

PRUEBA TRASLADADA - Valor probatorio / PRINCIPIO DE LEALTAD PROCESAL - Prueba trasladada. Valor probatorio

Las pruebas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas. En los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes pida que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 7 de julio de 2005, expediente 20300.

FALLO DISCIPLINARIO - Valor probatorio / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Fallo disciplinario. Efecto / FALLO DISCIPLINARIO - Prueba excepcional para determinar la responsabilidad patrimonial del Estado

La copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio, que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio. La copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar la existencia de la falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la Policía que efectuaron el operativo, precisamente porque en forma ilegal, so pretexto de un allanamiento, prolongado irregularmente ejercieron sus funciones. Nota de relatoría: Ver sentencias del 21 de febrero de 2002, expediente 12.789; del 9 de octubre de 1986, expediente 3213, Actor Nadin Ospina Morales y del 4 de diciembre de 1991, expediente 6608, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

HECHO DE UN TERCERO - Configuración / CULPA PERSONAL DEL AGENTE - Hecho de un tercero / HECHO DE UN TERCERO - Imprevisible e irresistible / CULPA PERSONAL DEL AGENTE - Nexo con el servicio / CULPA PERSONAL DEL AGENTE - Inexistencia

La figura de la falta personal del agente en últimas comporta la invocación del hecho exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad. En relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta

ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culposo sino que constituya la causa exclusiva del daño. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16530.

CONDENA DE PERJUICIOS MORALES - Modificación de gramos oro a salario mínimo legal

Esta Sala abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas en salarios mínimos legales mensuales. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente acumulado 13.232-15.646, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-1993-09409-01(16927)

Actor: BING HUI ZHANG Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION SENTENCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de mayo de 1999, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

***“PRIMERO:** No prospera el medio exceptivo.*

***SEGUNDO:** Declárase administrativamente responsable a la Nación, en sus dependencias administrativas del Departamento Administrativo de Seguridad y Ministerio de Defensa Nacional (Policía Nacional), por los perjuicios materiales y morales ocasionados a los señores Bing Hui*

Zhang, Bing Ji Zhang y Genny Carolina Hewitt Bonilla, en el hecho dañino ocurrido el día 4 de septiembre de 1991.

TERCERO. Condénase a la Nación a indemnizar a:

A. Bing Hui Zhang, Bing Ji Zhang:

1. Por perjuicios materiales en la suma de \$18'445.000, en la forma actualizada indicada en la parte motiva de esta sentencia.

2. Por perjuicios morales, para cada uno, en trescientos gramos oro, al valor que tengan en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

B. Genny Carolina Hewitt Bonilla, por perjuicios morales, en ciento cincuenta gramos, al valor que tengan en pesos colombianos a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

C. Dichas indemnizaciones las hará la Nación, en los siguientes porcentajes, y con cargo a los presupuestos de las siguientes Entidades Administrativas:

- 1. Las dos terceras partes por el Departamento Administrativo de Seguridad.*
- 2. Una tercera parte por el Ministerio de Defensa Nacional (Policía Nacional).*

CUARTO. Las sumas líquidas de dinero ganarán intereses comerciales moratorios a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: Sin condena en costas.

SEXTO: Si este fallo no fuere apelado se consultará con el Superior, H. Consejo de Estado.

SEPTIMO. Deniéganse las demás súplicas de la demanda.”

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda.

El 1 de diciembre de 1993 los señores BING HUI ZHANG, BING JI ZHANG y GENNY CAROLINA HEWITT BONILLA presentaron, mediante apoderado judicial y ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, demanda de reparación directa contra la NACIÓN - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., y MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL, con el fin de que se profirieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera.- Que se declare a la Nación Colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad –DAS y Ministerio de Defensa, Policía Nacional) administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios, tanto materiales como extramatrimoniales sufridos por BING JI ZHANG, BING HUI ZHANG y GENNY CAROLINA HEWITT BONILLA, en razón de daños antijurídicos que agentes al servicio del DAS y la Policía Nacional les causaron de conformidad con los hechos que sirven de fundamento a la presente demanda.

Segunda.- Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación Colombiana (Departamento Administrativo de Seguridad - DAS y Ministerio de Defensa, Policía Nacional) a indemnizar la totalidad de los perjuicios patrimoniales y extramatrimoniales sufridos por BING JI ZHANG, BING HUI ZHANG y GENNY CAROLINA HEWITT BONILLA, así:

- A) A BING HUI ZHANG y a BING JI ZHANG, a título de indemnización de los perjuicios materiales, en su modalidad de daño emergente, la suma que equivalga a la cantidad de veintiún millones quinientos cuarenta y cinco mil quinientos pesos (\$21'545.500) del mes de septiembre de 1991, o la suma superior o inferior que resultare probada dentro del proceso, debidamente reajustada a la fecha de la sentencia que ponga fin al proceso como resultado de la aplicación de los índices de precios al consumidor certificados por el DANE ...*
- B) A BING HUI ZHANG y a BING JI ZHANG, a título de indemnización de los daños de carácter extramatrimonial, constituidos por la alteración de sus condiciones de existencia determinada por el atraco de que fueron víctimas y los sucesos que con posterioridad al mismo se presentaron y que los obligaron a abandonar el país y a buscar refugio fuera de Colombia, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro a cada uno de ellos, ...*
- C) A GENNY CAROLINA HEWITT BONILLA, en su carácter de cónyuge de BING HUI ZHANG, a título de indemnización de los daños de carácter extramatrimonial constituidos por la alteración de sus condiciones de existencia determinada por el atraco de que fue víctima su cónyuge... y los sucesos que con posterioridad al mismo se presentaron y que los obligaron a abandonar el país y a buscar refugio fuera de Colombia, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro...*
- D) A BING HUI ZHANG y a BING JI ZHANG, a título de indemnización de los perjuicios morales que sufrieron, constituidos por la angustia y el sufrimiento experimentados al verse atracados a mano armada, vejados, insultados, amenazados de muerte y finalmente despojados en forma violenta de sus ahorros fruto de su trabajo, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro puro para cada uno de ellos...*
- E) A GENNY CAROLINA HEWITT BONILLA, a título de indemnización de los perjuicios morales constituidos por el sufrimiento y la angustia que experimentó al enterarse del atraco a mano armada de que fue víctima su cónyuge BING HUI ZHANG, de las amenazas de muerte que contra él profirieron los asaltantes, de las condiciones de indefensión en que se encontró, del despojo violento de que fue víctima aquél y, en particular, de la angustia y permanente zozobra en que vivió a raíz de la persecución que con posterioridad al denuncia del atraco se desató contra ella y su cónyuge, la cantidad de mil (1.000) gramos de oro ...”*

Los hechos aducidos como fundamento de las referidas pretensiones se pueden sintetizar así:

- El 4 de septiembre de 1991, en las horas de la mañana, los señores BING HUI ZHANG y BING JI ZHANG fueron “*interceptados*” por sujetos armados, dos de los cuales “*se identificaron con carnets del Departamento Administrativo de Seguridad y un tercero con placa de la Policía Nacional*”, y los “*forzaron*” a abordar una camioneta, luego de lo cual “*los hicieron bajar del automotor, los tendieron en el piso y amenazándolos de muerte, los despojaron de quince millones de pesos (\$15'000.000) y diez mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$10.000)*”.

- Los datos suministrados por las víctimas al momento de presentar la respectiva denuncia ante la Unidad de Denuncias del Cuerpo Técnico de Policía Judicial dio lugar a que las autoridades identificaran “*plenamente a los asaltantes (...) dos de los cuales... estaban adscritos... a la Dirección de Protección del Departamento Administrativo de Seguridad, un tercero era agente activo de la Policía Nacional y un cuarto asaltante resultó ser un particular.*”

- Como resultado de la investigación adelantada por la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y Administrativa, los agentes implicados del DAS fueron destituidos mediante providencia del 30 de octubre de 1991. A su turno, el Juzgado 87 de Instrucción Criminal adelantó el correspondiente proceso penal.

- Adicional a lo anterior, en la demanda se relató que:

“a raíz de los denuncios formulados por los señores ZHANG y de la intervención de la Procuraduría General de la Nación, compinches de los mencionados agentes del DAS se dedicaron a perseguir a los señores Zhang así como a Genny Carolina Hewitt Bonilla, cónyuge de Bing Hui Zhang, llegando hasta el extremo de allanar sin orden judicial alguna, el domicilio particular de los esposos Zhang-Hewitt... de donde sustrajeron algunos artículos y como si ello no fuese bastante, fueron constantemente seguidos y nuevamente amenazados de muerte.

(...)

A tal extremo llegaron el acoso, el seguimiento persecutorio y las amenazas proferidas por los agentes oficiales, que los señores Zhang y Genny Carolina Hewitt se vieron precisados a buscar el auxilio de la agencia oficial de la Organización de las Naciones Unidas para los inmigrantes, con cuya decisiva ayuda pudieron salir del país para poner a salvo sus vidas, viéndose precisados a abandonar sus enseres personales y los negocios a que se dedicaban y de los cuales derivaban lo necesario para su subsistencia.

(...)

Bing Ji Zhang también debió abandonar el territorio nacional por las amenazas que subsiguieron al denuncia del atraco a mano armada de que fue víctima y reside actualmente en su país de origen.”

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda por auto del 28 de enero de 1994, decisión que se notificó en debida forma (fls. 35, 44 y 51, c.1).

1.2.- La contestación de la demanda.

1.2.1. Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional:

Dentro de la oportunidad legal, su apoderado judicial dio contestación a la demanda¹ oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí formuladas, a propósito de lo cual dijo que *“el caudal probatorio debidamente considerado, será el que finalmente otorgue posiciones definidas frente al tipo de responsabilidad que pueda acompañar a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional”,* en la medida en que *“lo que se acusa aquí solo puede ser exigible de los Agentes mismos por cuanto en ningún momento se pueden confabular tan oscuras intenciones patrocinadas por el actuar o la omisión de los Entes públicos aquí requeridos.”*

1.2.2. Nación - Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S.:

Su apoderado judicial solicitó denegar las pretensiones formuladas en su contra por la parte actora, señalando que no le constan los hechos aducidos en la demanda y alegando en su defensa que los funcionarios *“implicados en los hechos, actuaron al margen del ejercicio de sus funciones, vale decir, como simples ciudadanos, lo que traduce que la falta imputada es personal, dolosa y completamente desligada del servicio”* y que, por esa razón, *“en el caso que nos ocupa, no puede endilgarse responsabilidad alguna a la administración”*.²

1.3. Llamamiento en Garantía

¹ Folios 55 a 60, c.1

² Folios 61 a 63, c.1

El apoderado de la NACION - DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S., llamó en garantía a los señores LUIS EDUARDO ARENAS GONZALEZ y JOSE ANTONIO CRISTANCHO SANTAMARIA. (fl. 64, c.1)

Además de las personas en mención, el Procurador Noveno Judicial también llamó en garantía a LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ y CIRO PRADA. (fl. 1, c.3)

El Tribunal aceptó dichos llamamientos por auto del 24 de agosto de 1995, sin embargo como transcurrió el término máximo de suspensión del proceso sin que fuera posible la vinculación de los citados, el llamamiento no se hizo efectivo (fls. 67 y 70, c.1).

1.3.- Alegatos de conclusión.

Vencido el período probatorio, en providencia del 20 de octubre de 1998, el Tribunal *a quo* corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.194, c.1).

El apoderado de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL se pronunció señalando que (fls. 195 a 199, c.1):

“el Nexo espacial no se configura en el presente caso ya que el Agente de Policía QUEVEDO DIAZ, no se encontraba en servicio, al contrario estaba en el goce de la franquicia.

De lo anterior de igual manera podemos deducir que no se puede entrar a endilgar a la administración la Falla del servicio, ya que el actuar del señor QUEVEDO DIAZ, no se debió al ejercicio de una orden, ni a la prestación de un actuar deficiente de un deber policial, ni mucho menos en lo que atañe a la función primordial del servicio de Policía.

(...) Lo cual excluye a la administración de cualquier responsabilidad de los hechos objeto de esta litis.”

Los demás sujetos procesales, así como el Ministerio Público, guardaron silencio.

1.4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la responsabilidad patrimonial deprecada por la parte actora al encontrar probada la “irregular” actuación “de los agentes de la Nación”, con fundamento en consideraciones del siguiente orden:

“ las personas que actuaron en la retención de los hermanos Zhang laboraban para el Estado y les hurtaron (\$15'000.000 y \$US10.000 dólares), dos de ellos (Luis E. González y José Antonio Cristancho) como empleados del D.A.S. y otro, Luis Ernesto Quevedo, como empleado de la Policía.

. el vehículo utilizado, en el cual se llevaron forzadamente a los hermanos Zhang, era oficial.

. la conducta de esos empleados desplegó la apariencia de autoridad, mostraron sus carnets oficiales, y transportaron a sus víctimas en vehículo oficial; además increparon a los hermanos Zhang con fuerza de autoridad para lograr su cometido.

. el poder judicial libró medida de aseguramiento contra tales personas y el D.A.S. y la Policía Nacional sancionaron a sus agentes, respectivamente, con la destitución... En el contenido de las sanciones disciplinarias se determinaron las normas jurídicas que con la conducta de los implicados fueron quebrantadas.

Por consiguiente como el actuar de los agentes de la Nación es inescindible de la prestación del servicio al que por ley está comprometida, y como ese actuar fue irregular debido al quebrantamiento del principio de legalidad al que deben someterse, se concluye que el primer elemento de responsabilidad se acreditó.

(...)

Respecto a otra conducta atribuida a la Nación (D.A.S. y Policía Nacional) concerniente a las amenazas que posteriormente a la retención y hurto sufrieron los hermanos Zhang, cabe señalar que no fue demostrada. Aunque los testigos refirieron a que conocieron de tal proceder no especificaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

En consecuencia no se examinará si es cierto o no, como lo indica la demanda, que los demandantes tuvieron que irse de este país,... El hecho concerniente, a que en este proceso existan pruebas en las cuales consta que la Defensoría de los Derechos Humanos haya ayudado a los demandantes a salir del país, con otro rumbo, no permite probar el hecho atinente a las amenazas; además no se conoce, de ser cierto, el origen estatal de éstas.”

En punto de las pretensiones indemnizatorias el Tribunal reconoció a los demandantes las sumas de dinero que les fueron hurtadas y no recuperadas. En cuanto a los perjuicios morales tuvo en cuenta el Tribunal que las víctimas *“debieron padecer impacto moral fuerte al sentirse retenidos y maltratados, al haber sido despojados de sus bienes dinerarios sin que las conductas propiciantes de estos estados tuviera amparo legal.”*

El Tribunal se abstuvo de reconocer la indemnización solicitada por concepto de lucro cesante futuro por la pérdida de oportunidad, en tanto no se probó que al *“irse*

de este país” hayan dejado de “producir, económicamente” como lo hacían en Colombia.

1.5.- El recurso de apelación.

Ahora bien, el apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, al sustentar la apelación, solicitó revocar la sentencia recurrida por las siguientes razones (fls. 236, 237 c.5):

“Revisado el expediente efectivamente se encuentra probado la ocurrencia de los hechos por las denuncias e investigaciones que adelantó la Procuraduría General de la Nación, y que tuvo como resultado la respectiva destitución de los detectives del DAS, con su respectiva investigación penal.

