 1}{i (1.004867)^{59,66}}$$

$$S = 27\,321\,393$$

46. Sumados los valores de la indemnización consolidada y futura, por concepto de lucro cesante, se obtiene para Luis Felipe Gañán García un valor total de doscientos cuarenta y cinco mil ochocientos sesenta y un pesos (\$245 418 861), suma que se reducirá en un treinta por ciento (30%) dada la participación de la víctima en el hecho dañoso, con lo cual se tiene que el valor de la condena es de ciento setenta y un millones setecientos noventa y tres mil doscientos tres pesos (\$171 793 203).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –Subsección “B”-, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

REVOCAR la sentencia del 10 de noviembre de 2000 proferida en la primera instancia del presente proceso por el Tribunal Administrativo de Caldas, la cual quedará así:

PRIMERO: Declarar patrimonialmente responsable a la Nación-Policía Nacional, por la muerte del señor Luis Gonzaga Gañán Díaz, el 19 de febrero de 1994.

SEGUNDO: Condenar a la Nación-Policía Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales con ocasión de la muerte de Luis Gonzaga Gañán Díaz, las siguientes sumas de dinero:

2.1. Setenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (70 S.M.M.L.V.) a favor de cada una de las siguientes personas: Alba Lucía García Quintero, Luis Felipe Gañán García y María Carolina Díaz de Gañán.

2.2. Treinta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (35 S.M.M.L.V.) a favor de cada una de las siguientes personas: María Nancy Gañán Díaz, Dignacelly Gañán Díaz, Francly Stella Gañán Díaz, Nelson de Jesús Gañán Díaz y Noelvia Gañán Díaz.

TERCERO: Condenar a la Nación-Policía Nacional, a pagar a favor de Luis Felipe Gañán García, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, la suma de ciento setenta y un millones setecientos noventa y tres mil doscientos tres pesos (\$171 793 203).

CUARTO: Condenar a la Nación-Policía Nacional, a pagar a favor de Alba Lucía García Quintero, por concepto de lucro cesante consolidado, la suma de ciento cincuenta y dos millones seiscientos sesenta y ocho mil doscientos cuarenta y ocho pesos (\$152 668 248).

QUINTO: Condenar en abstracto a la Nación-Policía Nacional al pago del lucro

cesante futuro a favor de la señora Alba Lucía García Quintero, el cual deberá liquidarse mediante el incidente regulado en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, y deberá promoverse por el interesado dentro del término de dos (2) meses contados desde la ejecutoria de esta sentencia, y resolverse con sujeción a las pautas indicadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: SIN CONDENA en costas.

SÉPTIMO: En firme este fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO