

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / CONFIRMACIÓN DEL FALLO / DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA / RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA / PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LA VÍCTIMA / PRINCIPIO DE JUSTICIA / PRINCIPIO DE EQUIDAD / CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO / RUPTURA DEL EQUILIBRIO DE LAS CARGAS PÚBLICAS / PARTE DEMANDADA / APELANTE ÚNICO / SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / CLASES DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

[L]a Sala confirmará la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo [...], que declaró la existencia de responsabilidad en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad y, porque, para la víctima injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas [...]. [E]n atención a que la entidad demandada funge como apelante único y cuestionó su responsabilidad, en virtud de lo decidido por la Sección Tercera en sentencia de unificación, se estudiarán también las indemnizaciones concedidas.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los límites de la competencia del juez de segunda instancia, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 6 de abril de 2018, rad. 46005, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

ANÁLISIS DE PRUEBA / HECHO PROBADO / GRAVEDAD DE LAS LESIONES FÍSICAS / VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA / VALORACIÓN DEL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO / EXISTENCIA DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DEMANDA CONTRA ENTIDAD PÚBLICA / EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL / CAUSAL DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONCURRENCIA DE CAUSAS / PRODUCCIÓN DEL DAÑO

De lo probado en el proceso [...] resulta que la lesión sufrida por el [demandante] se encuentra debidamente acreditada, puesto que la integridad física de la persona en mención resultó afectada, de acuerdo con el material probatorio [...]. [N]o siendo suficiente constatar la existencia del daño, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación que permita determinar si puede ser atribuido fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

JURISPRUDENCIA EN VIGOR / GRAVEDAD DE LAS LESIONES FÍSICAS / QUANTUM INDEMNIZATORIO / DETERMINACIÓN DEL PERJUICIO MORAL / VÍCTIMA DIRECTA / DICTAMEN DE LA JUNTA DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ / CALIFICACIÓN DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL / PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN INTEGRAL / LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS CONFORME AL PARENTESCO / RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA SALUD / EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PERJUICIO INMATERIAL / DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD SICOFÍSICA / IMPROCEDENCIA DEL PERJUICIO FISIOLÓGICO / DAÑO A LA VIDA EN RELACIÓN / CLASES DE PERJUICIOS / CONCEPTO DE DAÑO A LA SALUD

[S]egún la jurisprudencia de la Sala, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión se convierte en el referente concreto para ubicar, dentro de los parámetros

establecidos en la sentencia de unificación, el quantum indemnizatorio que le corresponde a quien alegue el perjuicio moral, como víctima directa o indirecta del daño. [L]a Sala advierte que se allegó la valoración del [demandante] por parte de una junta de calificación de invalidez, en la cual se determinó la pérdida de capacidad [...], por tanto, la indemnización que procedía para la víctima directa del daño, cada una de sus hijas y su compañera, equivale a 60 SMLMV [...]. [E]n relación con el daño a la salud, el cual fue concedido únicamente en favor de la víctima directa del daño, de conformidad con lo establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera [...], cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad sicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es [...] una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la tasación de la indemnización por daño a la salud, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 31170, C. P. Enrique Gil Botero; y Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, rad. 28832, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL / DERECHO DE DAÑOS / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / DISCRECIONALIDAD DEL JUEZ / MOTIVACIÓN DE PROVIDENCIA JUDICIAL / ASPECTOS FÁCTICOS / ANÁLISIS JURÍDICO / TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el régimen de responsabilidad del Estado con ocasión de daños causados, cita: Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 19 de abril de 2012, rad. 21515, C. P. Hernán Andrade Rincón.

AUSENCIA DE PRUEBA DEL DAÑO / AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / CAUSAL DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CONCURRENCIA DE CAUSAS / RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA / DAÑO ESPECIAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DE CARÁCTER OBJETIVO / PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CLAUSULAS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO /

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN / CONDUCTA ANTIJURÍDICA / IMPUTACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

[A]nte la ausencia de pruebas que acrediten la existencia de una falla del servicio por parte de los miembros del Esmad, que tuvo lugar alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o que se produjo un evento de concurrencia de acciones u omisiones, la Sala estima que la responsabilidad de la Administración debe declararse desde la óptica del régimen objetivo y concretamente del daño especial [...]. La jurisprudencia de la Sección ha señalado que, como corolario del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a derecho que le sean atribuibles e incluso por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el estudio del daño especial bajo el régimen objetivo de responsabilidad, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de febrero de 2019, rad. 45831, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

NORMATIVIDAD DE LA CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / DEMANDA DE REPARACIÓN DIRECTA / MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN / CADUCIDAD DE LOS MEDIOS DE CONTROL / DAÑO OCASIONADO POR OMISIÓN / CONOCIMIENTO DEL HECHO DAÑOSO / CERTEZA DE LA OCURRENCIA DEL DAÑO

Al tenor de lo previsto en el literal i), del numeral 2, del artículo 164 del C.P.A.C.A., la demanda de reparación directa puede instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 NUMERAL 2 LITERAL I

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 19001-23-33-000-2017-00068-01(65350)

Actor: YHON EDUAR MOSTACILLA BALDOMERO Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL

Referencia: REPARACIÓN DIRECTA (Ley 1437 de 2011)

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA – RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DURANTE PROCEDIMIENTO ANTIDISTURBIOS – RÉGIMEN OBJETIVO – No se probó la falla del servicio; sin embargo, se acreditó la lesión del civil en medio de un enfrentamiento en el que participó el Esmad, se demostró que la víctima directa del daño no participó en su producción, no operó alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o la concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño / PRUEBA INDICIARIA - Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido.

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 29 de agosto de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en el siguiente sentido:

Declarar responsable administrativamente a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por las lesiones del señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero, padecidas en hechos ocurridos el 21 de diciembre de 2014, en el municipio de Puerto Tejada, Cauca, según lo expuesto.

Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, a pagar, las siguientes cantidades de dinero:

a) Por concepto de perjuicios morales: la suma de SESENTA (60) SMLMV, a favor de cada una de las siguientes personas: Yhon Eduar Mostacilla Baldomero, Emily Saray Mostacilla Restrepo, Sair Jardany Mostacilla Restrepo e Ingi Yurisay Restrepo Mina.

b) Por concepto de daño a la salud: la suma de SESENTA (60) SMLMV, a favor de cada una de las siguientes personas: Yhon Eduar Mostacilla Baldomero. La sentencia se cumplirá en los términos de los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

Negar las demás pretensiones de la demanda.

Condenar en costas de esta instancia a la parte demandada, según lo expuesto. Se liquidarán por Secretaría.

I. SÍNTESIS DEL CASO

El 21 de diciembre de 2014, el señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero fue impactado por un proyectil de goma cuando se encontraba en su casa, el cual fue supuestamente disparado por miembros de la Policía Nacional adscritos al Esmad, en hechos ocurridos en Puerto Tejada, Cauca, lo cual le causó la pérdida total de su ojo izquierdo.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 31 de enero de 2017¹, los señores Yhon Eduar Mostacilla Baldomero, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Emily Saray Mostacilla Restrepo y Sair Jordany Mostacilla Restrepo; además, la señora Ingi Yurisay Restrepo Mina, mediante apoderado judicial², presentaron demanda de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional³, con el fin de que se le declare responsable por los hechos ocurridos el 21 de diciembre de 2014, en los cuales el señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero, quien se encontraba en su casa de habitación, perdió el ojo izquierdo luego de recibir un *proyectil de goma disparado por miembros de la Policía Nacional (grupo ESMAD)*⁴.

Como indemnización solicitaron el reconocimiento, por concepto de perjuicio moral, en favor de cada uno de los actores, del equivalente a 800 salarios mínimos legales mensuales vigentes e igual cantidad por concepto de lo que denominaron *daño a la vida de relación*, para cada uno de los demandantes.

2. Fundamentos fácticos de la demanda

La parte actora expuso que, el 21 de diciembre de 2014, el señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero, mientras se encontraba en su lugar de residencia, fue impactado por un proyectil de *goma* disparado por miembros de la Policía Nacional adscritos al grupo Esmad de Puerto Tejada, Cauca, quienes se encontraban disolviendo una *revuelta*.

En la demanda se indicó que en su lugar de residencia fueron encontradas otras nueve *balas de goma*, cuyo impacto le produjo la pérdida de su ojo izquierdo.

3. Trámite procesal

¹ De acuerdo con la constancia de recibido obrante a folio 64 del cuaderno principal.

² De conformidad con el poder obrante a folio 1 del cuaderno principal.

³ Fls. 56 a 59 del cuaderno principal.

⁴ Fl. 56 del cuaderno principal.

Mediante auto de 17 de abril de 2017⁵, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda y se notificó a la demandada y al Ministerio Público en debida forma⁶.

4. Contestación de la demanda

El Ministerio de Defensa Nacional, Policía Nacional⁷, a través de su apoderado judicial, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, por cuanto la parte actora no cumplió con su obligación probatoria de demostrar los hechos alegados.

5. La audiencia inicial

Agotado el trámite legal posterior a la contestación de la demanda, se fijó fecha para la celebración de la audiencia inicial prevista en el artículo 180 del CPACA.

La diligencia en mención se realizó el 8 de febrero de 2019⁸, oportunidad en la cual se llevaron a cabo las etapas previstas en la disposición normativa en comento, es decir, saneamiento, decisión de excepciones, conciliación, fijación del litigio y decreto de pruebas.

En el proceso no fueron propuestas excepciones.

El Tribunal Administrativo de primera instancia fijó el litigio en los siguientes términos (se transcribe de forma literal, incluso con los posibles errores):

Que se declare la responsabilidad administrativa, por los perjuicios morales, la lesión psicológica y el daño a la vida de relación, como consecuencia de la "pérdida del ojo izquierdo" del señor Yhon Eduar Mostacilla, en hechos ocurridos el 21 de diciembre de 2014, en el perímetro urbano del municipio de Puerto Tejada.

Que se condene al pago de la suma de 800 SMLMV para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales y la suma también de 800 SMLMV para cada uno de los demandantes, por concepto de daño a la vida de relación.

Que las condenas sean actualizadas, se reconozcan intereses, se dé cumplimiento a la sentencia según el CPACA y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

La fijación del litigio fue puesta a consideración de las partes, quienes manifestaron expresamente su aceptación.

⁵ Fls. 68 y 69 del cuaderno principal.

⁶ Fls. 70 a 72 del cuaderno principal.

⁷ Fls. 79 a 81 del cuaderno principal.

⁸ Fls. 105 a 112 del cuaderno principal.

La diligencia concluyó con la fijación de fecha para la celebración de la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA.

6. La audiencia de pruebas y los alegatos de conclusión

El 11 de junio de 2019⁹ se llevó a cabo la audiencia de pruebas, una vez agotado el objeto de la audiencia, el Tribunal dio aplicación a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 181 del CPACA, en el sentido de prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, para, en su lugar, ordenar la presentación de alegatos de conclusión por escrito y el concepto del representante del Ministerio Público.

En esta oportunidad se registró la intervención de la parte actora¹⁰, la demandada¹¹ y el representante del Ministerio Público¹².

7. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Cauca, mediante sentencia del 29 de agosto de 2019, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda¹³.

El tribunal argumentó que estaba probado que para el día y lugar de los hechos el Esmad portaba y empleó armas de letalidad reducida, entre las cuales se encontraba la lanzadora de esferas plásticas, para controlar el orden público alterado por personas pertenecientes a pandillas y que una de esas esferas fue la que le causó la herida al señor Mostacilla Baldomero. Así lo indicó (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

(...) la Sala considera que el daño antijurídico, consistente en la lesión del señor Yhon Eduar Mostacilla, es imputable a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, por haber sido causado en medio de un enfrentamiento entre agentes del Esmad con otras personas, en aras de retomar el orden público, lo que se enmarca en un rompimiento de la igualdad de las cargas públicas que el señor Mostacilla no estaba en el deber de soportar, por lo que el daño es imputable bajo el título objetivo de responsabilidad de daño especial.

