

DAÑO ANTIJURIDICO - Noción. Concepto / IMPUTACION JURIDICA - Noción. Concepto

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. (...) La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y por el que, por lo tanto, en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación, bien sea a través del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto de daño antijurídico, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de junio de 1991, exp. 6454, C.P. Julio César Uribe Acosta y 6 de junio de 2007, exp. 16460, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

PRUEBA TRASLADADA - Ratificación en el proceso contencioso administrativo. Requisito de contradicción / PRUEBA TRASLADADA – Valoración de testimonios / PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio. Eficacia probatoria

(...) el A quo erró al negarle mérito probatorio a los testimonios rendidos en el curso de los procesos penal y disciplinario que por los mismos hechos que son objeto de esta acción se siguieron en contra de los ahora llamados en garantía y que, junto con todo el expediente, se trasladaron a este proceso a petición de la parte actora el primero y de ella y los llamados en garantía el segundo, dado que dichas pruebas testimoniales fueron practicados por la entidad demandada con intervención de los agentes de policía vinculados a este litigio, es decir con participación de ambos, circunstancia que torna en innecesaria la ratificación de la que trata el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y que, en aplicación del artículo 158 ibídem, permite que sean valorados en este juicio. En efecto, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corporación, tales pruebas pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo sin necesidad de ratificación, porque fueron practicadas por la entidad en contra de la cual se aducen (...).

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 158 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 229

NOTA DE RELATORIA: Sobre el valor probatorio de las pruebas trasladadas, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 18 de septiembre de 1997, exp. 9666; 19 de septiembre de 2002, exp. 13399; 4 de diciembre de 2002, exp. 13623; 29 de enero de 2009, exp. 16975 y 31 de marzo de 2011, exp. 19769.

USO PRIVATIVO DE LA FUERZA POR PARTE DEL ESTADO - Límites. Dignidad humana. Derechos fundamentales / USO PRIVATIVO DE LA FUERZA POR PARTE DEL ESTADO - Principio de necesidad. Principio de proporcionalidad / USO INDEBIDO DE LA FUERZA - Falla del servicio

Ahora bien, según lo demuestran las probanzas que obran en el expediente, y más específicamente los testimonios que vienen de verse, porque al respecto son coincidentes y coherentes, las maniobras adelantadas por los agentes de policía con el propósito de detener la huida de los motociclistas sobrepasaron los límites

de la prudencia, ya que es posible prever razonablemente las consecuencias negativas que tiene la potencialidad de ocasionar la acción de tomar por el brazo al conductor de una motocicleta que, como ya quedó acreditado, se desplazaban a una alta velocidad, tal y como en efecto sucedió en este caso. Así las cosas, y teniendo en cuenta que el uso privativo de la fuerza por parte del Estado debe desarrollarse dentro del marco de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales, que por ello su utilización está regida por los principios de necesidad y proporcionalidad y que para su materialización debe evaluarse que la medida que se adopte, además de ser estrictamente necesaria, sea, dentro de las eficaces, la menos perjudicial para la integridad física del sujeto infractor, es posible concluir que, pese a que en este evento era indudable la necesidad de acoger una determinada acción para repeler el actuar ilegal de los motociclistas, el procedimiento que se desarrolló para tales efectos excedió el uso debido de la fuerza, ya que sobrepasó los límites del actuar legítimo de la institución para convertirlo en desproporcionado, hecho que constituyó una falla en la prestación del servicio que contribuyó en la producción del daño por el cual se reclama indemnización y que compromete la responsabilidad de la demandada por haber sido ejecutado por sus miembros durante el ejercicio propio de sus funciones.

CONCURRENCIA DE CAUSAS - Hecho de la víctima. Reducción proporcional del monto de la condena

No empero lo anterior, del material probatorio obrante en el plenario también es posible establecer que dicho yerro no constituyó la causa única y exclusiva del lamentable suceso, por cuanto, como se verá, se presentaron circunstancias adicionales al procedimiento adoptado por los agentes de policía involucrados que confluyeron, al igual que éste, en la producción del daño por el cual se pretende reparación. En efecto, y a pesar de que no es posible establecer el grado de alcoholemia que presentaba el actor al momento del accidente, si se encuentra acreditado que aquel, además de desplazarse con sobrecupo lo hacía en estado de alicoramiento, pues todos los declarantes, incluyendo al actor, manifestaron haber ingerido bebidas embriagantes esa noche, circunstancias que se corrobora con lo consignado en la historia clínica del paciente el día del accidente, según la cual éste presentaba aliento alcohólico e inestabilidad en la marcha. En esas condiciones, y como ya se dejó establecido con anterioridad, los motociclistas pretendían eludir la acción policial y para ello se desplazaban a una alta velocidad haciendo caso omiso de las indicaciones de los agentes, circunstancias todas éstas que aunadas al hecho probado de que las condiciones de visibilidad de la zona en donde se produjo el accidente de tránsito no eran óptimas, sino que, por el contrario, eran muy reducidas y al uso excesivo de la fuerza utilizada por parte de los miembros de la demandada, fueron en conjunto las que ocasionaron el accidente de los ya conocidos resultados. En consecuencia, y dado que en el presente caso se encuentra demostrada la falla en el servicio que se imputa en cabeza de la entidad accionada como una de las causas que dieron lugar al daño antijurídico por el cual se demanda, deberá revocarse la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se la condenará, en la proporción que le corresponda, al pago de los perjuicios a que haya lugar (...) teniendo en cuenta las circunstancias en las que se produjo el daño y las lesiones sufridas por el señor Guauña Gaviria, la Sala, al tomar como punto de partida el arbitrio judicial, con fundamento en la forma como ocurrieron los hechos y el grado de participación que en el desarrollo de los mismos tuvieron tanto la parte demandante como los miembros de la entidad demandada, para determinar el monto de la reparación condenará a la institución policial a pagar el valor equivalente al 40% de cada una de las condenas (...).

PERJUICIOS MORALES - Función satisfactoria / PERJUICIOS MORALES - Tasación. Arbitrio judicial. Prueba. Magnitud del daño / PERJUICIOS MORALES - Reparación integral. Equidad

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufren un daño moral calificado como antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada sin duda por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. En el mismo sentido, se ha determinado que es razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto ha de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: “la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.”

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16

NOTA DE RELATORIA: Sobre perjuicios morales, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2004, exp. 14950.

PERJUICIO POR LA ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Evolución jurisprudencial / PERJUICIO POR LA ALTERACION GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA - Concepto

(...) la jurisprudencia de la Corporación desde el año 2007 y ya en varias oportunidades ha señalado que las denominaciones de perjuicio fisiológico y daño a la vida de relación se encuentran inmersas dentro de una categoría que abarca una reparación más amplia que se ha denominado perjuicio de “alteración a las condiciones de existencia”, denominación que se adoptó para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras, denominación que acoge la Sala para efectos de evaluar la solicitud de indemnización que por este concepto de reclama.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 4 de junio de 2008, exp. 15657, C.P. Myriam Guerrero de Escobar; 15 de agosto de 2007, exp. AG 2003–385, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; 1 de diciembre de 2008, exp. 17744, C.P. Enrique Gil Botero.

LUCRO CESANTE POR LESIONES FISICAS - Concepto. Procedencia

Cuando se trata de lesiones físicas, el lucro cesante está determinado por la disminución de capacidad para laborar, entendida como la pérdida o aminoración de la posibilidad de ejercer una actividad lucrativa empleando el 100% de su capacidad de trabajo, o dicho de otra manera, es el porcentaje de ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del daño sufrido que ha

ocasionado la imposibilidad en determinada proporción para desarrollar una actividad económica.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Régimen legal. Presupuestos. Requisitos. Finalidad / ACCION DE REPETICION - Régimen legal. Presupuestos. Requisitos. Finalidad

El artículo 90 de la Constitución Política consagra en su inciso primero una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado frente a sus víctimas y en el inciso segundo estipula la responsabilidad personal y patrimonial de los agentes estatales, la cual se estructura a título de dolo o culpa grave cuando por su actuar el Estado es condenado a la reparación de daños, por lo que recae en éste la obligación de repetir contra aquellos. (...) En desarrollo de este segundo inciso se expidió la Ley 678 de 2001, por la cual se reglamentó la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición. No obstante, antes de esta ley la acción de repetición era regulada por los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, en los que se consagró la posibilidad de que la entidad que resultare condenada pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena. (...) De acuerdo con lo establecido en tales normativas, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición deben concurrir y reunirse los siguientes presupuestos y requisitos: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas. Como se dijo, la ley 678 de 2001 regula la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado bajo dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. La norma determina la finalidad de la acción, la obligatoriedad de las entidades del estado en promoverla, sus aspectos procesales, el llamamiento en garantía y las medidas cautelares procedentes. Incluye también las definiciones de dolo y culpa grave y sus presunciones.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 90 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 95 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 121 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 122 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 124 / LEY 678 DE 2001 - ARTICULO 30 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 78 / DECRETO LEY 150 DE 1976 / DECRETO LEY 222 DE 1983 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 63 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2341 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULOS 65 A 70 / LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 54 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 31 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 44 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 40 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 42

NOTA DE RELATORIA: Sobre la normatividad de la acción de repetición y la aplicación de la ley 678 de 2001, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 17482; 5 de diciembre de 2006, exp. 22056; 2 de mayo de 2007, exp. 18621; 20 de septiembre de 2007, exp. 26708; 3 de octubre de 2007, exp. 24844 y 4 de diciembre de 2007, exp. 26709.

LLAMAMIENTO EN GARANTIA CON FINES DE REPETICION - Tránsito legislativo / ACCION DE REPETICION - Tránsito legislativo

Ahora bien, en tanto que dicha Ley entró a regir a partir del 4 de agosto de 2001, se plantea un conflicto con los hechos ocurridos antes de su vigencia, a los cuales les sería aplicable el marco normativo que reguló la acción antes de la ley 678 de 2001. (...) en el sub judice, si los hechos que dan lugar a la acción de repetición son posteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, son aplicables sus definiciones y presunciones de dolo y culpa grave; pero si los hechos son anteriores a la Ley 678, en lo referente a dolo y culpa grave se debe aplicar la normatividad vigente al momento de la comisión de la conducta. En esta última situación se aplican las reglas del Código Civil, artículos 63 y 2341, las cuales en su momento fueron armonizadas por la jurisprudencia de la Corporación con las disposiciones del artículo 6 y 91 de la Constitución. (...) En los aspectos procesales, dado su carácter de orden público, la Ley 678 de 2001 se aplica para los procesos que estuvieran pendientes o en curso al momento de su vigencia, sin perjuicio de la ultractividad de las normas anteriores sobre actos procesales iniciados antes de su vigencia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 6 / CONSTITUCION DE 1991 - ARTICULO 91 / LEY 678 DE 2001 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 63 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 2341

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tránsito legislativo de la acción de repetición, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 17482 y 20 de septiembre de 2007, exp. 26708.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil once (2011)

Expediente: 19001-23-31-000-1996-03006-01(20496)

Actor: MARINO GUAUÑA Y OTROS

Demandada: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: REPARACION DIRECTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 19 de enero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en la ciudad de Cali, por medio de la cual se despacharon negativamente las pretensiones de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

Los señores **JAVIER MARINO GUAUÑA GAVIRIA, MARINO GUAUÑA, RAQUEL GAVIRIA, LUZ MILA GUAUÑA GAVIRIA y ZULMA ROCIO SUAREZ**, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa instaurada en contra de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL** -, solicitaron que, previa citación y audiencia de la parte demandada y del Ministerio Público, se la declare administrativamente responsable por todos los perjuicios que les fueron irrogados con ocasión de las graves lesiones corporales sufridas por el primero de ellos en hechos ocurridos el 1 de junio de 1996 en la ciudad de Popayán, en donde, presuntamente, miembros de la Policía Nacional de manera imprudente ocasionaron un accidente de tránsito. Consecuentemente, solicitaron que se la condene a pagar a su favor indemnización:

- Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) a favor de Javier Guauña Gaviria.
- Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000).
- Por concepto de perjuicios morales el equivalente en moneda nacional a mil (1.000) gramos de oro fino para cada uno de los demandantes.
- Por concepto de perjuicio fisiológico la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000) a favor de Javier Marino Guaña Gaviria.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones expusieron los que la Sala se permite resumir de la manera que sigue:

El 1 de junio de 1996 a la 1:00 a.m. el actor se desplazaba en una motocicleta en compañía de su compañera permanente, de un amigo y de otro grupo de personas que también se trasportaban en motocicletas y que venían desde un estadero con destino a su residencia. Al pasar por cercanías del barrio El Cadillal de la ciudad de Popayán, dos agentes de la Policía Nacional quienes también se desplazaban en motocicleta, le señalaron al señor Guauña Gaviria que se detuviera, para lo cual realizó un giro en procura de acercarse a la acera, instantes en los cuales los demás motociclistas aceleraron sus vehículos y se alejaron del lugar, circunstancia que confundió al agente de policía que se encontraba de parrillero, quien asumió que la moto en la que se desplazaba el demandante también pretendía huir, por lo que alargó su mano tomándolo del brazo y ocasionó la caída de las dos motocicletas, lo que produjo graves lesiones en el rostro y en el brazo, lo mismo que a su compañera, quien se encontraba en estado de embarazo e, incluso, lesiones en su propia mano. Derribados en esa forma los miembros de la institución accionada pretendieron agredir con maltratos de obra y palabra a los accidentados, sin tener en cuenta que los acontecimientos se suscitaron a causa de su proceder irregular, puesto que la moto detenida se movilizaba a baja velocidad y no pretendía eludir la acción policial como erróneamente lo creyó el agente. Posteriormente, después de varias súplicas, se permitió el desplazamiento de los lesionados a la Clínica Santillana donde fueron atendidos.

La demanda presentada el 9 de septiembre de 1996¹, fue admitida por auto del 19 de septiembre de la misma anualidad² y notificada en legal forma al Ministerio

¹ Folios 17 del expediente.

² Folios 19 y 20 del expediente.

Público el 19 de las mismas calendas³ y a la entidad demandada el 8 de octubre del mismo año⁴.

La Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional dio contestación al libelo para oponerse a las pretensiones e indicó que los sucesos por los cuales se demanda correspondieron a un procedimiento policial encaminado a retener unos motociclistas, siendo un modus operandi rutinario en todas partes por los altos índices de ilícitos que se cometen con este tipo de vehículos y que, en consecuencia, debía probar la parte actora en qué circunstancias se produjeron dichos acontecimientos y si de conformidad con ellos cabía alguna responsabilidad extracontractual en cabeza de la administración⁵.

El Ministerio Público, mediante memorial que obra a folio 26 del expediente, llamó en garantía con fines de repetición a los agentes de policía Orlando José Ruíz Rincón y Husen Muñoz Molano relacionados en la demanda como responsables de los perjuicios que la originan, para efectos de establecer si actuaron con culpa grave o dolo, llamamiento que fue resuelto favorablemente a través de proveído de 17 de abril de 1997⁶. Los llamados en garantía fueron notificados el 8 y 9 de mayo de 1997, respectivamente⁷.

Los agentes de policía vinculados al proceso contestaron la demanda para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones y para ello manifestaron, de manera unísona, lo que la Sala se permite resumir, así:

En cuanto a la aseveración de que no prestaron ayuda inmediata a los lesionados, señalaron que ésta no encuentra fundamento en la realidad, porque aquellos fueron conducidos por el Subintendente Rossemberg Castellanos Hernández al establecimiento de salud donde los atendieron, quien así lo depuso en declaración rendida dentro del proceso disciplinario que por los mismo hechos que originaron esta acción, se adelantó en contra de los ahora llamados en garantía.

Para efectos de controvertir lo narrado por los demandantes, relataron que en el momento de los hechos se encontraban juntos haciendo turno y que el agente Muñoz Molano se percató de la presencia de 7 motocicletas que se desplazaban sobre el sector de la calle 1ª con carrera 13 con sobrecupo, esto es, con tres personas en cada una de ellas, por lo que, en cumplimiento de sus deberes, su compañero, el agente Ruíz Rincón, procedió a hacerles la señal de pare para realizar la requisa respectiva y, previendo que los conductores se encontraban fuera del horario permitido para conducir dicha clase de vehículos (de conformidad con el Decreto 048 de 31 de enero de 1995, el horario permitido era de 5:30 a.m. a 11:00 p.m.) y que, además, estaban en estado de embriaguez, procedieron a detenerlos, pero los motociclistas se dieron a la fuga para evadir la acción de los uniformados, lo que tuvo como consecuencia que resbalaran sobre un montículo que se encontraba en esa parte de la calle, causándose las lesiones por las cuales demandan. Relatados así los hechos, concluyen que en este caso es manifiesta la culpa exclusiva de la víctima.