En cuanto a la participación del Agente de la Policía Nacional en los hechos denunciados se encuentra plenamente probado que para el día de la ocurrencia de los mismos, el mencionado agente se encontraba en franquicia situación esta que es corroborada por el mismo agente en una de sus declaraciones ante la justicia, por lo tanto esto indica que se encontraba por fuera del servicio, lo cual significa que en esos momentos se encuentra por fuera de la órbita del actuar de la administración, situación esta que se desliga del nexo causal que pueda vincular a la institución en el desenvolvimiento de los hechos pues, en ningún momento se puede inferir que el actuar propio del agente de la Policía Nacional se tradujera en reflejar la voluntad de la administración, y más cuando el cometido de esta institución es totalmente distinta a la conducta realizada por el agente fuera del servicio.

De la lectura del proceso disciplinario que obra dentro del expediente se encuentra demostrado que el Agente de policía LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ, para el momento en que ocurrieron los hechos se encontraba de civil y en franquicia, cuando sucedieron los hechos, ya que se encuentra establecido en el acerbo probatorio el hecho de la franquicia por parte de la misma institución. Por lo cual el Nexos espacial no se configura en el presente caso ya que el Agente de Policía QUEVEDO DIAZ, no se encontraba en servicio, al contrario estaba en el goce de la franquicia, donde no portaba ni uniforme, ni arma de dotación oficial, y mucho menos vehículo adscrito a esta institución, resulta entonces incomprensible que todo el actuar de una persona en su actividad por fuera del servicio, se ligue directamente al cargo que desempeña, y mucho menos cuando la actividad que este pueda realizar por fuera de su actividad laboral y sin ningún elemento o instrumento del Estado, éste tenga que ser responsabilizado.

(...)

Podemos entonces manifestar que el hecho presentado se encuadra en una de las causales excluyentes de responsabilidad, como lo es la CULPA PERSONAL DEL AGENTE, ya que el Agente participó en los hechos bajo

el parámetro personal, de civil y en franquicia y dentro de la esfera privada; o sea única y exclusivamente bajo el imperio de su voluntad personal y no en representación del Estado.”

El Tribunal concedió el recurso de apelación mediante providencia del 17 de junio de 1999 y el 11 de noviembre siguiente fue admitido por esta Corporación; el 9 de diciembre de 1999 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fls. 229, 239 y 241 c.5).

En dicho término se pronunció el apoderado de la Nación –Ministerio de Defensa - Policía Nacional, quien reiteró los argumentos expuestos en el escrito de sustentación del recurso de apelación (fls. 243 a 248, c.5).

Tanto el Ministerio Público, como los demás sujetos procesales, guardaron silencio.

2.- CONSIDERACIONES

Previo a decidir, advierte la Sala que la Consejera MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR ha manifestado su impedimento para conocer del presente proceso por haber tenido conocimiento del mismo en instancia anterior como Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca hasta que se dictó sentencia de primera instancia; por lo tanto, ha de aceptarse el impedimento manifestado con fundamento en lo previsto en el numeral 2º del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil³ y, en consecuencia, se deja constancia de que la mencionada Consejera ha sido apartada del conocimiento del asunto y no participa ni interviene en el estudio y decisión de este fallo.

Hecha esta advertencia procede el examen del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de mayo de 1999, precisando que para efectos del respectivo pronunciamiento se tendrá en cuenta que el recurso de apelación únicamente tiene por objeto que se revise la declaratoria de responsabilidad

³ Artículo 150 del C.P.C.: “Son causales de impedimento las siguientes: (...) 2. Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, su cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”.

proferida en contra de la NACION por las imputaciones efectuadas a la POLICIA NACIONAL y en esa medida no hay lugar a revisar ni a modificar las declaraciones y condenas proferidas mediante el fallo de primera instancia en contra de la NACION por las actuaciones del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD D.A.S.

En ese orden de ideas corresponde entonces hacer referencia a la situación probatoria del proceso respecto de la participación de la NACION - POLICIA NACIONAL, por conducto de uno de sus agentes, en los hechos que dieron lugar a la presente demanda para, a partir de allí, resolver el asunto que es materia de impugnación en esta instancia, cual es precisamente la imputación de responsabilidad a dicha entidad pública.

Probatoriamente, en el expediente se encuentra lo siguiente:

a) Oficio mediante el cual el Director de Protección del DAS informó que los funcionarios LUIS EDUARDO GONZALEZ ARENAS y JOSE ANTONIO RAMIREZ CRISTANCHO, *“tenían asignado para la prestación del servicio la camioneta Mazda B2000, color amarillo, placa AG-7585”*. (fl. 93, c.2)

b) Oficio No. 2890 mediante el cual la Unidad 1ª de Delitos contra la Administración Pública - Fiscalía Seccional 203, señaló que *“no se halló constancia alguna”* de investigación *“contra LUIS EDUARDO ARENAS GONZÁLEZ, JOSE ANTONIO SANTAMARIA CRISTANCHO, LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ y CIRO PRADA”*. (fl. 47, c.2)

c) Copia auténtica de la providencia proferida el 30 de octubre de 1991 por la Procuraduría General de la Nación - Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Administrativa, mediante la cual fue impuesta la sanción disciplinaria consistente en destitución a los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad -D.A.S.-, LUIS EDUARDO ARENAS GONZÁLEZ y JOSE ANTONIO SANTAMARIA CRISTANCHO debido a su participación en los hechos perpetrados el 4 de septiembre de 1991 en contra de los ciudadanos chinos BING HUI ZHANG y BING JI ZHANG. (fls. 20 a 24, c.2)

d) Extracto de la Hoja de Vida del Agente LUIS ERNESTO QUEVEDO DÍAZ, en la cual aparece consignado que se retiró de la institución el 31 de enero de 1992 por separación absoluta del servicio como consecuencia del informativo

disciplinario No.117; así mismo, que “*DE ACUERDO A INVESTIGACION DE CARÁCTER DISCIPLINARIO DE FECHA 211090, EN CONSIDERANDOS FIGURA QUE EL SEÑOR EXPOLICIAL, PARA EL 040991, SE ENCONTRABA ADSCRITO A LA V ESTACION DE POLICIA (MEBOG), Y PARA ESA FECHA SE ENCONTRABA DISFRUTANDO DE FRANQUICIA*”. (fls. 122, 123)

e) Oficio No.1618 mediante el cual la Procuraduría Primera Distrital remitió “*fotocopia autenticada de la totalidad del proceso disciplinario No. 026-117-619 promovido por BING HUI ZHANG contra LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ, AGENTE DE LA POLICIA NACIONAL*”.

Esta documentación obra en el cuaderno 2 del expediente y frente a la misma se deben tener en cuenta las reglas que gobiernan la materia atinente a la prueba trasladada, asunto sobre el cual la Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones en el sentido de que aquéllas que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil o que no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, o no hubieren sido practicadas con audiencia de aquélla, no podrán ser valoradas en el primer proceso⁴.

También ha dicho la Sala que, en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes pida que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁵.

Precisado lo anterior, se verifica que sí es posible valorar en el presente proceso contencioso administrativo las pruebas trasladadas del proceso disciplinario al cual se ha hecho referencia, toda vez que en la solicitud de pruebas elevada por el apoderado de la entidad pública apelante al momento de contestar la demanda, se adhirió a la que en su momento formulara el apoderado de la parte actora

⁴ Sentencia de julio 7 de 2005, expediente 20.300.