Como consecuencia, condenó a la entidad demandada al reconocimiento de perjuicios morales y el daño a la salud, de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, proferida por esta Corporación.

⁹ Fls. 119 a 123 del cuaderno principal.

¹⁰ Fls. 129 a 131 del cuaderno principal.

¹¹ Fls 139 a 151 del cuaderno principal.

¹² Fls. 132 a 138 del cuaderno principal.

¹³ Fls.170 a 182 del cuaderno del Consejo de Estado.

8. El recurso de apelación

La parte demandada, Ministerio de Defensa – Policía Nacional interpuso oportunamente recurso de apelación contra la anterior providencia¹⁴, por considerar que los daños reclamados no fueron causados por el actuar de miembros de la entidad.

Trascribió las declaraciones rendidas en la investigación adelantada por el juzgado de instrucción penal militar, por todos los agentes que participaron en el operativo del 21 de diciembre de 2014, con el fin de concluir que los miembros del Esmad no tenían municiones de goma, como se afirmó en la demanda; además, que el personal se encontraba capacitado y especializado, dotado de equipos y elementos para ejercer una actividad preventiva y disuasiva.

Expuso que no quedó probada la falla en el servicio, por cuanto de los testimonios obrantes en el proceso no era posible determinar cuál funcionario hizo el disparo.

Finalmente, reiteró lo dicho en la contestación de la demanda en relación con la inactividad probatoria de la parte actora, dado que, a su juicio, no era suficiente enunciar la ocurrencia de unos hechos, sino que debió probar, sin lugar a duda, sus afirmaciones, lo cual no ocurrió en este caso.

9. Trámite en segunda instancia

El recurso interpuesto fue concedido en la audiencia de conciliación judicial que se llevó a cabo el 30 de octubre de 2019¹⁵, admitido por esta Corporación el 15 de enero de 2020¹⁶. Posteriormente, a través de auto del 11 de marzo de ese mismo año¹⁷, se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

En esta oportunidad únicamente el Ministerio Público se pronunció¹⁸.

III. CONSIDERACIONES

¹⁴ Fls. 185 a 196 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Fls. 206 y 207 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Fl. 215 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁷ Fl. 218 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁸ Ver SAMAI, índices 12 y 13 del expediente electrónico.

1. Presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso *sub examine*

1.1. Competencia

El artículo 150 de la Ley 1437 de 2011¹⁹, modificado por el artículo 615 del Código General del Proceso, establece que el Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de *las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación.*

Por su parte, el numeral 6 del artículo 152 del C.P.A.C.A²⁰ dispone que los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia, entre otros asuntos, de *los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

En el caso bajo estudio se advierte que la pretensión mayor superó la cuantía señalada en la mencionada disposición normativa²¹, razón por la cual se concluye que esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia emitida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

1.2. El ejercicio oportuno de la acción

Esta Corporación en forma reiterada ha sostenido que la caducidad se encuentra instituida para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, frente a aquellos eventos en los que determinadas acciones judiciales no se ejercen dentro de un término específico. Así entonces, a los interesados les corresponde asumir la carga procesal de promover el litigio dentro de ese plazo, el cual es fijado por la ley y, por ello, si esto no se hace en tiempo, pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho²².

¹⁹ Norma modificada por el artículo 26 de la Ley 2080 de 2021; sin embargo, este proceso ya se encontraba para fallo antes de la reforma.

²⁰ Si bien esta norma fue modificada por el artículo 28 de la Ley 2080 de 2021, sólo entra en vigencia un año después de su publicación.

²¹ La pretensión mayor, por concepto de *daño a la vida de relación* ascendió a 800 salarios mínimos legales mensuales vigentes, monto que excedió los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha de presentación de la demanda -31 de enero de 2017-.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, exp: 36.834. Reiterado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de agosto de 2017, exp: 39.435.

La referida figura no admite suspensión, salvo que se presente una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, de acuerdo con lo previsto en las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

Al tenor de lo previsto en el literal i), del numeral 2, del artículo 164 del C.P.A.C.A., la demanda de reparación directa puede instaurarse dentro de los dos años *contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.*

En el presente caso, la demanda se originó en el daño que habrían sufrido los accionantes con la lesión padecida por el señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero, el 21 de diciembre de 2014, por lo que, en principio, la parte actora contaba hasta el 22 de diciembre de 2016 para presentar la demanda.

La solicitud de conciliación extrajudicial se radicó el 1 de diciembre de 2016²³, cuando faltaban 21 días para el vencimiento del término, la audiencia se llevó a cabo el 23 de enero de 2017²⁴ y la demanda se presentó el 31 de enero de ese mismo año²⁵, es decir, 9 días después de la celebración de la audiencia, dentro del término previsto, sin que operara el fenómeno jurídico procesal de la caducidad.

2. Objeto del recurso de apelación

La parte demandada solicitó la revocatoria de la sentencia debido a que, a su juicio, no incurrió en una falla del servicio, además de alegar la inactividad probatoria de la parte actora, dado que no era suficiente enunciar la ocurrencia de unos hechos, sino que debió probar, sin lugar a duda, sus afirmaciones, lo cual no ocurrió en este caso.

La entidad solo cuestionó su responsabilidad; sin embargo, en virtud de lo decidido por la Sección Tercera en sentencia de unificación²⁶, se estudiarán también los perjuicios concedidos.

²³ Fl. 55 del cuaderno principal.

²⁴ Ídem.

²⁵ Fl. 64 del cuaderno principal.

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 46005.

3. Lo probado en el proceso

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tienen debidamente demostrados en este proceso los siguientes hechos:

A través de la copia simple de la historia clínica del señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero²⁷, quedó acreditado que el 21 de diciembre de 2014 ingresó al servicio de urgencias, porque sufrió un *trauma contuso en ojo izquierdo con un proyectil de plástico*. Al momento de referirse a los hechos, así quedaron consignados en el documento emitido por la IPS Fundación Propal de Puerto Tejada (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

Enfermedad actual:

Refiere el día 21 de dic. de 2014 trauma en ojo izquierdo con proyectil de caucho disparado por el ESMAC (sic), atendido en clínica COFACAUCA, donde fue remitido a Cali clínica de oftalmología donde se encuentra trauma contuso severo del ojo izquierdo con edema en la macula lo cual le genera una marcada disminución de la agudeza visual que hace que el pronóstico sea reservado. Inicia tratamiento con prednisolona susp. Oft. 1% una gota cada 3 horas + tomografía óptica coherente de macula del ojo izq. Prioritaria que se le autorizó (...).

Con el dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral y ocupacional, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca el 26 de octubre de 2016²⁸, quedó probado que el señor Mostacilla Baldomero tiene una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 39,20% de origen común, con fecha de estructuración el 21 de diciembre de 2014 y una incapacidad permanente parcial, como consecuencia del trauma contuso severo de su ojo izquierdo.

Al proceso fue remitida, como prueba de oficio decretada por el tribunal, copia de la investigación adelantada por la justicia penal militar. En relación con la prueba trasladada se ha dicho que aquella debe cumplir con los requisitos previstos en el artículo 211 del Código General del Proceso, es decir, que haya sido solicitada en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aduce, o haya sido practicada con su audiencia, de lo contrario, no puede ser valorada en el proceso al que se traslada.

²⁷ Fls. 2 a 38 del cuaderno principal.

²⁸ Fls. 46 a 48 del cuaderno principal.

En este caso, la prueba fue solicitada de oficio por el tribunal en la audiencia de pruebas; además, fue practicada con audiencia de la Policía Nacional y las partes se valieron de ella en sus alegatos de conclusión.

En relación con los hechos del 21 de diciembre de 2014, la señora Johanna Marcela Ocoro Oyala, vecina del señor Mostacilla Baldomero, rindió testimonio en el cual indicó que ese día llegó a su casa alrededor de las tres de la mañana del día de los hechos y, una vez adentro, escuchó el enfrentamiento entre miembros de la *policía y muchachos del barrio*; sostuvo además que vivía *diagonal a la casa* del señor Mostacilla Baldomero y observó que él abrió la puerta de su casa y en ese momento fue impactado por parte de un agente del Esmad. Indicó que desconocía concretamente cuál miembro disparó, porque tenía uniforme y casco de protección.

Finalmente, manifestó que no conocía las causas por las cuales los miembros del Esmad le habían disparado, pues él se encontraba en su lugar de residencia²⁹.

De la misma forma fueron narrados los hechos por parte de la señora Elfa Nur Mina Viáfara, quien sostuvo que se encontraba en la calle porque habían asesinado al excompañero sentimental de su hija, hecho por el cual se formó un enfrentamiento entre las personas que vivían en el barrio, en el que tuvo que intervenir el Esmad.

Afirmó que el señor Mostacilla Baldomero se encontraba en su vivienda y que abrió la puerta de su casa para observar lo que sucedía, momento en el cual fue impactado por una *pelota o caucho, (...) uno del ESMAT dispara una goma de esas pegándole en el ojo*, lo que ocasionó que cayera herido dentro de su hogar, situación de la que afirmó haber sido testigo, dado que ella estaba en la calle, muy cerca del lugar de residencia del señor Mostacilla Baldomero averiguando por la muerte del excompañero sentimental de su hija.

Finalmente, manifestó que ayudó a llevarlo a la clínica y desconocía cuál había sido el uniformado que disparó, por cuanto todos iban de negro³⁰.

En la denuncia presentada por el señor Mostacilla Baldomero se narraron así los hechos (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

²⁹ Fls. 26 y 27 del cuaderno 2.

³⁰ Fls. 29 y 30 del cuaderno 2.

(...) 21 de diciembre de 2014 yo estaba en mi casa cuando en el barrio hubo un asesinato de un joven en ese momento hubo una riña entre los pandilleros y la Policía el cual intervino el grupo ESMAT (sic) los cuales fueron imprudentes al no solo atacar a los pandilleros sino también a las viviendas que no tenían nada que ver con el problema, yo me encontraba dentro de la sala de mi casa cuando escuché dicha revuelta, como por mi cuadra viven más familiares traté de mirar abriendo un poco la puerta a ver que ocurría, cuando yo vi a un agente del ESMAT me tranquilicé, porque vi que era la autoridad, y cuando traté de cerrar contra mí él disparó unos proyectiles de goma, intentó entrar a mi casa, ocasionándome así un daño en el ojo izquierdo, el cual a la fecha me tiene incapacitado (...) yo me caí al piso, cuando reaccioné me llevaron al hospital (...)³¹.

La denuncia fue ampliada en la declaración que rindió ante la misma autoridad, en la cual reiteró que el impacto se lo propinó un miembro del Esmad, al que pudo reconocer como tal porque estaba vestido todo de negro y que la asistencia que recibió fue por parte de su compañera y familiares³².

En este punto la Sala destaca que sus declaraciones no fueron tachadas por la entidad demandada; sin embargo, por tratarse de la versión de quien actúa como víctima y actor, su dicho no será tenido en cuenta por la Sala.

En la minuta de vigilancia elaborada por la Policía Nacional se relacionó el personal que estuvo de vigilancia el 21 de diciembre de 2014 y en el libro de población se anotó el homicidio de una persona en el sector de la calle 17 con carrera 15 de Puerto Tejada y la necesidad que tuvieron de solicitar apoyo del grupo Esmad, ante la asonada que se presentó; además, se indicó que un personal de la policía resultó lesionado, sin que se hiciera referencia a la herida causada al señor Mostacilla Baldomero³³.

En la investigación adelantada por la justicia penal militar también se escuchó la declaración del patrullero Carlos Arturo Mancilla Arboleda, de la que se desprende que el día de los hechos se encontraba de servicio en Puerto Tejada y que atendió el enfrentamiento que se presentó luego de la muerte de una persona; sin embargo, ante la gravedad de los hechos, indicó que debieron llamar al Esmad, que llegó 15 minutos después con alrededor de 15 uniformados y que desconocía si algún civil había resultado herido³⁴.

³¹ Fl. 2 del cuaderno 2.

³² Fls. 88 a 91 del cuaderno 1.

³³ Fls. 37 y 38 del cuaderno 2.

³⁴ Fls. 62 a 65 del cuaderno 2.

El comandante del escuadrón antidisturbios N° 9 certificó que el 21 de diciembre de 2014 el siguiente personal tenía asignadas armas de letalidad reducida, de conformidad con la minuta de servicios, entre las cuales la Sala destaca que portaban pistolas para *paintball* (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

GD	APELLIDOS Y NOMBRES	CLASE DE ARMA DE LETALIDAD REDUCIDA	NUMERO
PT	Becerra Vergara Jefferson	Fusil lanza gas	2436
PT	Díaz Vallejo Diego	Pistola Paint ball	0051
PT	Hurtado Córdoba Jorge	Fusil lanza gas	2517
PT	Martínez Martínez Víctor	Fusil lanza gas	0641
PT	Pabón Larrate Héctor	Pistola Paint ball	0050
PT	Velasco Forero Michel	Fusil lanza gas	4467

Adicionalmente, el miembro del Esmad Diego Armando Díaz Vallejo, uno de los que portaba la pistola de *paintball* relacionada por el comandante del escuadrón antidisturbios, manifestó que el día de los hechos todos accionaron las armas asignadas porque fueron recibidos con palos y piedras, así lo expresó (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

*(...) desconozco el término balas de goma, nosotros no utilizamos ese tipo de elementos (...) estoy certificado para el manejo de la lanzadora de esferas plásticas, nosotros tuvimos que caminar varias calles para llegar al punto donde estaban aglomeradas las personas, puedo decir que desde que empezamos a caminar en cada cuadra nos lanzaban piedras, el elemento asignado se utiliza para impactar a las personas más violentas de la turba, de igual forma cada esfera tiene una cantidad de OC en polvo, es decir pimienta que al dispersarse produce una sensación de picazón en la piel y sensación de ahogo momentáneo, así como irritación mínima de las mucosas, entonces hice uso de este elemento para dispersar a los que lanzaban piedras pero no hubo la necesidad de impactar al cuerpo de la persona sino al piso donde la esfera se fractura y libera la carga OC, por lo que puedo decir que no hubo ningún lesionado físicamente (...)*³⁵.

El señor Darío Balanta Zapata, miembro del Esmad para la época de los hechos, rindió declaración en la investigación adelantada, en ella sostuvo que, para ese día, el personal asignado sí portaba una lanzadora de esferas; sin embargo, indicó

³⁵ Fls. 132 y 133 del cuaderno 2

que no sabía si algún miembro de grupo lesionó al señor Mostacilla Baldomero y no se enteró de que alguien hubiera salido herido³⁶.

El Subintendente Jhon Jairo Sarria Rivera, asignado a Puerto Tejada el día de los hechos, manifestó no recordarlos muy bien; sin embargo, al ser indagado en relación con el armamento que se les suministraba para sus funciones y la forma en la que debía ser utilizado sostuvo lo siguiente (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

*(...) los gases se deben lanzar parabólicamente o hacia el piso y los que son de impacto como los de **gomas** se deben apuntar de la cintura hacia abajo, como a las piernas (...)*³⁷.

En el mismo sentido rindió declaración el patrullero José Gregorio Becerra Palma, quien en relación con los hechos manifestó no recordarlos muy bien, desconocer que hubiera resultado algún herido e indicar que ese día solo portaba como elementos de protección su escudo y el protector corporal y que los demás elementos asignados debían utilizarse en la forma arriba descrita³⁸.

En la investigación adelantada también se pudo establecer que, el 29 de diciembre de 2014, personal de la unidad escuadrones móviles antidisturbios le solicitó al Coronel y comandante del departamento de policía del Cauca que sacara del inventario del escuadrón móvil antidisturbios N° 9 el material de intendencia, armas y municiones de letalidad reducida que se relaciona a continuación, por cuanto fue utilizado entre el 12 y el 25 de diciembre de ese mismo año, motivo por el cual ya no estaba disponible, pues en el municipio de Puerto Tejada fue atacado el grupo de vigilancia de la Policía Nacional.

Además, se relacionó el formato suscrito por cada uno de los miembros del escuadrón, en el cual se indicó el material y la cantidad empleada el 22 de diciembre de 2014³⁹, de la siguiente forma (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

<i>ELEMENTO</i>	<i>CANTIDAD</i>
<i>Cartuchos de gas calibre 37/38 MM GL 203/T</i>	<i>15</i>
<i>Cartuchos de gas calibre 40 MM GL 202</i>	<i>05</i>

³⁶ Fl. 137 del cuaderno 2.

³⁷ Fl. 157 del cuaderno 2.

³⁸ Fls. 166 a 168 del cuaderno 2.

³⁹ Fls. 145 a 150 del cuaderno 2.

Cartuchos de gas calibre 37/38 MM AM 404/12E PROYECTILES DE GOMA	14
Granadas aturdimiento y pimienta Ref. GL-308	03
Esferas de marcadora pain ball	70
Granadas de explosión múltiple ref GJ700	01
Escudo antimotín	01
Camelback extraviado	1

Si bien los formatos suscritos por cada uno de los agentes del Esmad señalan como fecha de ocurrencia de los hechos el 22 de diciembre de 2014, de la anotación realizada en el libro de población de la Policía Nacional⁴⁰, los informes rendidos y las declaraciones realizadas por los agentes que participaron ese día, la Sala puede concluir que el uso de los elementos descritos ocurrió el 21 de diciembre de ese año.