Agregaron, además, que el señor Guaña no se dejó practicar el examen de alcoholemia al momento de llegar a la Clínica Santillana donde fue atendido,

³ Folio 23 del expediente.

⁴ Folio 24 del expediente.

⁵ Folios 28 a 31 del expediente.

⁶ Folios 35 a 37 del expediente.

⁷ Folios 40 y 41 del expediente.

debido al estado de alicoramiento en el que se encontraba, circunstancia que, según afirman, es posible de corroborar precisamente con la declaración rendida por aquel dentro del proceso disciplinario que por estos mismos hechos se siguió en su contra, proceso en el que fueron absueltos al no encontrarse negligencia ni desproporción en su actuar⁸.

Concluido el término probatorio, por auto de 18 de enero de 1999 se corrió traslado para alegar de conclusión⁹, oportunidad procesal de la que hicieron uso la parte actora y los llamados en garantía, quienes insitieron en los argumentos presentados en la demanda y en su contestación, respectivamente¹⁰. La demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

I.I.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en la ciudad de Cali, mediante sentencia proferida el 19 de enero de 2001 despachó negativamente las pretensiones de la demanda. Para arribar a tal decisión el *A quo* manifestó, previo análisis del acervo probatorio obrante en el plenario y más específicamente del informe de novedad, del informe de accidente de tránsito, de las declaraciones rendidas por lo señores Juan Pablo Hermida y Libardo Sánchez Machado, así como de los decretos 130 de 25 de septiembre de 1991 y 048 del 31 de enero de 1995, que se debía atender la versión rendida por los policiales llamados en garantía, debido a que lo que da cuenta dicho material demostrativo es que los policiales actuaron legítimamente y, también, que fue el propio demandante quien creó el ambiente propicio para que resultara lesionado al conducir una motocicleta en estado de embriaguez, con sobrecupo, a una hora prohibida y, además, al emprender la huida sin atender el llamado realizado por la autoridad¹¹.

I.II.- EL RECURSO DE APELACION

La parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia con el objeto de que se revocara y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su inconformidad, adujo que en el caso de autos se reúnen a cabalidad todos los requisitos para fundamentar una condena en cabeza de la demandada, esto es, un hecho constitutivo de falla en el servicio consecuencia del actuar imprudente de los agentes de policía que se encontraban en servicio activo y que provocaron el plurimencionado accidente de tránsito; un daño antijurídico, dadas las graves lesiones que el señor Guauña sufrió y una relación de causalidad entre ellos, por cuanto dichas lesiones fueron producto del citado accidente.

Manifestó que no comparte los planteamientos expresados en la sentencia respecto de que fue el actor quien creó el ambiente propicio para que resultara lesionado, porque si bien es cierto que aquél se encontraba conduciendo una motocicleta en la que se desplazaba junto con su compañera permanente en horas de la noche, lo cual estaba prohibido, también lo es que tal conducta constituye una infracción menor de tránsito, pero no fue la causa determinante del daño, dado que está probado dentro del proceso que fueron los agentes de policía señalados quienes sin previo aviso y sin que existiera un retén organizado en

⁸ Folios 42 a 53 del expediente.

⁹ Folio 86 del expediente.

¹⁰ Folios 88 a 94 del expediente.

¹¹ Folios 102 a 112 del cuaderno principal.

debida forma optaran sorpresivamente por interceptar al actor tomándolo por el brazo y causando el accidente de las consecuencias ya conocidas. Agregó también que acerca del supuesto estado de embriaguez en el que según los policiales implicados se encontraba el señor Guauña no obra prueba en el proceso que así lo acredite.

Indicó, además, que en cuanto a las pruebas testimoniales rendidas dentro del proceso penal adelantado en contra de los citados agentes por los mismos hechos que dieron origen a la presente acción y que no fueron valorados en primera instancia por no cumplir con los requisitos procesales pertinentes para ello, tampoco le asiste razón al *A quo*, porque dicha investigación penal se adelantó ante el Juzgado 62 de Instrucción Penal Militar, esto es, ante la misma entidad que se demanda y en contra de los llamados en garantía, en consecuencia, mal puede decirse que los mismos no cumplen con los presupuestos de la prueba trasladada para efectos de su valoración probatoria.

Finalmente, señaló que en la investigación disciplinaria que se adelantó en contra de los policiales vinculados a este proceso se profirió una primera providencia que los responsabilizó por los ya referidos hechos, al considerar que cuando trataron de inmovilizar la motocicleta infringieron el Reglamento de Disciplina de la Policía Nacional, Decreto 2584 del 22 de diciembre de 1993, porque realizaron un procedimiento en forma imprudente, extralimitándose en el uso de la fuerza, utilizando métodos no justificables ni necesarios para detener los vehículos y sin las precauciones necesarias para el caso, causando, en consecuencia, el accidente en donde tres personas resultaron lesionadas, pero que, sin embargo, la citada providencia fue declarada nula porque los pliegos de cargos habían sido mal formulados y, consecuentemente, se realizó una segunda calificación de la conducta de los agentes totalmente parcializada, en la cual se ordenó la cesación de todo procedimiento disciplinario en su contra por razonar que la actuación policial que desarrollaron estuvo ajustado a la ley¹².

El recurso presentado el 16 de abril de 2001¹³, fue admitido por auto del 26 de junio de 2001¹⁴, ejecutoriado éste, mediante proveído del 30 de julio de 2001¹⁵ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo. Término procesal del que hizo uso la parte demandada para solicitar que se confirme la providencia de primera instancia, al considerar que se probó dentro del proceso que la actuación de los policías fue legítima¹⁶.

La parte demandante, los llamados en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto:

II.- CONSIDERACIONES

¹² Folios 120 a 129 del Cuaderno Principal.

¹³ Folio 115 del Cuaderno Principal.

¹⁴ Folio 134 del Cuaderno Principal.

¹⁵ Folio 136 del Cuaderno Principal.

¹⁶ Folios 138 a 140 del Cuaderno Principal.

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en la ciudad de Cali el 19 de enero de 2001, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la pretensión mayor se estimó en la demanda en cien millones de pesos (\$100.000.000) por concepto de lucro cesante, mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$13.460.000 (Decreto 597 de 1988).

Toda vez que la alzada se interpone por la parte demandante en contra de una sentencia desestimatoria de sus pretensiones, la Sala no tiene limitación alguna al momento de resolver el presente asunto.

2. Ejercicio oportuno de la acción.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados –decía la norma en la época de presentación de la demanda¹⁷- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra se origina en los daños sufridos por los demandantes por las lesiones ocasionadas a Marino Guña el 1 de junio de 1996, lo que significa que los demandantes tenían hasta el día 1 de junio de 1998 para presentar oportunamente su demanda, y como ello se hizo el 9 de septiembre de 1996, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley¹⁸.

3. Régimen de responsabilidad

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

Ahora bien, de conformidad con los hechos relatados en la demanda y en la contestación de la misma, resulta del caso señalar que el régimen de responsabilidad que gobierna el asunto es el de la falla del servicio, en virtud del cual corresponde a la parte actora demostrar los elementos fundamentales de la responsabilidad, a saber, el daño antijurídico padecido, la falla en la prestación del servicio, ya sea porque éste no se prestó o se prestó de manera tardía o deficiente y, finalmente la imputación de este daño antijurídico a la entidad.

¹⁷ Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989, artículo 23.

¹⁸ Folio 17 del expediente.

4. El caso concreto

4.1. Daño antijurídico

El daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la Doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991¹⁹ hasta épocas más recientes²⁰, como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Según se desprende del texto de la demanda, el daño antijurídico que se pretende sea reparado consistió en las lesiones causadas al señor Javier Marino Guauña Gaviria en hechos ocurridos el 1 de junio de 1996 en cercanías del barrio El Cadillal de la ciudad de Popayán, en donde, presuntamente, sufrió un accidente como consecuencia del actuar negligente e imprudente de dos miembros de la Policía Nacional que pretendían inmovilizar la motocicleta en la que se desplazaba.

Revisado el material probatorio que obra en el proceso, especialmente la historia clínica del señor Javier Marino Guauña remitida por el Gerente de la Clínica Santillana mediante oficio del 9 de septiembre de 1997 en el que informa que aquella es fiel copia del original que reposa en la institución²¹, se constató que a la 1:30 a.m. del 1 de junio de 1996 el actor ingresó al centro médico “*con traumas múltiples por accidente en moto que manejaba*”, “*múltiples laceraciones en cara, fx huesos nasales con pérdida de tejidos blandos...*”²²

Así mismo, a folio 146 de la referida histórica clínica, se observa:

“M.C. Accidente automovilístico.

E.A. por accidente en moto hace 1 hora con trauma en cara no pérdida de conocimiento.

...

Cara laceraciones cigomático bilateral y nariz hay perdida (sic) de tejido de piel en el dorso nasal área derecha perdida (sic) de tejido irregular 3x2 cm no desviación de tabique.

Ext MSI hay edema en dorso mano sobre 2-3ro y 4º dedo mano no limitación al movimiento y dolor en la zona...”

Según dictamen médico laboral proferido el 28 de enero de 1998 por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional Cauca, División de Empleo y Seguridad Social, realizado con fundamento en la historia clínica del actor remitida por el Centro Médico Quirúrgico Santillana en la que se refiere que fue atendido el 1 de junio de 1996 por accidente en moto encontrándose: “*1. Fractura de huesos del carpo mano izquierda (comprobado por radiografía), herida en dorso nasal derecho con pérdida de tejido*”, en examen médico legal realizado el 5 de junio de 1996 y en examen físico, el señor Javier Marino Guauña Gaviria presenta

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 27 de junio de 1991, C. P. Dr. Julio César Uribe Acosta, expediente 6454.

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 6 de junio de 2007, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio, expediente N° 16460.

²¹ Folio 127 del cuaderno de pruebas.

²² Folio 134 del cuaderno de pruebas.

deficiencia laboral de 15.50%, minusvalía laboral de 3.35%, para un total de incapacidad permanente parcial de 18.75%²³.

4.2. Imputabilidad

La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por lo tanto en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de responsabilidad; esto del régimen subjetivo (falla en el servicio) o del régimen objetivo (riesgo excepcional y daño especial).

Así entonces, como quiera que el régimen de responsabilidad que gobierna el caso de autos ya se encuentra determinado y teniendo en cuenta que dentro del proceso está probado el daño causado al demandante, la Sala pasará a analizar si aquél es imputable jurídicamente a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Para ello, y previo a realizar el análisis probatorio del material demostrativo obrante en el plenario, advierte la Sala que, tal como lo señaló la parte apelante, el *A quo* erró al negarle mérito probatorio a los testimonios rendidos en el curso de los procesos penal y disciplinario que por los mismos hechos que son objeto de esta acción se siguieron en contra de los ahora llamados en garantía y que, junto con todo el expediente, se trasladaron a este proceso a petición de la parte actora el primero y de ella y los llamados en garantía el segundo, dado que dichas pruebas testimoniales fueron practicados por la entidad demandada²⁴ con intervención de los agentes de policía vinculados a este litigio, es decir con participación de ambos, circunstancia que torna en innecesaria la ratificación de la que trata el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil y que, en aplicación del artículo 158 *ibídem*, permite que sean valorados en este juicio²⁵.

En efecto, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corporación, tales pruebas pueden ser valoradas dentro del proceso contencioso administrativo sin necesidad de ratificación, porque fueron practicadas por la entidad en contra de la cual se aducen, tal como se extrae de la providencia que la Sala se permite traer al proceso, así:

“Ahora bien, respecto de los testimonios rendidos ante la jurisdicción penal militar, se debe tener en cuenta lo afirmado por la Sala en otras ocasiones, en el sentido de que, en casos como el que es objeto de estudio, tales pruebas pueden ser valoradas, pues se practicaron con audiencia de la parte contra quien se aducen. En efecto, ha dicho lo siguiente:

²³ Folios 71 y 72 del expediente.

²⁴ La investigación disciplinaria se surtió ante la Oficina de Investigación y Disciplina de la Estación de Policía de Popayán y la penal ante el Juzgado Sesenta y Dos de Instrucción Penal Militar del Departamento de Policía Cauca. Ver folios 55 a 122 y 180 a 290 del cuaderno de pruebas.

²⁵ Al respecto, resulta pertinente hacer referencia a las consideraciones expuestas por esta Corporación en sentencias del 18 de septiembre de 1997 (Exp. 9.666) y del 29 de enero de 2009 (Exp. 16.975) y reiteradas recientemente en providencia del 31 de marzo de 2011 (Exp. 19.769) en el siguiente sentido:

“Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente. (...)

“ ‘... Sobre este punto, es pertinente advertir que, si bien los testimonios rendidos en la citada investigación penal no fueron objeto de la ratificación exigida en el artículo 185 (sic) del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso contencioso administrativo en razón de la remisión que en materia probatoria expresamente consagra el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el reiterado criterio fijado por la Sala sobre el particular, dichos testimonios pueden y deben ser válidamente valorados, por cuanto fueron practicados por la propia entidad en contra de quien se pretenden hacer valer, es decir, con su previo y pleno conocimiento’ ”²⁶

En sentido semejante se pronunció la misma providencia respecto de las pruebas practicadas en proceso disciplinario, respecto de las cuales razonó:

“Por otra parte, en relación con las pruebas practicadas en la investigación disciplinaria, que por su naturaleza es administrativa por cuanto es practicada por la misma entidad pública, la Sala ha sostenido:

“ ‘... Los testimonios antes citados hacen parte de la respectiva investigación disciplinaria que, si bien no fueron ratificados en el presente proceso contencioso administrativo, sí pueden ser válidamente considerados en éste, por cuanto se trata de medios de prueba que hacen parte de la investigación adelantada por la propia entidad demandada, esto es, la Policía Nacional y, que por lo tanto, fueron practicados con su pleno conocimiento, cuya incorporación al proceso se decretó y efectuó a petición de la parte demandante. ’²⁷

En ese contexto, y una vez revisado el expediente en su integridad, encuentra la Sala probado que aproximadamente a la 1:30 a.m. del 1 de junio de 1996 se presentó un accidente de tránsito en la calle 1 con carrera 13 de la ciudad de Popayán en el que se vieron involucrados tres civiles que se desplazaban en una motocicleta y dos agentes de la Policía Nacional que utilizaban el mismo medio de transporte.

Así en efecto lo reportan los informes de novedad y de accidente de tránsito que obran en copia auténtica a folios 57, 95, 194, 196 y 204 de este proceso, provenientes del expediente N° 039 de investigación disciplinaria y del correspondiente a la investigación penal trasladados, respectivamente, información que, además, se constata con las declaraciones y testimonios que obran en el proceso contencioso administrativo, en el disciplinario y en el penal y sobre la cual no existe controversia alguna.

Ahora bien, en lo que respecta a las circunstancias de modo que dieron lugar al accidente de tránsito de las consecuencias que ya se conocen, obran en el expediente las siguientes declaraciones:

²⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia de 4 de diciembre de 2002, Exp. 13623.

²⁷ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia de 19 de septiembre de 2002, Exp. 13399.

Libardo Sánchez Machado, quien rindió testimonio dentro de este proceso y manifestó tener conocimiento de los hechos por haberlos presenciado, preguntado acerca de lo que le consta al respecto, señaló:

*“Ibamos bastantes en la moto, eran como cuatro o cinco motos, (...) nosotros estábamos tomando en Peruguinos, salimos todos, pero ninguno estaba ebrio, cuando salimos salieron unos más adelante, entonces los que íbamos más atrás nos alcanzaron dos policías que iban en una moto. Entonces como yo iba más atrás, nosotros íbamos tratando de parar, y los que iban adelante si se fueron, **entonces como nosotros no paramos al primer llamado de los Policías, a los primeros que alcanzaron fue a Guauña y a Zulma,** el policía que iba atrás en la moto la iba chuzando con el fusil a ella que iba atrás, al ver eso Guauña no paro (sic) sino que siguió, entonces fue cuando **el Policía le cogió la dirección a la moto y lo empujo** (sic) **contra una volqueta de balastro...**” (Destaca la Sala) (Folios 10 y 11 Cuaderno de Pruebas).*

El mismo declarante depuso su versión de los hechos tanto en el proceso disciplinario como en el penal. En el primero de ellos relató, en similares términos que en el anterior, lo siguiente:

*“Estábamos tomando en Peruyinos, entonces íbamos saliendo vi unos policías, veníamos de atrás y di la buelta (sic) por arriba, quedé de último por el Cadillac, cuando los dos policías que venían en una sola moto alcanzaron a los que venían adelante y el policía de hiba (sic) le chuzaba con algo creo que hera (sic) con el arma que llevaba, a los amigos míos que iban en la moto, después **cojió** (sic) **a Javier Marino Guauña de la chaqueta y se cayeron todos hasta los policías...**” (Destaca la Sala) (Folios 82 del cuaderno de pruebas).*

En la declaración que fue llamado a rendir dentro de la investigación penal, y a pesar de lo declarado en los procesos contencioso y disciplinario, refirió:

*“Pues nosotros salimos de pergui os (sic) donde estábamos tomándonos una caneca de ron, saliendo como a la una de la mañana, entonces como ya era tarde y a esa hora quitan las motos, entonces nos salieron unos policías entonces **tratamos de irnos rápido para que ellos no nos alcanzaran** pero más sin embargo, cuando nos alcanzaron empezaron a darle con el arma a la pelada que iba atrás en la moto del compañero, **entonces como vio que no nos podía alcanzar, que no le quería parar,** entonces **el policía los empujó cogiéndolos de la mano los votó hacia una volquetada de grava que había y ellos cayeron allí y hasta los policías allí...**”*

Más adelante, cuestionado acerca del porqué los agentes habían empujado a los motociclistas y les apuntaban con un arma respondió: **“Pues porque no querían pararle...”** (Destaca la Sala) (Folios 282 a 285 del cuaderno de pruebas).

Por otra parte, en declaración rendida dentro de la investigación penal por la señora Isabel Cristina Alvarez Quintero, quien tuvo conocimiento presencial de los hechos, y quien manifestó que se desplazaba en la misma moto que el anterior testigo, preguntada acerca de lo sucedido el 1 de junio de 1996, indicó, en consonancia con lo relatado por su compañero en este proceso y en el disciplinario, que:

“... salíamos de una discoteca, entonces sacaron las motos los muchachos del parqueadero de la discoteca, me monté con LIBARDO SANCHEZ y PATRICIA CAICEDO, íbamos tres personas en una moto, por ser la moto de bastante cilindraje salimos de primeros, recorrimos algunas cuadras volteamos a mirar y no vimos a los demás (sic), paramos un momento aproximadamente unos cinco minutos, esto mientras a ver si ellos aparecían o los veíamos (sic), pero como esto no sucedió nos devolvimos por la otra calle, cuando nos devolvimos nos quedamos detrás de ellos y de una patrulla de dos de los policías motorizados; como íbamos tres, nos alejamos un poco, íbamos despacio; entonces los policías se arrimaron a la moto de JABIER (SIC), Jabier (sic) venía con la señora en la moto y venía con otro muchacho, ellos se desplazaban en una DT, **el policía de atrás le decía que hiciera el favor de que se arrimara a la orilla o le hacía señas que se aorillara** (sic), entonces este no se podía arrimar porque al lado de él había otra moto, esta estaba al lado derecho, ya que al lado contrario iban los policías, entonces como no se podían arrimar, el Agente que iba de parrillero, con el arma que llevaba, le hacía al pelado y a la muchacha que se arrimaran es decir como empujándolos a la muchacha y al pelado y chuzando al pelado de atrás; entonces Jabier (sic) les hacía señas de que se esperaran, entonces fue cuando **el agente de adelante, cogió de la mano izquierda a Jabier (sic) y lo haló y fue cuando ellos se cayeron (...) y los patrulleros también cayeron...**”

Luego, preguntada acerca de las condiciones de visibilidad existentes en el sitio del accidente, la misma testigo indicó que: **“la iluminación del lugar era poca, nos alumbráramos con las luces de las motos, los policías no traían luces, nosotros éramos prácticamente quienes alumbrábamos”** (Destaca la Sala) (Folios 62 a 65 del cuaderno de pruebas).

Por otra parte, Juan Pablo Hermida Guzmán, quien también rindió testimonio dentro del presente proceso, y cuestionado sobre los mismos aspectos que el señor Sánchez Machado, manifestó:

“Resulta que nosotros íbamos saliendo de la discoteca PERUGUINO, íbamos por el puente del Cadillal, cuando había como un Retén, nosotros íbamos adelante y unos compañeros iban de a tres en la moto, y JAVIER iba atrás con la mujer, y **los Agentes para que pararan le pitaron y no le hicieron caso porque iban de a tres, y siguieron entonces JAVIER venía atrás despacio, pensaron que se iba a volar y lo cogieron.,(sic) también lo cogieron de la mano y lo hicieron caer...**” (Destaca la Sala) (Folios 6 y 7 Cuaderno de Pruebas).

En el curso del proceso disciplinario y en similares términos que el anterior declarante relató los hechos el señor Andrés Muñoz Rendón, quien, al igual que los demás, tuvo conocimiento de los acontecimientos por haberlos presenciado. Preguntado acerca de lo ocurrido señaló:

“Veníamos de la taberna de rumbiar, en el puente del Cadillal aparecieron dos motorizados (...), adelante iban tres amigos en una moto, el policía que iba (sic) atrás empesó (sic) a chuzar con el arma a los dos que iban de parrilleros, el que iba (sic) o sea **el policía, cojió (sic) al conductor de un brazo y lo jaló y cayeron a un montón de balastro, ahí mismo cayeron los policías...**” (Destaca la Sala) (Folio 83 del cuaderno de pruebas).

Obra también testimonio rendido por el señor Jair Eduardo López Muñoz, quien se desplazaba en el mismo vehículo que los lesionados, y que relató en declaración rendida en el proceso disciplinario acerca de las circunstancias que dieron lugar al accidente de la siguiente manera:

*“Salimos de bailar de una discoteca, salíamos bien, cuando pasando el puente del Cadillal, llegaron dos Agentes en una moto uno de ellos dijo pare, pero no hicieron ninguna señal de nada, en el momento que híbamos (sic) a parar uno de ellos me hiba(sic)chuzando con la trompetilla del arma que llevaba una ametralladora, yo hiba (sic) con Javier (sic) Guaña y su esposa en una sola moto, pensamos parar, pero al lado derecho, hiba (sic) otro amigo en otra moto, no podíamos parar, esperamos que saliera el para poder parar. Fue cuando ya salió el muchacho, nos híbamos (sic) a ahorillar (sic), y **uno de los Agentes le cogió la chaqueta por la mano izquierda a Javier, al jalarlo el perdió el equilibrio, fue cuando caímos**, no me di cuenta si los agentes también cayeron, yo perdí el conocimiento...”*
(Destaca la Sala) (Folio 81 del cuaderno de pruebas).

El mismo testigo, sobre los mismos hechos, dio en el curso de la investigación penal la misma versión y preguntado acerca de la iluminación en el lugar del accidente, manifestó que: *“Era mínima la visibilidad de poca luz”* (Folios 245 a 247 del cuaderno de pruebas).

Finalmente, en lo que respecta a las declaraciones que sobre los hechos depusieron los señores Javier Marino Guaña Gaviria y su compañera Zulma Rocío Suárez en las investigaciones penal y disciplinaria mencionadas, debe decirse que como quiera que provienen de quienes actúan como parte actora en este proceso, no es posible otorgarles mérito probatorio alguno.

Analizados en su conjunto el acervo probatorio, es posible establecer que al menos dos de las motos que se movilizaban esa noche, entre ellas la accidentada, llevaban sobrecupo, hecho que fue reconocido en la demanda, ratificado por los testigos y que, además, es posible confirmar con el informe de novedad presentado por los agentes. Igualmente, se halla demostrado que los motociclistas se encontraban violando el Decreto 130 del 25 de septiembre de 1995 que prohibía la movilización de personas en moto a partir de las 11:30 p.m. hasta las 5:30 a.m., norma que, según se desprende del oficio N° 81926 remitido al proceso por la Secretaria de Gobierno y Participación Comunitaria del Municipio de Popayán, estaba vigente para la fecha de los acontecimientos (Folios 36 a 37 del cuaderno de pruebas).

En efecto, probado está que fueron tales conductas irregulares las que dieron lugar a la reacción inmediata de los policiales quienes al percatarse de la situación de ilegalidad en la que se desplazaban los motociclistas y, en cumplimiento de sus funciones, adoptaron en principio las medidas pertinentes para conjurar la posible materialización de la situación de riesgo que se había creado, para lo cual procedieron a llamar la atención de los sujetos infractores solicitándoles de manera verbal y con el pito que se detuvieran, sin embargo, pretendiendo eludir la acción policial, éstos decidieron acelerar la velocidad y hacer caso omiso a las indicaciones de los agentes.

Ahora bien, según lo demuestran las probanzas que obran en el expediente, y más específicamente los testimonios que vienen de verse, porque al respecto son coincidentes y coherentes, las maniobras adelantadas por los agentes de policía con el propósito de detener la huida de los motociclistas sobrepasaron los límites

de la prudencia, ya que es posible prever razonablemente las consecuencias negativas que tiene la potencialidad de ocasionar la acción de tomar por el brazo al conductor de una motocicleta que, como ya quedó acreditado, se desplazaban a una alta velocidad, tal y como en efecto sucedió en este caso.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el uso privativo de la fuerza por parte del Estado debe desarrollarse dentro del marco de la dignidad humana y los demás derechos fundamentales, que por ello su utilización está regida por los principios de necesidad y proporcionalidad y que para su materialización debe evaluarse que la medida que se adopte, además de ser estrictamente necesaria, sea, dentro de las eficaces, la menos perjudicial para la integridad física del sujeto infractor, es posible concluir que, pese a que en este evento era indudable la necesidad de acoger una determinada acción para repeler el actuar ilegal de los motociclistas, el procedimiento que se desarrolló para tales efectos excedió el uso debido de la fuerza, ya que sobrepasó los límites del actuar legítimo de la institución para convertirlo en desproporcionado, hecho que constituyó una falla en la prestación del servicio que contribuyó en la producción del daño por el cual se reclama indemnización y que compromete la responsabilidad de la demandada por haber sido ejecutado por sus miembros durante el ejercicio propio de sus funciones.

No empero lo anterior, del material probatorio obrante en el plenario también es posible establecer que dicho yerro no constituyó la causa única y exclusiva del lamentable suceso, por cuanto, como se verá, se presentaron circunstancias adicionales al procedimiento adoptado por los agentes de policía involucrados que confluieron, al igual que éste, en la producción del daño por el cual se pretende reparación.

En efecto, y a pesar de que no es posible establecer el grado de alcoholemia que presentaba el actor al momento del accidente, si se encuentra acreditado que aquel, además de desplazarse con sobrecupo lo hacía en estado de alicoramiento, pues todos los declarantes, incluyendo al actor, manifestaron haber ingerido bebidas embriagantes esa noche, circunstancias que se corrobora con lo consignado en la historia clínica del paciente el día del accidente, según la cual éste presentaba aliento alcohólico e inestabilidad en la marcha (Folio 256 del cuaderno de pruebas). En esas condiciones, y como ya se dejó establecido con anterioridad, los motociclistas pretendían eludir la acción policial y para ello se desplazaban a una alta velocidad haciendo caso omiso de las indicaciones de los agentes²⁸, circunstancias todas éstas que aunadas al hecho probado de que las condiciones de visibilidad de la zona en donde se produjo el accidente de tránsito no eran óptimas, sino que, por el contrario, eran muy reducidas²⁹ y al uso excesivo de la fuerza utilizada por parte de los miembros de la demandada, fueron en conjunto las que ocasionaron el accidente de los ya conocidos resultados.

En consecuencia, y dado que en el presente caso se encuentra demostrada la falla en el servicio que se imputa en cabeza de la entidad accionada como una de las causas que dieron lugar al daño antijurídico por el cual se demanda, deberá revocarse la sentencia de primera instancia por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda y, en su lugar, se la condenará, en la proporción que le corresponda, al pago de los perjuicios a que haya lugar, de conformidad con las siguientes consideraciones:

²⁸ De ello dieron cuenta los señores Juan Pablo Hermina Guzmán y Libardo Sánchez Machado y se confirma con lo consignado en el informe de novedad que rindieron los llamados en garantía (Folios 57 y 194 del cuaderno de pruebas).

²⁹ Ver testimonios de Cristina Álvarez Quintero y Jair Eduardo López Muñoz.

4.3. Los perjuicios

Aspiran los actores que les sean indemnizados por parte de la demandada todos los perjuicios de orden moral, fisiológico y material que les fueron irrogados con ocasión de las lesiones sufridas por Javier Marino Guaña Gaviria. La Sala pasará a examinar sus pretensiones resarcitorias en ese mismo orden.

Previo a ello, y teniendo en cuenta las circunstancias en las que se produjo el daño y las lesiones sufridas por el señor Guauña Gaviria, la Sala, al tomar como punto de partida el arbitrio judicial, con fundamento en la forma como ocurrieron los hechos y el grado de participación que en el desarrollo de los mismos tuvieron tanto la parte demandante como los miembros de la entidad demandada, para determinar el monto de la reparación condenará a la institución policial a pagar el valor equivalente al 40% de cada una de las condenas que a continuación y bajo los siguientes parámetros se imponen:

4.3.1. Perjuicios morales

Solicitan los actores que por este concepto se reconozca a favor de cada uno de ellos el equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino.

Para acreditar la calidad en la que dicen actuar, los actores aportaron en copia auténtica registros civiles de nacimiento de Javier Marino Guaña Gaviria y de Luz Mila Guaña Gaviria, en los que consta que ambos son hijos de Marino Guauña y Raque Gaviria³⁰.

En lo que tiene que ver con la prueba de la calidad de compañera permanente del lesionado con la que dijo actuar la señora Zulma Rocío Suárez, obran en el expediente los testimonios rendidos por los señores Juan Pablo Hermida Guzmán³¹ y Libardo Sánchez Machado³² dentro del proceso contencioso administrativo.

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria³³ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba³⁴.

En el mismo sentido, se ha determinado que es razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto ha de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: *“la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.”*

³⁰ Folios 14 y 15 del expediente.

³¹ Folios 6 y 7 del expediente.

³² Folios 10 y 11 del expediente.

³³ RENATO SCOGNAMIGLIO. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

³⁴ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.

Ahora bien, de conformidad con la historia clínica del actor, las lesiones físicas que sufrió como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el 1 de junio de 1996, consistieron en:

“... ”

Cara laceraciones cigomático bilateral y nariz hay pérdida de tejido de piel en el dorso nasal área derecha perdida de tejido irregular 3x2 cm no desviación de tabique.

Ext MSI hay edema en dorso mano sobre 2-3ro y 4º dedo mano no limitación al movimiento y dolor en la zona...³⁵”

Adicionalmente, según refiere el dictamen médico laboral proferido el 28 de enero de 1998 por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional Cauca, División de Empleo y Seguridad Social, el señor Guaña Gaviria presenta:

“1. Fractura de huesos del carpo mano izquierda (comprobado por radiografía), herida en dorso nasal derecho con pérdida de tejido”

(...)

Cara: cicatriz irregular hipercrómica en mejilla derecha, frente cigomática derecha.

Nariz: Dorso cicatriz de más o menos dos centímetros de diámetro redondeada hipertrófica post trauma y post - injerto...³⁶”

En ese contexto, atendiendo a criterios de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas y tomando en consideración que la afectación emocional, sufrimiento y aflicción moral ocasionadas a Javier Marino Guauña Gaviria fueron graves, dados los lugares del cuerpo en los que resultó lesionado, se le debería reconocer a su favor, a título de indemnización por este concepto la suma de setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes, toda vez que se considera que dicho valor constituye una adecuada compensación a la afectación moral padecida, suma que se rebajará a un 40% en razón de la concurrencia de culpas, por lo tanto el valor a reconocer por este concepto con cargo a la demandada será el equivalente a veintiocho (28) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En cuanto al reconocimiento del perjuicio moral a favor del resto de los demandantes, teniendo en cuenta la actual posición de la jurisprudencia, según la cual, este tipo de perjuicios se presumen también respecto de los familiares cercanos de la víctima directa de los hechos³⁷, la Sala reconocerá a favor de Marino Guauña, Raquel Gaviria, en calidad de padres, y de Zulma Rocío Suárez, en calidad de compañera permanente, el valor correspondiente a treinta cinco (35) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos, sin embargo, como la suma debe ser disminuida en un 40% en razón a la concurrencia de culpas, el valor a reconocer por este concepto con cargo a la entidad demandada será de catorce (14) salarios mínimos mensuales legales vigentes, para cada uno de ellos.

Bajo los mismos parámetros la Sala reconoce el valor equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes, a favor de Luz Mila Guauña Gaviria, en calidad de hermana de la víctima, suma que al igual que las anteriores debe ser disminuida en un 40% en razón a la concurrencia de culpas, por lo tanto, el valor a reconocer por este concepto con cargo a la entidad demandada será el

³⁵ Folio 146 del expediente.

³⁶ Folios 71 y 72 del expediente.

³⁷ Sentencia del 16 de octubre de 2008, Exp.: 17486, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

equivalente a ocho (8) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Se advierte que la condena se fija en salarios mínimos legales mensuales vigentes teniendo en cuenta que mediante sentencia del 6 de septiembre de 2001³⁸, se abandonó el criterio de tasar el monto de los perjuicios morales en gramos de oro y estableció que tal reconocimiento debería hacerse con base en el valor del salario mínimo legal mensual vigente.

4.3.2. Alteración a las condiciones de la existencia

Por concepto de perjuicio fisiológico la parte actora solicitó que se reconozca a favor de Javier Marino Guauña Gaviria el valor de cuarenta (\$40.000.000) millones de pesos.

Al respecto, aprovecha la Sala la oportunidad para precisar que la jurisprudencial de la Corporación desde el año 2007³⁹ y ya en varias oportunidades ha señalado que las denominaciones de perjuicio fisiológico y daño a la vida de relación se encuentran inmersas dentro de una categoría que abarca una reparación más amplia que se ha denominado perjuicio de “*alteración a las condiciones de existencia*”, denominación que se adoptó para efectos de indemnizar no sólo los daños ocasionados a la integridad física y/o psíquica, sino cualquier vulneración de bienes, prerrogativas, derechos o intereses diferentes a los señalados, o lo que es lo mismo decir, aquellas prerrogativas que sobrepasan la esfera de lo corporal del sujeto afectado, tales como la honra, el buen nombre, el daño al proyecto de vida, entre otras, denominación que acoge la Sala para efectos de evaluar la solicitud de indemnización que por este concepto de reclama.

Dada la naturaleza de las lesiones físicas padecidas por el actor que, según se reportó en el dictamen médico laboral que obra a folios 71 y 72 del expediente, le dejaron cicatrices en el rostro y, además, afectaron la fuerza de su brazo izquierdo, lo que le arrojó como resultado una disminución permanente parcial de su capacidad laboral equivalente a un 18.75%, la Sala encuentra acreditada la causación de este perjuicio, por cuanto, sin lugar a dudas, dichas lesiones logran afectar de manera automática, además de las actividades cotidianas de la vida, la relación de aquel consigo mismo y con el entorno que lo rodea, circunstancia que permite vislumbrar la modificación significativa de hábitos, proyectos y ocupaciones. En consecuencia, por este concepto se reconoce a favor del directamente lesionado el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, valor que debe ser disminuido en un 40% en razón a la concurrencia de culpas, por lo tanto, se deberá reconocer con cargo a la entidad demandada el equivalente a veinte (20) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

4.3.3. Perjuicios materiales

4.3.3.1. Daño emergente

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 6600123310001996316001(13232-15646) Belén González y otros - William Alberto González y otra Vs. Ministerio De Transporte - Instituto Nacional De Vías, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 4 de junio de 2008, Expediente 15.657. Magistrada Ponente Doctora Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia del 15 de agosto de 2007, Expediente AG 2003 – 385 Magistrado Ponente doctor Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia de 1º de diciembre de 2008, Expediente 17.744, Magistrado Ponente Doctor Enrique Gil Botero.

Se solicita el reconocimiento y pago de treinta millones de pesos (\$30.000.000) por gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, por drogas y demás que sobrevinieron y sobrevendrán para lograr la recuperación y conservación de la salud del señor Guauña Gaviria.

Dado que en el expediente no obra prueba de la existencia de este perjuicio, la Sala no accederá a esta pretensión.

4.3.3.2. Lucro cesante

Cuando se trata de lesiones físicas, el lucro cesante está determinado por la disminución de capacidad para laborar, entendida como la pérdida o aminoración de la posibilidad de ejercer una actividad lucrativa empleando el 100% de su capacidad de trabajo, o dicho de otra manera, es el porcentaje de ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del daño sufrido que ha ocasionado la imposibilidad en determinada proporción para desarrollar una actividad económica.

Obra a folio 40 del expediente certificación expedida por el Jefe Administrativo de Icobandas S.A. en la que consta que el señor Guauña Gaviria para el mes de junio de 1996 se encontraba laborando en dicha empresa como ayudante de planta y percibía un salario básico de \$206.000, más \$25.157 al mes por concepto de horas extras, \$206.000 por prima legal anual y \$103.000 por prima extralegal, por lo tanto, la base de liquidación será la equivalente a la suma del salario básico, más las horas extras y el valor por doceava correspondiente a las primas legal y extralegal certificadas, esto es, doscientos cincuenta y siete mil doscientos sesenta y siete pesos (\$257.267,00), valor que debe ser actualizado a la fecha de la sentencia de conformidad con la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{I. Final}{I. Inicial}$$

$$Ra = \$257.267 \times \frac{107.25}{35.62}$$

$$Ra = \$774.617,79$$

Ahora bien, teniendo en cuenta que según el dictámen de pérdida de capacidad laboral rendido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad social, Regional Cauca, División de Empleo y Seguridad Social, el señor Guauña Gaviria presenta una pérdida de capacidad laboral igual al 18.75%, se reconocerá indemnización tomando como base dicho porcentaje del salario base de liquidación.

En estas condiciones, la base de liquidación equivale al 18.75%, de \$774.617,79, es decir, la suma a la suma de **\$145.240,83**

- **Indemnización Debida o Consolidada**

Ra: Renta actualizada: **\$ 145.240.83**

n : Número meses entre hechos y sentencia: 179.4

i: Interés técnico 0.004867

Formula:

$$(1 + i)^n - 1$$

$$S = Ra. \frac{\quad}{i}$$

Reemplazando tenemos:

$$S = 145.240.83 \frac{(1.004867)^{179.4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \underline{41.460.967,32}$$

- **Indemnización futura o anticipada**

Fórmula:

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

Aparece en el expediente copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor Javier Marino Guaña Gaviria, donde consta que nació el 16 de febrero de 1969. En consecuencia, se tendrá en cuenta su expectativa de vida a la fecha de la sentencia, esto es, 468 meses⁴⁰.

n: meses

Ra: 61.800

i: Interés técnico 0.004867

Reemplazando tenemos:

$$S = 145.240.83 \times \frac{(1 + 0.004867)^{468} - 1}{0,004867 \times (1,004867)^{468}}$$

$$S = \underline{\$26.888.094,93}$$

RESUMEN DE LA LIQUIDACION

Consolidado: 41.460.967,32

⁴⁰ Resolución N° 1555 de 3 de julio de 2010. Superintendencia Financiera.

Futuro: 26.888.094,93

TOTAL LUCRO CESANTE: \$68.349.062,25

En atención a la concurrencia de culpas, el anterior valor debe ser disminuido en un %40, lo que arroja un total de **\$27.339.624.9**, valor que deberá ser pagado por la entidad demandada al señor Javier Marino Guaña Gavía.

5. La situación de los llamados en garantía

El artículo 90 de la Constitución Política consagra en su inciso primero una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado frente a sus víctimas y en el inciso segundo estipula la responsabilidad personal y patrimonial de los agentes estatales, la cual se estructura a título de dolo o culpa grave cuando por su actuar el Estado es condenado a la reparación de daños, por lo que recae en éste la obligación de repetir contra aquellos. El mencionado artículo señala:

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”
(Subrayado no original).

En desarrollo de este segundo inciso se expidió la Ley 678 de 2001, por la cual se reglamentó la determinación de la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

No obstante, antes de esta ley la acción de repetición era regulada por los artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo, en los que se consagró la posibilidad de que la entidad que resultare condenada pudiera repetir contra el funcionario que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubiera ocasionado la condena⁴¹. Dicen los mencionados artículos:

“Artículo 77. Sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a la Nación y a las entidades territoriales o descentralizadas, o a las privadas que cumplan funciones públicas, los funcionarios serán responsables de los daños que causen por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.”
(Subrayado no original).

“Artículo 78.- Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexa. Los perjudicados podrán demandar, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo según las reglas generales, a la entidad, al funcionario o a ambos. Si prospera la demanda contra la entidad o contra

⁴¹ Además, pueden relacionarse otras normas aplicables a esta acción antes de la ley 678 de 2001. Pueden consultarse: Decreto Ley 150 de 1976; Decreto Ley 222 de 1983; Artículos 63 y 2341 del Código Civil; Artículos 77 y 78 del Código Contencioso Administrativo; Artículos 6, 90, 95, 121, 122, 124 de la Constitución Política; Artículos 65 a 70 de la Ley 270 de 1996; artículo 54 de la Ley 80 de 1993, derogado expresamente por el artículo 30 de la Ley 678 de 2002; Artículos 31 y 44 numeral 9, 40 y 42 de la Ley 446 de 1998. Dentro de la Jurisprudencia del Consejo de Estado, sobre la normatividad de la acción de repetición y la aplicación de la ley 678 de 2001 pueden consultarse, entre otras, las sentencias de la Sección Tercera: Expediente 17482 del 31 de agosto de 2006; Expediente 22056 de 5 de diciembre de 2006; Expediente 18621 de 2 de mayo de 2007; Expediente 26708 de 20 de septiembre de 2007; Expediente 24844 de 3 de octubre de 2007; Expediente 26709 de 4 de diciembre de 2007.

ambos y se considera que el funcionario debe responder, en todo o en parte, la sentencia dispondrá que satisfaga los perjuicios la entidad. En este caso la entidad repetirá contra el funcionario por lo que le correspondiere.” (Subrayado declarado exequible en sentencia C 430 de 2000 por la Corte Constitucional).

De acuerdo con lo establecido en tales normativas, para que una entidad pública pueda ejercer la acción de repetición deben concurrir y reunirse los siguientes presupuestos y requisitos: a) Que una entidad pública haya sido condenada a reparar los daños antijurídicos causados a un particular; b) Que la entidad haya pagado a la víctima del daño la suma determinada en la sentencia condenatoria y c) Que la condena se haya producido a causa de la conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex funcionario o de un particular que ejerza funciones públicas.

Como se dijo, la ley 678 de 2001 regula la responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado bajo dos mecanismos judiciales: la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición. La norma determina la finalidad de la acción, la obligatoriedad de las entidades del estado en promoverla, sus aspectos procesales, el llamamiento en garantía y las medidas cautelares procedentes. Incluye también las definiciones de dolo y culpa grave y sus presunciones.

Ahora bien, en tanto que dicha Ley entró a regir a partir del 4 de agosto de 2001, se plantea un conflicto con los hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, a los cuales les sería aplicable el marco normativo que reguló la acción antes de la ley 678 de 2001. Sobre esto la Corporación ha precisado lo siguiente⁴²:

“De acuerdo con la norma anterior [artículo 29 de la Constitución] cabe efectuar las siguientes precisiones:

- a) Si los hechos o actos que originaron la responsabilidad civil patrimonial del servidor público, son posteriores a la vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter “civil” que se le imprime a la acción en el artículo 2 de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos (artículos 6, 121, 122, 124 y 90 de la Constitución Política).*
- b) Si los hechos o actuaciones que dieron lugar a la demanda y posterior condena contra la entidad, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para dilucidar si se actuó con culpa grave o dolo serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público que es la fuente de su responsabilidad civil frente al Estado*

En síntesis, en armonía con el derecho constitucional al debido proceso la culpa grave o dolo en la conducta del agente público se debe estudiar conforme a las normas vigentes a la fecha o época en que se presentaron las

⁴² Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 17482 de 31 de agosto de 2006.

acciones u omisiones que dieron lugar a la sentencia condenatoria contra el Estado o produjeron la conciliación que determinó el pago indemnizatorio a la víctima del daño.

De otra parte, en cuanto a los aspectos procesales, es claro, que por tratarse de normas de orden público rigen hacía el futuro y con efecto general e inmediato, en aplicación de lo consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, conforme al cual “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las situaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

...

“Colígese de lo anterior que la Ley 678 de 2001, se aplica en lo sustancial, excepto en lo que resulte más favorable al enjuiciado, para los hechos y actos que hubieren tenido lugar con posterioridad al 4 de agosto de 2001⁴³, fecha de su entrada en vigencia, pues los ocurridos con antelación a dicha fecha y, por ende, el estudio de responsabilidad del agente público se deben analizar conforme a la normativa anterior; y en lo procesal, con la excepción que permite el efecto ultractivo de las normas antiguas sobre actos procesales iniciados de que trata el aparte segundo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, es obligado concluir que se aplica para los juicios de repetición en curso y pendientes a dicha fecha, incoados a la luz de la Ley 446 de 1998.”.

Habida consideración de los argumentos que se dejan vistos, en el sub iudice, si los hechos que dan lugar a la acción de repetición son posteriores a la vigencia de la Ley 678 de 2001, son aplicables sus definiciones y presunciones de dolo y culpa grave; pero si los hechos son anteriores a la Ley 678, en lo referente a dolo y culpa grave se debe aplicar la normatividad vigente al momento de la comisión de la conducta.

En esta última situación se aplican las reglas del Código Civil, artículos 63 y 2341, las cuales en su momento fueron armonizadas por la jurisprudencia de la Corporación con las disposiciones del artículo 6 y 91 de la Constitución. Así lo reseña la Alta Corporación⁴⁴:

“En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación, con antelación a la expedición de la Ley 678 de 2001, para determinar si las conductas de los agentes públicos se subsumían en culpa grave o dolo, únicas modalidades que comprometen su responsabilidad personal y patrimonial frente al Estado en materia de repetición y llamamiento en garantía, utilizó las nociones previstas en la norma civil anterior y asimiló la conducta del agente al modelo del buen servidor público.⁴⁵

Posteriormente, agregó, que estas previsiones debían ser armonizadas con lo dispuesto en el artículo 6 de la Constitución Política, que se refiere a la responsabilidad de los servidores públicos por infringir la Constitución y las leyes y por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones; con el artículo 91 ibídem, según el cual no se exime de responsabilidad al agente que ejecuta un mandato superior, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona; y con la particular

⁴³ Nota original de la sentencia. Según Diario Oficial No. 44.509 de 4 de agosto de 2001.

⁴⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 26708 de 20 de septiembre de 2007.

⁴⁵ Nota original de la sentencia. Cfr. Sentencia de 25 de julio de 1994, Exp. 8493, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

asignación de funciones señaladas en el reglamento o manual de funciones.⁴⁶

En los aspectos procesales, dado su carácter de orden público, la Ley 678 de 2001 se aplica para los procesos que estuvieran pendientes o en curso al momento de su vigencia, sin perjuicio de la ultractividad de las normas anteriores sobre actos procesales iniciados antes de su vigencia.

Teniendo en consideración que los hechos que dieron lugar a la demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, las normas aplicables para establecer si la condena que le fue impuesta les es imputable a título de dolo o culpa grave a los llamados en garantía, son las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta, esto es, los artículos 77, 78 y 86 del Decreto 01 de 1984, en concordancia con los artículos 63 y 2341 del Código Civil.

En ese contexto, y teniendo en cuenta la forma en la que quedó establecida la ocurrencia de los hechos, se encuentra demostrado que el procedimiento adoptado por los policiales llamados en garantía fue necesario y, aun cuando sobrepasó los límites de la proporcionalidad, lo cierto es que su actuar no puede ser calificado como doloso ni como gravemente culposo, por cuanto no está probada la intencionalidad de causar un daño a los demandantes y su conducta la realizaron bajo el impulso del ejercicio de sus funciones, motivo por el cual no se cumplen las exigencias del artículo 90 inciso segundo de la Constitución Política.

5. No hay lugar a condena en costas.

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el *sub lite*, debido a que ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE la sentencia proferida el 19 de enero de 2001 por el Tribunal Administrativo de Descongestión con sede en la ciudad de Cali, de conformidad con expuesto en la parte considerativa de esta providencia y, en su lugar, se dispone:

DECLARASE a la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL** administrativamente responsable por los perjuicios ocasionados a los actores en hechos ocurridos el 1 de junio de 1996 en la ciudad de Popayán, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

⁴⁶ Nota original de la sentencia. Sentencia de 31 de julio de 1997, Exp. 9894. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Como consecuencia de la declaración anterior **CONDENASE** a la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL** a indemnizar a los demandantes en las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

A) Por concepto de perjuicios morales:

A favor de **JAVIER MARINO GUAUÑA GAVIRIA**, la suma de **VEINTIOCHO (28)** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de **MARIANO GUAUÑA** y **RAQUEL GAVIRIA**, en calidad de padres de **JAVIER MARINO GUAUÑA**, la suma de **CATORCE (14)** salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

A favor de **ZULMA ROCIO SUAREZ**, en calidad de compañera permanente de **JAVIER MARINO GUAUÑA**, la suma de **CATORCE (14)** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de **LUZ MILA GUAUÑA GAVIRIA**, en calidad de hermana de **JAVIER MARINO GUAUÑA**, la suma de **OCHO (8)** salarios mínimos legales mensuales vigentes.

B) Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de **VEINTISIETE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS CON NUEVE CENTAVOS (\$27.339.624.9)** a favor de **JAVIER MARINO GUAUÑA GAVIRIA**.

C) Por alteración a las condiciones de la existencia la suma de **VEINTE (20)** salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de **JAVIER MARINO GUAUÑA GAVIRIA**.

NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

NIEGASE la declaración de responsabilidad de los llamados en garantía.

DESE cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEGUNDO: ABSTIENESE de condenar en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

MAURICIO FAJARDO GOMEZ