⁵ Sentencia de febrero 21 de 2002, expediente 12.789

precisamente en el sentido de solicitar el traslado de la averiguación disciplinaria adelantada contra el Agente Luis Ernesto Quevedo (fls. 8 y 59, c.1). De igual manera, a dicha solicitud probatoria accedió el Tribunal según se desprende de lo dispuesto en el auto de fecha 5 de marzo de 1996 –fl.68- y en cumplimiento de la misma se libró el oficio No. 96-D-1536 dirigido al Procurador Provincial para la Vigilancia Administrativa –fl.77-.

El material probatorio trasladado es el siguiente:

- Denuncia penal formulada por el señor BING HUI ZHANG, el día 4 de septiembre de 1991, ante la Unidad Móvil de Denuncias del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, por los presuntos delitos de hurto y secuestro (fl. 5):

“Siendo las diez de la mañana del día de hoy, nos encontrábamos frente al Banco Anglo Colombiano de la carrera 8 con calle quince, en ese momento nos interceptaron cuatro sujetos armados con pistolas metralletas, dos de esos sujetos mostraron carné del Das, otro mostró placa de Policía, éstos sujetos nos hicieron subir a un vehículo camioneta Mazda, color amarillo quemado con placas de color café No.7505 letras AV o AC, color de la placa café, nos llevaron hacia la Circunvalar (sic), luego nos hicieron bajar y tender en el piso amenazándonos de muerte ..., nos despojaron del dinero en efectivo \$15.000.000 quince millones en plata colombiana y Diez Mil Dólares, luego esos sujetos nos hicieron subir a la misma camioneta y nos llevaron a la calle 160 con carrera 29, en esa dirección nos dejaron (...). PREGUNTADO: Diga las características físicas de los sujetos que les hurtaron el dinero. CONTESTO:... el tercero joven de aproximadamente 28 años de edad, gordito, 1,70 de estatura, piel trigueña claro, pelo negro ondulado, se identificó con carnet de la policía placa No. 65626 (...).”

- Informe presentado al Comandante de la Policía Metropolitana de Bogotá por funcionarios de la Unidad de Contrainteligencia de la SIJIN en el cual dan cuenta del “*resultado de la investigación y diligencias adelantadas en ésta Unidad contra el Agente LUIS ERNESTO QUEVEDO DÍAZ*” (fl. 9):

“Se estableció que la placa policial No. 65626, pertenece al Agente QUEVEDO DIAZ LUIS ERNESTO, el cual en la actualidad labora en la Quinta Estación, prestando sus servicios en la Primera Sección de Vigilancia, ... cubriendo el puesto ubicado en la Cr. 3 No. 15-48 (...).

Se realizó la respectiva diligencia de reconocimiento en el álbum fotográfico, donde fue reconocido el citado agente en el álbum de la Vigésima Segunda Estación con el número 193.

Informo a mi General que el personal del DAS comprometido en el hecho responde a los nombres de LUIS EDUARDO ARENAS GONZÁLEZ y JOSE ANTONIO CRISTANCHO, los cuales fueron dejados a disposición del Juzgado 87 de Instrucción Criminal por el organismo a que pertenecen.

Del caso en mención se adelantaron diligencias, las cuales fueron remitidas al juzgado 87 de Instrucción Criminal.”

- Queja formulada por el señor BING HUI ZHANG ante la Procuraduría Delegada para la Policía Judicial y Policía Administrativa, en los siguientes términos:

“El día 4 de este mes, más o menos a diez de la mañana, en la carrera 8 con calle 15, frente al Banco Anglo Colombiano, cuando yo salí del Banco en compañía de mi hermano PING JI ZHANG, cuatro personas con metralletas nos cogieron y nos dicen que ellos son del Das y de la Policía, mostrándonos dos de los carné del Das, otro mostraba una placa de Policía No. 65626, nos echaron a una camioneta mazda, color amarillo, con placa 7505 letras AV o AC, color de la placa café nos llevaron arriba por la Circunvalar y nos decían que nos iban a matar (...).”(fl. 52)

En la ampliación de denuncia, el quejoso manifestó:

“en la Subestación de Policía del Barrio Nicolás de Federmán se hizo un reconocimiento en los archivos fotográficos y reconocieron al Policía y el álbum indicaba que era de la Estación 22... y luego ellos van a Personal en la Sijín... y en los archivos se confirma que el Policía se llama LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ con la placa 65626 que fue la que informé antes en mi queja del agente que nos secuestró y participó en el robo (...).” (fl. 54)

- Copia de providencia proferida el 19 de septiembre de 1991 por el Juzgado 37 de Instrucción Penal Militar en la cual se dispuso decretar medida de aseguramiento de detención preventiva contra LUIS EDUARDO ARENAS GONZÁLEZ, JOSE ANTONIO SANTAMARÍA CRISTANCHO y LUIS ERNESTO QUEVEDO DÍAZ, “como probables autores del delito de hurto calificado y agravado” del cual fueron víctimas los señores BING HUI ZHANG y BING JI ZHANG. (fls. 36 a 48)
- Copia del acta suscrita en la diligencia de “Reconocimiento Fotográfico” efectuada el 5 de septiembre de 1991, en la cual el denunciante BING HUI ZHANG, bajo la gravedad del juramento, reconoció en la fotografía No. 193 al agente Luis Ernesto Quevedo Díaz. (fls. 13 a 15)

- Copia del Auto No. 133 de octubre 23 de 1991 mediante el cual el MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL - POLICIA METROPOLITANA DE BOGOTÁ - COMANDO, resolvió lo siguiente (fls. 99 a 101):

“ARTICULO PRIMERO.- Solicitar a la Dirección General de la Policía Nacional, la SEPARACION ABSOLUTA DE LA INSTITUCION CON NOTA DE MALA CONDUCTA DEL AG. LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ... por encontrarse responsable de infringir el Reglamento de Disciplina para la Policía Nacional... consistente en ser sujeto activo de los hechos sucedidos el día 040991, cuando en compañía de otras tres personas despojaron de la suma de \$15.000.000 de pesos y US 10.000 dólares a los señores BING HUI ZHANG y BING JI ZHANG, según denuncia instaurada en el Cuerpo Técnico de Policía Nacional.

...

ARTICULO CUARTO.- Contra la presente providencia procede el recurso de reposición y en subsidio el de apelación ante la Dirección General de la Policía Nacional...”

- Oficio No. 0214 del 14 de noviembre de 1991, mediante el cual el Jefe de Investigación y Disciplina de la Policía Metropolitana de Bogotá informó a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa que:

“contra el AG. LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ por los hechos del 040991, se adelantó el informativo disciplinario No. 117... y en la actualidad se falló en primera instancia mediante auto No. 133, solicitándose la separación absoluta de la Institución con nota de mala conducta del inculpado.” (fl. 106)

- Providencia No. 002 de 1991 expedida por la Procuraduría Provincial de Bogotá - Vigilancia Administrativa, mediante la cual se resolvió *“ABSTENERSE DE PROSEGUIR la investigación disciplinaria adelantada en contra del Agente LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ”* debido a que el Comando de la Policía Metropolitana de Bogotá inició y falló, en primera instancia, una investigación por los mismos hechos; en consecuencia, la Procuraduría Provincial dispuso el archivo del expediente (fl. 111 a 114).

El acervo probatorio que antecede evidencia diversos aspectos que refutan el planteamiento formulado por el apoderado de la apelante en el sentido de señalar que la participación del Agente LUIS ERNESTO QUEVEDO DIAZ en los hechos que dieron lugar al presente proceso hubiere sido a título personal, porque para la fecha de su ocurrencia se encontraba en ‘franquicia’ y que, en esa medida, tal actuación no comprometía la responsabilidad institucional de la Policía Nacional.

En efecto, al respecto se destaca lo siguiente:

i. La descripción suministrada por el señor BING HUI ZHANG ante las autoridades que recepcionaron la denuncia coincidió con las características físicas del agente QUEVEDO DIAZ, según se verificó en la diligencia de reconocimiento fotográfico.

ii. Se constató igualmente que dicho agente participó en tales hechos porque éste hizo uso de su placa de identidad, al punto que el señor HUI ZHANG en su denuncia hizo una precisa referencia al número de la misma, datos que al ser verificados dieron como resultado que en efecto esa placa era la que el agente tenía asignada.

iii. El Agente QUEVEDO DIAZ fue sancionado disciplinariamente con la separación absoluta de la institución tras haberse comprobado su participación, junto con dos funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en los hechos de que fueron víctimas los señores HUI ZHANG.

Para llegar a tal determinación se tuvieron en cuenta precisamente los hechos señalados en los ítems anteriores, así:

“Se estableció que la placa de identificación Policial Nro. 65626 corresponde al AG. LUIS ERNESTO QUEVEDO DÍAZ, quien también fue reconocido por los ofendidos en el álbum fotográfico y en fila de personas hecho en la sala de la Sijin con personal vestido de civil como una de las personas participantes en el ilícito y quien mostró dicha placa, estando disfrutando de franquicia el citado Agente cuando ocurrieron los hechos.”

Respecto de la incidencia que para el presente proceso contencioso administrativo tiene el aludido fallo de naturaleza disciplinaria, conviene recordar los señalamientos efectuados por la Sala, así:

En sentencia del 4 de diciembre de 1991⁶ señaló lo siguiente:

“Sobre el mérito probatorio que tienen los fallos disciplinarios, la Sala reitera la pauta jurisprudencial que fijó en sentencia de 9 de octubre de mil novecientos ochenta y seis (1986), Expediente No. 3213. Actor Nadin Ospina Morales, en el cual se discurrió dentro del siguiente temperamento:

⁶ Expediente No. 6608. Magistrado Ponente Dr. Julio Cesar Uribe Acosta.

" ... la copia del fallo disciplinario constituye prueba documental de excepcional importancia, no sólo porque mediante ella se infiere que el personal victimario fue sancionado disciplinariamente por su conducta ilegal e injusta, por fuera de los cánones del buen servicio, que ese personal estaba adscrito a la Policía Nacional y que cuando causó la tragedia estaba en misión de servicio. Para la Sala, la copia del fallo en cuestión sería suficiente para evidenciar la existencia de la falla del servicio, porque la decisión pidió la destitución de los miembros de la Policía que efectuaron el operativo, precisamente porque en forma ilegal, so pretexto de un allanamiento, prolongado irregularmente ejercieron sus funciones con el saldo trágico que se dejó expuesto ..."

En similar sentido la Sala ha señalado que⁷:

*"Ha sido tesis reiterada en la jurisprudencia de la Sección, la posibilidad que tiene el Juez Administrativo de apartarse **de la sentencia penal, o su equivalente**, se agrega, en razón de las diferencias sustanciales que existen entre ambas acciones, aunque sin dejar de destacar la importancia que tienen dichos fallos en las decisiones que se adopten en esta jurisdicción⁸.*

*Se adoptó tal criterio, por considerar que si bien la decisión de carácter penal no puede ser modificada por la jurisdicción contenciosa y que la misma hace tránsito a cosa juzgada, dicho efecto se predica de la situación jurídico penal del procesado y, en algunos eventos, en relación con la responsabilidad civil del funcionario sometido a juicio, pero no con respecto a la decisión que deba tomarse cuando lo que se cuestiona es la responsabilidad del Estado⁹, **pues a pesar de que se declare la***

⁷ Sentencia del 4 de junio de 2008, expediente No. 15657. Magistrado Ponente Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

⁸ Nota original de la sentencia citada: "En sentencia de la Sección proferida el 17 de marzo de 1994, se dijo: "...entre una y otra acción, la penal y la administrativa se presentan radicales diferencias en su contenido, filosofía, sujetos afectados, regulación legal y procedimental, sin desconocer, desde luego, que en la mayoría de los casos las sentencias penales inciden de manera muy importante en los fallos que profiere la jurisdicción contencioso administrativa... Si bien es cierto que la condena penal genera para el procesado o para quienes patrimonialmente deban responder, la obligación civil de reparar los daños ocasionados con el delito, la responsabilidad extracontractual de la administración no se origina necesariamente en el hecho punible del agente público, que por lo demás puede no existir, sino que su origen se encuentra en la falla de la administración en la prestación de los servicios públicos (...) Pero además de lo anterior, observa la Sala que no siempre son la mismas partes las que intervienen en cada uno de los procesos y en este punto también difieren la acción penal de la administrativa... En las anteriores condiciones, dadas las diferencias rápidamente enunciadas entre una y otra acción, estima la Sala que no puede brindárseles un tratamiento idéntico respecto de sus efectos, hasta el punto de que la sentencia del juez penal en todos los casos condicione la decisión del juez administrativo. Esta, por lo demás, ha sido tesis sostenida en varias oportunidades por la Sala, entre otras, en providencia de 28 de junio de 1991... donde se dijo: "Aquí se repite que el juez administrativo, si tiene otras pruebas u otros elementos de juicio distintos a los que le suministre la sentencia penal podrá, sin desconocer la cosa juzgada, llegar en materia de responsabilidad administrativa a una solución en aparente contradicción con aquella. Se dice en "aparente" contradicción porque en el fondo se refieren a aspectos o realidades diferentes. Así podrá el juez administrativo declarar que hubo falla del servicio a pesar de la absolución penal del agente o absolver a la entidad pública pese a la condena de aquél. Y lo anterior no puede entenderse sino teniendo clara idea inicial expuesta en el numeral 1º de este fallo, que el hecho del agente puede dar lugar a la aplicación de dos normatividades diferentes: la penal para el delito y la administrativa para la responsabilidad del ente a que pertenece el agente que lo cometió".

⁹ Nota original de la sentencia citada: "Sentencia del 1 de noviembre de 1985, exp: 4571, dijo la Sala: "Una es la responsabilidad que le puede tocar (sic) al funcionario oficial, como infractor de

responsabilidad personal del funcionario, la entidad a la cual éste se encuentre vinculado puede no ser responsable del daño, por no haber actuado aquél en desarrollo de un acto propio de sus funciones o no haber tenido su actuación ningún nexo con el servicio público¹⁰¹¹, o por el contrario, el funcionario puede ser absuelto por no haberse demostrado la antijuridicidad de su conducta, de tal manera que no resulte comprometida su responsabilidad penal y, en cambio, el juez administrativo puede encontrar comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado, con la demostración de la antijuridicidad del daño, elemento fundante de la responsabilidad estatal consagrada en el artículo 90 de la Carta Política.

La misma situación se predica respecto del fallo disciplinario proferido por el Departamento de Policía, Seccional Cauca, mediante el cual se absolvió de responsabilidad a los policías que participaron en los hechos del 14 de septiembre de 1.995.” (Se resalta)

Para efectos del asunto *sub exámine* la Sala considera que no hay lugar a apartarse del fallo disciplinario proferido en contra del Agente QUEVEDO DIAZ, sino que, por el contrario, dicha providencia constituye precisamente uno de los elementos de juicio que, aunados a los demás hechos probados en el presente proceso permite establecer que la actuación de dicho funcionario no fue ajena al servicio, sino que por el contrario fue prevaliéndose de tal servicio y con ocasión del mismo que tuvo lugar su participación en la agresión perpetrada contra los demandantes HUI ZHANG.

Tanto es así que aún para la autoridad disciplinaria la circunstancia de que el agente se hubiere encontrado en franquicia el día de los hechos resultó irrelevante al momento de valorar su conducta, pues lo determinante y evidente fue precisamente que aún a pesar de ello y vestido de civil en todo caso adujo su condición de miembro de la institución armada, presentando la placa que lo identificaba como tal, para perpetrar el hecho.

una norma penal y otra muy diferente la responsabilidad estatal que se puede inferir de esta conducta, cuando ella pueda así mismo configurar una falla del servicio. Son dos conductas subsumidas en normas diferentes, hasta el punto que puede darse la responsabilidad administrativa sin que el funcionario sea condenado penalmente. Basta recordar que una es la culpa penal y otra la civil o administrativa”. En el mismo sentido, sentencia de 24 de junio de 1992, exp: 7.114; 17 de marzo de 1994, exp: 8585; 5 de mayo de 1994, exp: 8958; 18 de febrero de 1999, exp: 10.517; 26 de octubre de 2000, exp: 13.166 y de 25 de julio de 2002, exps: 13.744 y 14.183, entre otras.”

¹⁰ Nota original de la sentencia citada: “Ver, por ejemplo, sentencias de 20 de febrero de 1992, expediente 6514 y de 21 de septiembre de 2000, exp: 11.766.”

¹¹ En el mismo sentido, ver sentencia del 15 de junio de 2000. Expediente No. 11330. Magistrado Ponente Dr. Ricardo Hoyos Duque.

Desde este punto de vista la defensa esgrimida por el apoderado de la apelante bajo la figura de la falta personal del agente resulta inaceptable, pues tal planteamiento lo que en últimas comporta es la invocación del hecho exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad y lo cierto es que en el presente caso ésta no se configura, básicamente porque la conducta del agente no fue ajena a la Administración, aspecto este último sobre el cual la Sala ha expresado:

*“... en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, **la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal;** además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad antes anotadas, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culposo sino que constituya la causa exclusiva del daño.*

Así pues, en relación con la aludida causa extraña, la Sala ha sostenido lo siguiente:

*“Es cierto que **el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no dependa de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño.***
(Se resalta)

(...)

Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el sub-júdice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo (sic) o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.”

En torno del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor Consejero Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, cuyos apartes pertinentes contienen:

“La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsela como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea

*imprevisible e irresistible para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.*¹²¹³. (Se resalta)

Lo dicho resulta suficiente para concluir que el recurso de apelación interpuesto por la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL no está llamado a prosperar y en esa medida habrá de confirmarse la sentencia impugnada en cuanto declaró la responsabilidad de dicha entidad demandada.

Como consecuencia de lo anterior, la Sala también confirmará la sentencia apelada en cuanto condenó a la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional al pago de la tercera parte de la condena impuesta por concepto de perjuicios materiales y morales, condena que en todo caso amerita algunos señalamientos que no comportan agravación alguna para dicha institución:

a) Perjuicios morales:

La Sala modificará la sentencia del Tribunal en cuanto la condena impuesta lo fue en gramos de oro, para calcularla en salarios mínimos legales mensuales vigentes, pues en lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones por perjuicios morales, debe recordarse que de acuerdo con lo expresado en sentencia del 2001¹⁴, esta Sala abandonó el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980 para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicios morales; se ha considerado, en efecto, que la valoración de dichos perjuicios debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio y se ha sugerido la imposición de condenas en salarios mínimos legales mensuales, lo cual impone modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

sí las cosas, a cada uno de los demandantes BING HUI ZHANG y BING JI ZHANG, les corresponde como indemnización por el daño moral sufrido el valor equivalente a la cantidad de TREINTA (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹² Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994); Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación número: 9276.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008); Radicación No.: 85001 23 31 000 0440 01; Expediente No. 16.530.

¹⁴ Consultar sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646.

A su turno, para la señora GENNY CAROLINA HEWITT BONILLA la indemnización por dicho concepto equivaldrá a la cantidad de QUINCE (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

b) Perjuicios materiales:

En cuanto atañe a los perjuicios materiales, la Sala se limitará a actualizar la condena que el Tribunal ordenó pagar a los señores BING HUI ZHANG y BING JI ZHANG mediante sentencia del 20 de mayo de 1999, de conformidad con la siguiente fórmula¹⁵:

$$Ra= Va \times \frac{\text{Índice Final (diciembre de 2008)}}{\text{Índice Inicial (mayo de 1999)}}$$

$$Ra= \$ 18'455.000 \quad \times \quad \frac{(191,62)}{(106,24)}$$

$$Ra= \$ 33'286.399$$

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

FALLA:

PRIMERO: ACEPTAR el impedimento manifestado por la doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR.

SEGUNDO: MODIFÍCASE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 20 de mayo de 1999, el cual quedará así:

“TERCERO. Condénase a la Nación a indemnizar a:

A. Bing Hui Zhang, Bing Ji Zhang:

¹⁵ La renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes en el cual fue proferido el fallo de primera instancia.

1. Por perjuicios materiales en la suma de **TREINTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS (\$33'286.399)**, en la forma actualizada indicada en la parte motiva de esta sentencia.

2. Por perjuicios morales, para cada uno, en **TREINTA (30) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**.

B. Genny Carolina Hewitt Bonilla, por perjuicios morales, en **QUINCE (15) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**.

C. Dichas indemnizaciones las hará la Nación, en los siguientes porcentajes, y con cargo a los presupuestos de las siguientes Entidades Administrativas:

3. Las dos terceras partes por el Departamento Administrativo de Seguridad.

4. Una tercera parte por el Ministerio de Defensa Nacional (Policía Nacional).”

TERCERO.- En lo demás, estése a lo resuelto en la sentencia proferida el 20 de mayo de 1999 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE, CÚMPLASE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Aclaración de Voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

**HECHO DE UN TERCERO - Imprevisibilidad e irresistibilidad. Improcedencia
CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Imprevisibilidad e irresistibilidad.
Improcedencia / IRRESISTIBILIDAD E IMPREVISIBILIDAD - Fuerza mayor.
Exclusividad**

Al hacer extensivos los mismos caracteres de la fuerza mayor, a las otras dos eximentes de la responsabilidad patrimonial, esto es, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, distorsiona cada una de las mismas y, por el contrario, las subsume en el mismo espectro de la primera, lo que conllevaría a afirmar sin anfibología alguna que eventos en los cuales el daño proviene de la culpa de la víctima o de un tercero, el demandado debe demostrar, en todos los casos, una fuerza mayor, es decir que el curso de los acontecimientos fue absolutamente imprevisto e irresistible para el mismo, lo cual es inadmisibles en cuanto desdibuja la institución de la causa extraña. El problema de la causa extraña debe, por consiguiente, deslindarse de cualquier consideración causal puesto que es esa imbricación avalada por la Sala, la que conlleva a exigir la prueba de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de la culpa exclusiva de la víctima y del hecho de un tercero, cuando lo cierto es que los mismos se refieren de manera exclusiva a la fuerza mayor, y en menor medida al caso fortuito, pero respecto de aquéllos. Como se aprecia, de aceptarse la necesidad de que el demandado demuestre la imprevisibilidad e irresistibilidad, bien de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho del tercero, se haría más riguroso incluso para el mismo acreditar estas modalidades de causa extraña que el caso fortuito que es, de igual manera, una excluyente de responsabilidad en materia contencioso administrativa en aquellos eventos en los cuales se aplica el régimen subjetivo de imputación, esto es, la falla del servicio. Por lo tanto, desde mi perspectiva, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como causales eximentes de la responsabilidad no pueden ser reconducidas por la doctrina y jurisprudencia nacional, con miras a someter bajo un mismo prisma los requisitos y elementos que gobiernan a la fuerza mayor, so pena de desdibujar los entornos delimitantes que existen entre uno y otro evento de los diversos que componen el concepto genérico de “causa extraña”.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-1993-09409-01(16927)

Actor: BING HUI ZHANG Y OTROS

**Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL-
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD-DAS-**

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION SENTENCIA

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales si bien comparto la decisión adoptada el 25 de febrero de 2009, proferida dentro del proceso de la referencia, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmado en la respectiva providencia.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En el proveído ya señalado, en cuanto concierne a las características de la causa extraña –en sus diversas modalidades, esto es, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, y el hecho de un tercero–, se puntualizó lo siguiente:

“Desde este punto de vista la defensa esgrimida por el apoderado de la apelante bajo la figura de la falta personal del agente resulta inaceptable, pues tal planteamiento lo que en últimas comporta es la invocación del hecho exclusivo de un tercero como causal eximente de responsabilidad y lo cierto es que en el presente caso ésta no se configura, básicamente porque la conducta del agente no fue ajena a la Administración, aspecto este último sobre el cual la Sala ha expresado:

“... en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que este último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquél, de manera que se produce la ruptura del nexo causal; además, como ocurre tratándose de cualquier causa extraña, se ha sostenido que la misma debe revestir las características de imprevisibilidad e irresistibilidad antes anotadas, más allá de la consideración de acuerdo con la cual ha de tratarse de una conducta ajena a la de la entidad pública demandada. Adicionalmente, no puede perderse de vista que para que el hecho del tercero pueda ser admitido como eximente de responsabilidad no se precisa que sea culposo sino que constituya la causa exclusiva del daño.

“Así pues, en relación con la aludida causa extraña, la Sala ha sostenido lo siguiente:

“Es cierto que el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no dependa de la propia administración y

además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño.

“(…) Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el sub-júdice, irresistible e imprevisible para el Estado Colombiano, en razón a que si estaba en condiciones de proveerlo (sic) o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta con el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida.”

“En torno del tema analizado, cabe recordar el fallo de 24 de agosto de 1989, expediente 5693, del cual fue ponente el señor Consejero Doctor Gustavo de Greiff Restrepo, cuyos apartes pertinentes contienen:

*"La doctrina es unánime al considerar que para que el hecho del tercero pueda configurarse como causal de exoneración de responsabilidad, es indispensable que pueda tenérsela como causa exclusiva del daño, producida en tales circunstancias que sea imprevisible e irresistible **para que reúna las características de una causa extraña, ajena a la conducta de quien produjo el daño.**"¹⁶¹⁷. (Páginas 20 y 21 de la sentencia - negrillas y cursivas del original).*

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto de las afirmaciones antes transcritas, tal y como lo he venido haciendo en forma sistemática¹⁸, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. El aspecto sobre el que recae la presente aclaración de voto se refiere a la afirmación efectuada en la sentencia, según la cual, la causa extraña en sus diferentes modalidades (fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima, y hecho de un tercero) deber revestir las características comunes de: i) irresistibilidad; ii) imprevisibilidad, y iii) exterioridad frente al demandado, para lo cual la Sala se apoyó en el desarrollo doctrinal del tratadista Javier Tamayo Jaramillo, tal y como se reconoce expresamente en la providencia (ver páginas 26 y siguientes).

¹⁶ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cuatro (1994); Consejero ponente: Daniel Suárez Hernández; Radicación número: 9276.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008); Radicación No.: 85001 23 31 000 0440 01; Expediente No. 16.530.

¹⁸ Al respecto ver: aclaración de voto a la sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16.726, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

2.2. Me aparto respetuosamente de la postura mayoritaria, en tanto al hacer extensivos los mismos caracteres de la fuerza mayor, a las otras dos eximentes de la responsabilidad patrimonial, esto es, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero, distorsiona cada una de las mismas y, por el contrario, las subsume en el mismo espectro de la primera, lo que conllevaría a afirmar sin anfibología alguna que eventos en los cuales el daño proviene de la culpa de la víctima o de un tercero, el demandado debe demostrar, en todos los casos, una fuerza mayor, es decir que el curso de los acontecimientos fue absolutamente imprevisto e irresistible para el mismo, lo cual es inadmisibile en cuanto desdibuja la institución de la causa extraña.

En efecto, así se desprende de lo expuesto por el doctrinante Tamayo Jaramillo –y que sirvió de fundamento a los planteamientos de la Sala, tal y como se puntualizó anteriormente–, para quien este último concepto presupone el primero, en los términos que se señalan a continuación:

“Cuando la actividad de la víctima puede considerarse como causa exclusiva del daño, habrá exoneración total para el demandado; pero importa el hecho de la víctima sea culposo o no; **en este caso, ese hecho constituye una fuerza mayor que exonera totalmente al demandado...**”¹⁹ (negritas adicionales).

2.3. El problema de la causa extraña debe, por consiguiente, deslindarse de cualquier consideración causal puesto que es esa imbricación avalada por la Sala, la que conlleva a exigir la prueba de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de la *culpa exclusiva de la víctima* y del *hecho de un tercero*, cuando lo cierto es que los mismos se refieren de manera exclusiva a la fuerza mayor, y en menor medida al caso fortuito, pero respecto de aquéllos.

En consideración a lo anterior, vale la pena extraer lo precisado por la doctrina sobre la materia:

“La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta.

¹⁹ TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo II, Ed. Legis, Bogotá D.C., pág. 60.

“(…) La cuestión consiste en determinar si el hecho del tercero debe revestir los caracteres de la fuerza mayor, cuestión que presenta un interés de primer plano en el caso de la responsabilidad del demandado sea presunta, y que es muy discutido en esta esfera. En otras situaciones, apenas si experimenta dificultades: no se descubre por qué se exigiría del demandado, cuando nada lo designa para que soporte el peso de la responsabilidad, que se hubiera encontrado en la imposibilidad de prever el hecho del tercero y de resistir al mismo; desde el momento en que ese hecho sea la causa del daño, la víctima no hace la prueba que se le exige: no demuestra una relación de causalidad entre el perjuicio y una culpa del demandado”²⁰

La anterior distinción, se refleja de manera más contundente de la versión original (Francesa) del Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual”, en la cual los hermanos Mazeaud precisaron, refiriéndose a la diferencia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, lo siguiente:

“Las situaciones son completamente diferentes. La culpa de la víctima no es un caso de fuerza mayor.”²¹ (Negrillas adicionales).

2.4. Como se aprecia, de aceptarse la necesidad de que el demandado demuestre la imprevisibilidad e irresistibilidad, bien de la culpa exclusiva de la víctima o del hecho del tercero, se haría más riguroso incluso para el mismo acreditar estas modalidades de causa extraña que el caso fortuito que es, de igual manera, una excluyente de responsabilidad en materia contencioso administrativa en aquellos eventos en los cuales se aplica el régimen subjetivo de imputación, esto es, la falla del servicio.

2.5. Así mismo, la posición mayoritaria asumida en la providencia, contradice dos recientes pronunciamientos de la misma Sección Tercera²², en los cuales se puntualizó lo siguiente:

“Ahora bien, en relación con la culpa exclusiva de la víctima como causal eximente de responsabilidad, es importante definir el contenido y alcance de la misma, con miras a establecer qué elementos y características deben estar acreditados a efectos de que se rompa el nexo de imputación con el Estado de manera total o

²⁰ MAZEAUD Henri y Léon, André Tunc “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 38.

²¹ MAZEAUD, Henri y Léon « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle » Ed. Librairie du Recueil Sirey, T.II, 1934, Paris.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 13 de agosto de 2008, exp. 17042, y de 15 de octubre de 2008, exp. 18.586, M.P. Enrique Gil Botero.

parcial. Lo anterior, toda vez que en materia de responsabilidad de la administración pública derivada de redes eléctricas la víctima puede tener, en un gran número de casos, una participación en los hechos productores del resultado, condición que debe ser valorada para efectos de configurar y delimitar la circunstancia exonerativa.