Adicionalmente, la Sala encuentra acreditado que durante la intervención de los agentes adscritos al Esmad, ese día, sí se emplearon *proyectiles de goma* y *esferas de marcadora Paint ball*, de conformidad con la solicitud de baja de los elementos descritos, desacreditando con ello lo dicho por los policías, como el Subintendente Diego Armando Díaz Vallejo, en sus declaraciones respecto de la inexistencia de dicho material.

Como resultado de la investigación adelantada por la justicia penal militar, se profirió la resolución del 20 de mayo de 2016, en la que el Juez 183 de Instrucción Penal Militar se inhibió de abrir investigación por el delito de lesiones personales, por cuanto no se identificó al causante de la lesión del señor Mostacilla Baldomero⁴¹.

4. El daño

En el presente caso se encuentra debidamente acreditado el daño alegado por los actores, consistente en la lesión padecida por el señor Yhon Eduar Mostacilla Baldomero en el ojo izquierdo, el 21 de diciembre de 2014, de conformidad con la historia clínica aportada.

5. Del régimen de imputación aplicable

⁴⁰ Fls.25 a 34 del cuaderno 3

⁴¹ Fls. 174 a 178 del cuaderno 2.

La Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012⁴², unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados en el proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria⁴³.

6. El caso concreto

La entidad demandada, en su recurso de apelación, sostuvo que en el proceso no se acreditó una falla del servicio por parte del personal que atendió los disturbios el 21 de diciembre de 2014.

De lo probado en el proceso y analizado en precedencia resulta que la lesión sufrida por el señor Mostacilla Baldomero se encuentra debidamente acreditada, puesto que la integridad física de la persona en mención resultó afectada, de acuerdo con el material probatorio al que se hizo referencia con antelación.

Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación que permita determinar si puede

⁴² Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

ser atribuido fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

Al verificar las pruebas aportadas al proceso, la Sala encuentra demostrado que en la calle en la que se encontraba ubicada la casa en la cual vivía el señor Mostacilla Baldomero, el 21 de diciembre de 2014, se presentó un enfrentamiento entre miembros del grupo Esmad, pandillas y residentes del lugar.

Se acreditó que el señor Mostacilla Baldomero se encontraba dentro de su lugar de residencia y que, con ocasión del enfrentamiento que se estaba presentando en la calle en la que él vivía, decidió abrir la puerta de su casa para verificar lo que estaba ocurriendo, momento en el cual fue impactado por un objeto contundente en su ojo; como consecuencia, cayó herido dentro de su casa.

Si bien en el proceso no se acreditó a través de algún medio probatorio el tipo de arma con la que fue impactado y quién la portaba, para la Sala, a partir del uso de medios probatorios indirectos, es factible concluir que la lesión fue causada por miembros del Esmad con sus armas de dotación oficial.

En efecto, se ha dicho que para acreditar las pretensiones de la demanda a través del uso del indicio se debe cumplir con algunos requisitos, en este caso, con el fin de establecer que la lesión causada al señor Mostacilla Baldomero se produjo por parte de un miembro del Esmad con el uso de su arma de dotación, en medio de un enfrentamiento en el cual tuvo participación la entidad demandada. Sobre tal proceso de inferencia lógica la Corte Suprema de Justicia ha precisado que (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

El indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido⁴⁴.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 26 de octubre de 2000, exp. 15610.

En similares términos, la jurisprudencia de esta Sección, respecto de la prueba indiciaria ha precisado que (se transcribe de forma literal, incluidos posibles errores):

(...) en hechos en los que en principio no resulta posible identificar a sus autores materiales, la prueba indiciaria resulta idónea y única para determinar la responsabilidad, pues aquélla compagina elementos debidamente comprobados para arribar con ellos a la certeza de otros y así mismo endilgar responsabilidad a los inculpados.

Se trata de un medio de prueba permitido que demanda la demostración del hecho indicador, para así tener como probado el inferido. En este escenario, la existencia de una serie de hechos acreditados por cualquiera de los medios probatorios previstos por la ley, estrechamente vinculados con el ilícito, conducen necesariamente a la imputación de la responsabilidad. Los indicios se constituyen en la prueba indirecta por excelencia, pues a partir de un hecho conocido y en virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de un hecho desconocido⁴⁵.

En el presente caso quedó probado que, en el barrio de residencia del señor Mostacilla Baldomero y, como consecuencia de los hechos violentos que se estaban presentando, asistieron miembros del Esmad en cumplimiento de un deber legal.

Que, de conformidad con el informe elaborado por los miembros del escuadrón, que daba cuenta del material que portaban y que fue utilizado el 21 de diciembre de 2014 para dar de baja del inventario, dos agentes portaban y dispararon balas de goma y esferas de *paintball*.

Esta información encuentra también respaldo en los testimonios tanto de los civiles como de los miembros del Esmad, quienes sostuvieron que los agentes de la entidad demandada utilizaron sus armas de dotación.

La historia clínica del señor Mostacilla Baldomero y el informe de la Junta Regional de Calificación de invalidez dan cuenta de que el actor sufrió una lesión en su ojo derecho como consecuencia del impacto de un objeto contundente.

Por tanto, la Sala concluye que la lesión sufrida por el señor Mostacilla Baldomero razonable y circunstancialmente fue causada con una de las armas de dotación oficial portadas por miembros del escuadrón antidisturbios del Esmad que hizo presencia ese día con el fin de controlar los disturbios que se presentaron. Se

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P.: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 05001-23-31-000-2006-03647-01(50941).

advierte además que no obra prueba de que en el enfrentamiento los policías debieron repeler agresiones con arma de fuego o connotación parecida.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala precisa que no hay evidencia de que la lesión padecida por el señor Mostacilla Baldomero hubiera sido consecuencia del uso arbitrario de la fuerza en su contra por parte de los miembros del escuadrón antidisturbios.

Lo anterior, por cuanto las personas que rindieron testimonio en el proceso únicamente hicieron referencia a que el actor recibió el disparo cuando abrió la puerta de su casa; quien disparó se encontraba vestido de negro en medio de disturbios al amanecer y, específicamente, dijeron que no podían reconocer al agente que había causado la lesión, sin que la Sala cuente con más información en relación con la forma y los motivos por los cuales resultó herido el actor.

Ahora bien, en el proceso tampoco se demostró que el señor Mostacilla Baldomero se hubiera expuesto de manera imprudente en el lugar en el que ocurrieron los hechos. En efecto, se probó que el impacto fue recibido por la víctima mientras se encontraba en el interior de su vivienda, lugar en el cual fue auxiliado por su compañera y vecinos, quienes afirmaron en los testimonios que lo sacaron del lugar para ser atendido en urgencias.

No fue probado por parte de la entidad demandada que el señor Mostacilla Baldomero hubiera intervenido activamente en los disturbios que se presentaron ese día, que este hubiera arremetido en su contra o que hubiera hecho caso omiso a alguna solicitud hecha por parte de los agentes del Esmad y que su actuar hubiera traído como consecuencia la reacción de esos agentes en su contra.

Por el contrario, con fundamento en los informes que se rindieron por esos hechos y las declaraciones de los agentes, la Sala concluye que no lo ubican como participante de los hechos, ninguno de los uniformados lo reconoció y tampoco se registró que la entidad hubiera tenido conocimiento de que resultó herido esa madrugada.

Por tanto, ante la ausencia de pruebas que acrediten la existencia de una falla del servicio por parte de los miembros del Esmad, que tuvo lugar alguna de las

causales exonerativas de responsabilidad o que se produjo un evento de concurrencia de acciones u omisiones, la Sala estima que la responsabilidad de la Administración debe declararse desde la óptica del *régimen objetivo* y concretamente del daño especial, como pasa a explicarse a continuación.

La jurisprudencia de la Sección ha señalado que⁴⁶, como corolario del principio general de responsabilidad estatal consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado debe responder patrimonialmente por las acciones u omisiones contrarias a derecho que le sean atribuibles e incluso por aquellas conductas lícitas en cuanto unas u otras ocasionen daños antijurídicos.

De igual manera ha sido reconocida la operatividad de regímenes en los cuales no se precisa del acaecimiento de falta o falla alguna en el funcionamiento del servicio para que resulte posible deducir la responsabilidad de la entidad normativamente encargada de prestarlo; se trata de los denominados regímenes de responsabilidad “*sin culpa*” o “*sin falta*”, en los cuales la obligación de indemnizar a cargo del Estado puede ser declarada con independencia de que su actividad o la conducta –*activa u omisiva*– de sus agentes se encuentre plenamente conforme con el ordenamiento jurídico. Los referidos eventos son aquellos en los que esta Corporación ha reconocido y estructurado los catalogados como títulos jurídicos objetivos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁷.

Precisamente, esta Subsección, al resolver casos similares al que ahora se estudia, ha considerado que, en eventos como el presente, no se requiere individualizar al causante del daño para imputar responsabilidad al Estado, dada la magnitud anormal o especial del daño que da lugar a la reclamación resarcitoria, independientemente de la naturaleza del hecho que lo causó. En este sentido se ha expuesto⁴⁸:

Como consecuencia, acreditado como está que la lesión sufrida por el señor Omar Antonio Calderón Cardona fue causada en momentos en que se presentaba una confrontación entre los miembros del Escuadrón Móvil Antidisturbios -ESMAD- y un grupo de estudiantes que realizaban una protesta en el marco de un paro nacional universitario, la Sala encuentra que resulta irrelevante determinar la autoría del causante del daño para

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Bogotá D.C., 28 de febrero de 2019, radicación número: 17001-23-31-000-2009-00230-01(45831).

⁴⁷ Sentencias del 11 de febrero de 2009, Expediente 17.145 y de 26 de marzo de 2008, Expediente 16.530, entre muchas otras.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de noviembre del 2016, expediente 38.309.

imputar responsabilidad al Estado, toda vez que su declaratoria en estos precisos eventos solo exige que el daño se produzca en el marco de un enfrentamiento en el que estén involucradas fuerzas estatales, lo cual impone la necesidad de declarar la existencia de responsabilidad en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad y, por cuanto para la víctima injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de las cargas públicas que normalmente debían soportar.

Por tanto, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, el 29 de agosto de 2019, que declaró la existencia de responsabilidad en cabeza de la demandada, por cuanto la obligación indemnizatoria que se deduce proviene del imperativo de protección de la víctima en aplicación de los principios de justicia y equidad⁴⁹ y, porque, para la víctima injustamente afectada, el daño irrogado entrañó un claro rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que normalmente debía soportar.

Finalmente, en atención a que la entidad demandada funge como apelante único y cuestionó su responsabilidad, en virtud de lo decidido por la Sección Tercera en sentencia de unificación⁵⁰, se estudiarán también las indemnizaciones concedidas.

7. Perjuicios

⁴⁹ Lo antes dicho, no resulta un razonamiento novedoso, sino que, por el contrario, proviene de vieja data. En sentencia de 7 de abril de 1994, exp 9261, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, ya la Sección había dicho:

“Así las cosas, la Sala concluye que no hay prueba que permita establecer quién disparó el arma que lesionó a la menor. La confusión que se presentó en el enfrentamiento donde hubo fuego cruzado, no permite saber si fue la Policía o la guerrilla la que lesionó a la menor, sin que exista la posibilidad de practicar una prueba técnica sobre el proyectil por cuanto éste salió del cuerpo de la menor. Pero lo que sí no ofrece ninguna duda es que la menor sufrió un daño antijurídico que no tenía por qué soportar, en un enfrentamiento entre fuerzas del orden y subversivos y si bien es cierto aquellas actuaron en cumplimiento de su deber legal, la menor debe ser resarcida de los perjuicios sufridos por esa carga excepcional que debió soportar; por consiguiente, la decisión correcta fue la tomada por el a - quo, en virtud de la cual accedió parcialmente a las súplicas de la demanda”.

En caso similar al hoy estudiado, en sentencia de 8 de agosto de 2002, con ponencia del Dr. Ricardo Hoyos Duque se afirmó:

“En síntesis, son imputables al Estado los daños sufridos por las víctimas cuando éstos excedan los sacrificios que se imponen a todas las personas y en su causación interviene una actividad estatal.

“En este régimen el hecho del tercero exonerará de responsabilidad a la administración sólo cuando sea causa exclusiva del daño, es decir, cuando éste se produzca sin ninguna relación con la actividad administrativa. Pero no la exonerará cuando el daño se cause en razón de la defensa del Estado ante el hecho del tercero, porque si bien esa defensa es legítima, el daño sufrido por las víctimas ajenas a esa confrontación es antijurídico, en cuanto éstas no tenían el deber jurídico de soportar cargas superiores a las que se imponen a todos los demás asociados.

“Y todo esto sin importar quién sea el autor material del daño que se cause durante la confrontación, es decir, si durante un enfrentamiento armado entre agentes estatales y un grupo al margen de la ley, por ejemplo, se causa una lesión a un particular ajeno a esa confrontación, para efectos de establecer la responsabilidad del Estado no es necesario que la lesión haya sido causada por uno de sus agentes” (Negritas fuera de texto).

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 6 de abril de 2018, C.P. Danilo Rojas Betancourth, exp. 46005.

El tribunal de instancia accedió al reconocimiento de 60 SMLMV por concepto de perjuicios morales en favor de la víctima directa del daño, de Emily Saray Mostacilla Restrepo, Sair Jardany Mostacilla Restrepo e Ingy Yurisay Restrepo Mina⁵¹, los cuales se encuentran ajustados a la jurisprudencia de esta Corporación, como pasa a explicarse.

La Sala Plena de la Sección, en sentencia de unificación, consolidó las directrices para la indemnización del daño moral en los eventos en los cuales se reclama por la responsabilidad del Estado con ocasión de lesiones personales imputables a la administración; al respecto, precisó:

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

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso⁵².

⁵¹ Su parentesco se acreditó a través de la copia de los registros civiles de nacimiento obrantes de folios 45 a 52 del cuaderno principal y de los testimonios rendidos dentro de la investigación adelantada por la justicia penal militar, que dan cuenta de que la señora Ingy Yurisay Restrepo Mina y el señor Yhon Eduar Baldomero Mostacilla era compañeros permanentes.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz, Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014), Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172).

Así, según la jurisprudencia de la Sala, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión se convierte en el referente concreto para ubicar, dentro de los parámetros establecidos en la sentencia de unificación, el *quantum* indemnizatorio que le corresponde a quien alegue el perjuicio moral, como víctima directa o indirecta del daño.

Al descender al caso concreto, la Sala advierte que se allegó la valoración del señor Mostacilla Baldomero por parte de una junta de calificación de invalidez, en la cual se determinó la pérdida de capacidad equivalente al 39,20%, por tanto, la indemnización que procedía para la víctima directa del daño, cada una de sus hijas y su compañera, equivale a 60 SMLMV, como efectivamente reconoció el tribunal.

Lo mismo ocurrió en relación con el daño a la salud, el cual fue concedido únicamente en favor de la víctima directa del daño, de conformidad con lo establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera⁵³, la cual adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad sicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida de relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud.

En el presente caso, se advierte que el señor Mostacilla Baldomero sufrió una deformidad física que afecta su cuerpo de manera permanente y que le produjo una pérdida de capacidad del 39,20%, motivo por el cual la Sala confirmará el monto concedido por el tribunal de instancia equivalente a 60 SMLMV.

8. Costas

8.1. Procedencia de la condena en costas

De conformidad con el artículo 188 del CPACA y con la disposición especial del artículo 365 del CGP, para el caso particular procede la condena en costas a cargo de la parte vencida *-a la cual se le resuelve desfavorablemente el recurso de apelación-*, esto es, a la demandada.

⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth y exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

La liquidación de las costas se debe adelantar de manera concentrada en el Tribunal que conoció del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo que dispone el artículo 366 del Código General del Proceso.

8.2. Fijación de agencias en derecho en segunda instancia

El Acuerdo 10554 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, vigente para la fecha en que se presentó la demanda, estableció las tarifas de agencias en derecho. En cuanto a los criterios y a la fijación de las tarifas en los asuntos contencioso administrativos, el artículo 2 del referido Acuerdo dispuso que debía tenerse en cuenta la naturaleza, la calidad y la duración útil de la gestión por el apoderado, así como la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes.

A su vez, en los “*procesos declarativos en general*”, las agencias en derecho en **segunda instancia** deben fijarse entre 1 y 6 salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispuso el artículo 5.1. del Acuerdo PSAA16-10554⁵⁴; además, de conformidad con lo previsto en el artículo 2 del referido Acuerdo, se advierte que, como la gestión procesal del apoderado fue consistente y no revistió complejidad especial, las agencias en derecho se fijarán en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la parte actora.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida el 29 de agosto de 2019, por el Tribunal Administrativo del Cauca.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, por la segunda instancia, a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en favor de la parte actora.

Para el efecto, las agencias en derecho de la segunda instancia se fijan en 2 SMLMV en favor de la parte actora.

⁵⁴ “Artículo. 5—**Tarifas.** Las tarifas de agencias en derecho son:
“1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL
“(...)”.
“En segunda instancia entre 1 y 6 S.M.L.M.V. (...)”.

Las costas se liquidarán de manera concentrada en el Tribunal *a quo*.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

VF