“Desde la perspectiva general, es claro que el hecho de la víctima a efectos de que sea valorado como causal eximente de responsabilidad no necesariamente debe revestir, en relación con el demandado, las condiciones de *irresistibilidad e imprevisibilidad* de la fuerza mayor, como quiera que no existe disposición jurídica que radique en cabeza del tercero a quien se le imputa del daño la obligación de precaver los hechos de la víctima y, más aún, de evitarlos.

“En efecto, el demandado sólo se encuentra obligado a evitar los daños padecidos por la víctima en aquellos eventos en que se encuentre en *posición de garante*²³ frente a aquélla, casos en los cuales, a efectos de enervar la acción indemnizatoria debe acreditar la imprevisibilidad e irresistibilidad de la conducta que origina el daño, con miras a exonerarse de la responsabilidad que se le endilga. *A contrario sensu*, en las demás circunstancias, el demandado se libera si logra acreditar que fue la consecuencia del comportamiento de la propia persona que sufrió el daño.

“En ese sentido, la Sala debe precisar y desarrollar la posición jurisprudencial vigente, como quiera que en reciente oportunidad se señaló:

“En este caso, la entidad demandada y las llamadas en garantía alegaron como eximente de responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima. Advierte la Sala que el hecho de la víctima, como causa extraña y exclusiva, impone la prueba de que se trató de un acontecimiento que le era imprevisible e irresistible para la Administración. De no ser así, de tratarse de un hecho o acto previsible o resistible para la entidad, se revela una falla del servicio en el entendido de que dicha entidad teniendo un deber legal, no previno o resistió el suceso, pues como lo advierte la doctrina “*sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor.*”²⁴

“El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “*consigo la absolución completa*” cuando “*el presunto responsable prueba la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se*

²³ Acerca del concepto de posición de garante, así como su aplicación en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado, se pueden consultar las siguientes sentencias: de 4 de octubre de 2007, exp. 15567, de 4 de diciembre de 2007, exp. 16894, y 20 de febrero de 2008, exp. 16696.

²⁴ Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima”²⁵.²⁶(Destaca la Sala).

“Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían trazado en su obra “Lecciones de Derecho Civil” (1960), cuando en su tratado de “Responsabilidad Civil” (1963), en relación con la materia objeto de análisis manifestaron:

“1462. ¿Debe ser imprevisible e irresistible el hecho de la víctima? - La irresistibilidad y la imprevisibilidad son, por lo general, consideradas como necesarias para que haya fuerza mayor; pero no para que el hecho de la víctima sea una causa liberatoria. Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarse a que se prevenga en contra de los acontecimientos naturales.

“(…)”²⁷ (Negrillas de la Sala).

“Lo anterior no quiere significar en modo alguno, que el hecho de la víctima en ocasiones pueda ser total o parcial, en cuanto se refiere a la materialización del resultado dañoso, motivo por el cual será el juez quien en cada caso concreto el que valorará el curso o cursos causales existentes, para determinar la imputación fáctica del daño antijurídico, lo que permitirá establecer si operó una causa única o si existió una concausa, situación ésta en la que habrá que fijar proporcionalmente, según el grado de participación de cada sujeto, el monto del perjuicio padecido.

“Ahora bien, no significa lo anterior que toda conducta de la víctima tenga la suficiente dimensión o entidad para excluir o enervar la imputación frente al presunto responsable; el comportamiento de aquella para poder operar como causal exonerativa de responsabilidad debe ostentar una magnitud, de tal forma que sea evidente que su comportamiento fue el que influyó, de manera decisiva, en la generación del daño.

“El principio de confianza conlleva implícito la tranquilidad que tienen las personas que integran la sociedad, de que el Estado prestará adecuadamente sus servicios públicos, por lo que, no cualquier tipo de participación de la víctima, en una actividad riesgosa, reviste la

²⁵ Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, Págs. 332 y 333.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16235, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁷ MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André “Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil”, Tomo Segundo, Volumen II, Ed. Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, Pág. 40.

“Pero la doctrina y la jurisprudencia discuten sobre la necesidad de que ese hecho exclusivo de la víctima sea imprevisible e irresistible. Los Mazeaud sostienen que la “imprevisibilidad y la irresistibilidad no son necesarias al hecho exclusivo de la víctima, para que este exonere de responsabilidad.” TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Tomo II, Pág. 61.

estatus necesario para excluir la responsabilidad de la administración.

“En síntesis, no se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño; incluso, una participación parcial de la víctima en los hechos en modo alguno determina la producción del daño, sino que podría de manera eventual conducir a estructurar una concausa y, por lo tanto, a reconocer una proporcionalidad en la materialización del mismo y en su reparación.

“Así las cosas, si la culpa de la víctima es causa parcial (concausa) en la producción del daño, esta circunstancia puede constituir un factor de graduación del perjuicio, todo lo cual dependerá del grado de participación de la propia persona afectada en la concreción de los hechos que son objeto de análisis.”(negrillas y cursivas del original - subrayado adicional).

2.6. Por lo tanto, desde mi perspectiva, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero como causales eximentes de la responsabilidad no pueden ser reconducidas por la doctrina y jurisprudencia nacional, con miras a someter bajo un mismo prisma los requisitos y elementos que gobiernan a la fuerza mayor, so pena de desdibujar los entornos delimitantes que existen entre uno y otro evento de los diversos que componen el concepto genérico de “causa extraña”.

Una visión como la sostenida por la posición mayoritaria –que por cierto resulta paradójica dada la existencia de las sentencias de agosto y octubre de 2008, que avalan la tesis que se defiende en esta aclaración de voto–, parte de una visión causalista de la responsabilidad en donde, el juez no atribuye resultados o consecuencias a partir de la verificación de la existencia de un daño, sino que, supuestamente, actuaría a partir de la constatación de la naturaleza, en busca de la causa o el origen de las cosas, en este caso del resultado, lo cual traduce una labor experimental - científica, que no es la propia de un operador de las ciencias sociales.

La labor del juez, a partir del análisis fáctico y probatorio de los hechos, es establecer a quién le resulta material y jurídicamente imputable el daño, para lo cual cuenta con todos los elementos y herramientas que le brinda el ordenamiento jurídico a efectos de endilgar la mencionada responsabilidad, tarea que no se acompasa con una labor naturalística (verificación material y externa) sino que,

por el contrario, corresponde a una actividad racional e inteligible (logos) en la que se analizan los supuestos de hecho para luego, previa la interpretación de normas y principios jurídicos, inferir un determinado resultado que, en el caso concreto, será la obligación de reparar integralmente el perjuicio.

2.7. De otro lado, en tratándose de la culpa exclusiva de la víctima y del hecho del tercero, no se requerirá constatar que los mismos devengan en irresistibles e imprevisibles para el demandado sino que, este último no haya incidido decisivamente en la producción de los hechos o, de otra parte, no se encuentre en posición de garante, en cuyo caso el resultado le será imputable materialmente (imputatio facti). Así las cosas, lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada (culpa de la víctima) o del tercero fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño.

En los anteriores términos dejo planteada mi posición frente a la forma como la Sala abordó el análisis de los elementos de la responsabilidad, así como el instituto de la causa extraña, puesto que me aparto del contenido dogmático plasmado a lo largo de la parte motiva de la sentencia, en tanto estoy convenido de los razonamientos expuestos a lo largo de esta aclaración de voto, que espero fomente el debate jurídico respecto de los citados aspectos, puesto que constituyen una parte significativa del núcleo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra