

OBJETO DEL RECURSO DE APELACION / RECURSO DE APELACION - Objeto / COMPETENCIA DEL AD QUEM - La determina el recurso de apelación

Resulta necesario precisar, ab initio, que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada está encaminado, de un lado, a que la condena impuesta en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia incluya a la Policía Nacional, dada su intervención en la producción del hecho dañoso y, de otro lado, a que se reduzca el monto de la condena al Ejército Nacional por haberse configurado una concurrencia de culpas entre la víctima y dicha entidad. Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, consideración que cobra mayor significado en el sub lite si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás aspectos del fallo impugnado, incluyendo la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, la propia apelante manifiesta su conformidad y sostiene que esos otros aspectos de la sentencia de primera instancia merecen ser confirmados. Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C. En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”. Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.).

COMPETENCIA DEL SUPERIOR - Limitaciones / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Aplicación

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la no reformatio in pejus, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia. Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único,

encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política. No sobra puntualizar que la no reformatio in pejus –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: i).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la litis (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; ii).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... aun cuando fuere desfavorable al apelante” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.).

NOTA DE RELATORIA: Acerca del alcance de la garantía de la no reformatio in pejus, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de julio 18 de 2002, exp. 19.700; sentencia de agosto 10 de 2000, exp. 12.648. M.P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

NO REFORMATIO IN PEJUS - Noción

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, ...”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos.

COMPETENCIA DEL JUEZ - Límite material

De esta manera resulta claro que el límite material que para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la no reformatio in pejus, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación. En el caso sub exámine, se tiene que la impugnación contra la sentencia de primera instancia la edificó la propia parte demandada –bueno

es reiterarlo— sobre la base de admitir que la responsabilidad que le fue declarada en la sentencia dictada por el a quo se encuentra suficientemente acreditada en el expediente. Así las cosas, comoquiera que la declaratoria de responsabilidad del Tribunal a quo respecto de la entidad demandada no fue objeto de pronunciamiento alguno por la entidad demandada, ni mucho menos controvierte tal extremo, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, de manera que los referidos son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión que profirió el a quo.

EJERCITO Y POLICIA NACIONAL - Hacen parte de una misma persona jurídica. La Nación / RESPONSABILIDAD SOLIDARIA - Improcedencia

Sobre el particular cabe precisar que en el presente asunto la demanda centró la imputación del daño irrogado a los actores exclusivamente sobre el Ejército Nacional y no sobre la Policía Nacional, a lo cual se agrega que los dos organismos mencionados hacen parte de una misma y única persona jurídica, cual es La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, persona que fue debidamente notificada y representada dentro del proceso y, por tal razón, en cuanto fue la única demandada es claro que la declaratoria de responsabilidad solo puede recaer, como en efecto solo recae, sobre ella. Asimismo, debe precisarse que pese a que ambas entidades cuentan con autonomía presupuestal independiente entre sí una de la otra, lo cierto es que –se reitera-, las mismas pertenecen a una misma y única persona jurídica, esto es la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, motivo por el cual dicha distinción se torna en un asunto meramente de organización administrativa interna, la cual resulta ajena por completo al objeto del debate procesal. Tampoco resulta predicable la responsabilidad solidaria entre los mencionados entes (artículo 2.344 del Código Civil), pues dicha figura se halla instituida para aquellos casos en los que si en la producción del hecho dañoso demandado hubieren participado dos o más personas, el demandante queda facultado por la ley para hacer exigible la obligación indemnizatoria respecto del daño irrogado a cualquiera de aquellas personas que hubieren participado en su producción y, comoquiera que tanto el Ejército como la Policía Nacional pertenecen a la misma persona jurídica Nación – Ministerio de Defensa Nacional, la responsabilidad solidaria de esa persona jurídica resulta legal y ontológicamente imposible para con o respecto de ella misma.

MUERTE DE AGENTE DE POLICIA - Por parte del Ejército Nacional / MUERTE DE POLICIA - Responsabilidad extracontractual del Estado

De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que el agente de la Policía Nacional Nairo Portela Suárez murió en desarrollo de un operativo militar, como consecuencia de varios impactos por arma de fuego de dotación oficial, causados por miembros del Ejército Nacional, cuando la víctima se encontraba en desarrollo de un operativo planeado y ordenado por el Comando de Policía del municipio de Olaya Herrera, Tolima; dicho operativo se desarrolló utilizando prendas de uso particular y en compañía de civiles armados; además, no se informó al personal de la Policía la presencia en el sector de miembros del Ejército Nacional en la zona –a pesar de tener conocimiento de ese hecho–, circunstancia que ocasionó que éstos últimos abrieran fuego en forma indiscriminada contra los miembros de la Policía Nacional.

HECHO EXCLUSIVO DE LA VICTIMA - Como eximente de responsabilidad o causal excluyente de imputación / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Noción

Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad -fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima- constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto del demandado. Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder -activo u omisivo- de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.

CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Inexistencia. La actuación del agente fue en cumplimiento de una orden impartida en ejercicio de sus funciones

Ahora bien, en relación con la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa de la víctima, debe precisarse que tal y como se señaló anteriormente, en el proceso se encuentra acreditado que el agente de la Policía Nacional Nairo Portela Suárez, al momento de su muerte se encontraba en ejecución de una operación policial, la cual fue planeada y ordenada con las particularidades y características antes descritas por el Comandante de la Estación de Policía a la cual se encontraba adscrito, motivo por el cual, a juicio de la Sala, en este caso no se configuró la mencionada causal de exculpación de responsabilidad para el ente demandado, así como tampoco la alegada “conurrencia de culpas” entre la víctima y la mencionada entidad, toda vez que la actuación del mencionado agente de Policía se circunscribió al cumplimiento de una orden impartida por un superior en ejercicio de sus funciones, por manera que la víctima no ejecutó actuación alguna tendiente a contribuir en la producción del daño, pues éste fue consecuencia, como se vio, de los disparos propinados por miembros del Ejército Nacional con sus respectivas armas de fuego, de dotación oficial, mientras se encontraba en la ejecución de una operación militar, sin que en ello hubiere concurrido la conducta del agente Nairo Portela Suárez debido a que –bueno es insistir en ello–, su actuación se limitó al cumplimiento de una orden impartida, en las circunstancias y características planeadas y ordenadas por un superior jerárquico, esto es el Comandante de la Estación de Policía a la cual se encontraba adscrito.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 73001-23-31-000-1998-03901-01(17605)

Actor: LUZ DARY ALTURO RAMIREZ

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA. REPARACION DIRECTA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, el 27 de septiembre de 1999, mediante la cual se hicieron las siguientes declaraciones y condenas:

“1º) La Nación – Ministerio de Defensa es responsable de los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes con la muerte violenta de que fue víctima el Agente de la Policía Nacional Nairo Portela Suárez.

“2º) Como consecuencia de lo anterior y por concepto de perjuicios morales, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a pagar a Luz Dary Alturo Ramírez y a Yeisson Javier Portela Alturo, esposa e hijo de Nairo Portela Suárez, el equivalente en pesos a dos mil (2.000) gramos oro, a razón de mil (1.000) gramos oro para cada uno de ellos, liquidados al valor del gramo a la fecha de ejecutoria de la sentencia, según certificación al respecto del Banco de la República; por perjuicios materiales (lucro cesante) se pagará a la señora Luz Dary Alturo Ramírez la suma de noventa y cuatro millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil seiscientos setenta y ocho pesos con nueve centavos (\$ 94'484.678,09), conforme a lo expresado al final de esta providencia.

“3º) Sobre las sumas que trata el ordinal precedente, la parte demandada pagará intereses conforme el artículo 177 del C.C.A.

“4º) A esta sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.

“5º) Niéganse las demás pretensiones de la demanda” (fl. 10 C. Ppal.).

I.- ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda.

El 26 de octubre de 1998, la señora Luz Dary Alturo Ramírez, actuando en nombre propio y en representación de su menor hijo Yeison Javier Portela Alturo, por

intermedio de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin de que se le declarara administrativamente responsable por los perjuicios sufridos con ocasión de la muerte del agente de Policía Nairo Portela Suárez, en hechos ocurridos el 31 de diciembre de 1997, en el Municipio de Ortega, Tolima.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de daño moral, la suma equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para cada uno de los demandantes; por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$ 200'000.000¹ a favor de la señora Luz Dary Alturo Ramírez y, en la modalidad de daño emergente, la suma de \$ 3'000.000 a favor de esa misma demandante.

Como **fundamentos de hecho de la demanda** se expusieron, los siguientes:

“El día 31 de diciembre de 1997 aproximadamente a las 9.30 a 10.00 A.M., ante el hecho de que en la hacienda el Totumo, Vereda Tumbulí, Inspección de Olaya Herrera, Municipio de Ortega, se había perpetrado una acción delincencial de acceso carnal violento sobre tres jóvenes damas y puesto en conocimiento de las autoridades de Policía, esta decidió enviar a ocho agentes de Policía para hacer efectiva la captura de los delincuentes que según información de los denunciantes señores Humberto Culma y Gilberto Cartagena, todavía se encontraban en la hacienda.

“Debido a que el sitio donde se desarrollaron los hechos se considera zona roja, para evitar riesgo de los agentes y como estrategia decidieron ir vestidos de civil, pero al llegar a la hacienda el totumo, la Policía no contaba con que horas antes al sitio en forma coincidencial había llegado una compañía de contraguerrilla del Ejército Nacional adscrita al Batallón Caicedo de Chaparral, que se encontraba emboscada en sitio aledaño a la hacienda, que al parecer era de propiedad de un oficial del Ejército Nacional, ya que los moradores de la Hacienda el Totumo le habían narrado los hechos y que además los delincuentes habían quedado de regresar a las diez de la mañana por dinero o por una res para celebrar el año nuevo.

“Preciso en ese momento aparecieron ocho policías y tres civiles, vestidos de civil y los miembros del Ejército sin intimidar al grupo que llegaba a la hacienda, procedieron a disparar indiscriminadamente sus armas de dotación, como resultado del injusto y equivocado ataque fue dado de baja por múltiples impactos de fusil disparados por militares, el agente Nairo Portela Suárez”.

¹ Suma que resulta superior a la legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias, comoquiera que a la fecha de presentación de la demanda, esto es el 26 de octubre de 1998, la cuantía establecida para esos efectos era de \$ 18'850.000.00 (Decreto 597 de 1988).

En relación con los hechos descritos, sostuvo la parte actora que los mismos configuraron una “*evidente, presunta y probada falla del servicio*”, toda vez que los miembros del Ejército Nacional habrían disparado sus correspondientes armas de dotación oficial contra miembros de la Policía, quienes se encontraban desarrollando una operación militar vestidos de civil, razón por la cual señaló que dicha actuación resultaba “*imprudente y ligera*”, todo lo cual le produjo graves perjuicios a los demandantes (fls. 13 a 14 C. 1).

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Tolima, a través de providencia del 6 de noviembre de 1998, decisión que se notificó en debida forma (fl. 18, 21 C. 1).

1.2.- La contestación de la demanda.

El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional manifestó que en el presente asunto, comoquiera que tanto los policías como los miembros del Ejército Nacional portaban armas de dotación oficial, el hecho por cuya indemnización se demandó no podía analizarse bajo el título de imputación de riesgo excepcional, sino bajo el régimen de falla probada del servicio, pues según pronunciamientos del Consejo de Estado, cuando el hecho dañoso se produce en desarrollo de actividades peligrosas realizadas tanto por la víctima como por el agresor “*no opera la presunción de responsabilidad*”. En relación con la supuesta falla del servicio señaló que corresponderá a la parte actora acreditar dentro del proceso las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales ocurrieron los hechos (fls. 26 a 27 C. 1).

1.3.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

Vencido el período probatorio, previsto en providencia proferida el 3 de febrero de 1999 y fracasada la etapa conciliatoria, el Tribunal *a quo* dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, el 10 de agosto de 1999 (fls. 28, 45 C. 1).

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, la parte demandante guardó silencio (fl. 57 C. 1).

La entidad pública demandada señaló que de conformidad con el material probatorio allegado al proceso podía concluirse que el daño por cuya indemnización se demandó fue ocasionado por “[l]a negligencia, omisión y errores cometidos por la propia víctima perteneciente a la Policía Nacional”, quien incumplió varias obligaciones que deben acatarse en este tipo de operativos; así por ejemplo, señaló que el Policía que resultó muerto estaba vestido de civil, portando armas de largo alcance, acompañado de civiles igualmente armados, exponiendo de esa forma su propia vida y la de las demás personas, a lo cual agregó que ante tal circunstancia los miembros del Ejército Nacional se vieron en la necesidad de reaccionar al ataque que hicieron los Policías vestidos de Civil.

Finalmente, sostuvo que con anterioridad a la ejecución del mencionado operativo, el Ejército Nacional informó a la Estación de la Policía Nacional de ese municipio sobre éste; no obstante el suboficial a quien se le informó no avisó a los demás miembros de la Policía Nacional que participaron en las operaciones (fls. 55 a 55 C. 1).

En su concepto, el Ministerio Público se limitó a manifestar que en el caso *sub examine* se probó que la muerte del agente de Policía Nairo Portela Suárez fue producida por miembros del Ejército Nacional en la forma descrita en los hechos de la demanda, razón por la cual surgía entonces la responsabilidad patrimonial respecto de la entidad demandada y la consiguiente obligación de reparar los daños ocasionados a los actores (fls. 56 a 57 C. 1).

1.4.- La sentencia apelada.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo del Tolima profirió sentencia el 27 de septiembre de 1999, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad del ente público demandado en los términos transcritos al inicio de esta providencia.

Para arribar a la anterior decisión, el Tribunal de primera instancia puso de presente que a partir de los elementos probatorios allegados al proceso había lugar a concluir acerca de la responsabilidad del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por el hecho dañoso demandado, toda vez que miembros de esa institución dispararon sus armas de dotación contra el grupo de policías que se encontraban en un operativo

militar en esa misma zona, de lo cual resultó muerto el agente Nairo Portela Suárez, hecho éste que constituyó una falla en el servicio, pues “[c]oncurrieron múltiples errores táctico militares, es evidente que no se coordinaron los desplazamientos del pelotón de contraguerrilla del Ejército y de los agentes de la Policía, a lo cual se agrega que éstos recibieron órdenes de movilizarse vestidos de civil, situación que hace mas protuberante la falla del servicio, ya que aquélla provino de un mando superior y los expuso, en el cumplimiento de su deber a riesgos excepcionales que se materializaron en la práctica por la dificultad que implicó en el momento del ataque y que, por ende, guardan nexos causal con el servicio” (fls. 58 a 67 C. Ppal.).

1.5. Mediante memorial allegado el 8 de octubre de 1999, la parte demandada solicitó que se adicionara la sentencia de primera instancia en cuanto atañe a la inclusión en la parte resolutive de la misma a la Policía Nacional, comoquiera que dicha entidad intervino también de forma directa en la producción del hecho dañoso demandado (fls. 16 a 18 C. Ppal.); dicha solicitud fue denegada por el Tribunal *a quo* a través de proveído del 25 de mayo de 2000, por considerar, básicamente, que al no haberse demandado a la Policía Nacional, ni haberse trabado la *litis* con dicho ente, ni mucho menos habersele vinculado como llamada en garantía, mal podía preferirse condena alguna en su contra (fls. 16, 29 C. Ppal.).

1.6.- El recurso de apelación.

La parte demandada interpuso, oportunamente, recurso de apelación contra la anterior providencia. En la sustentación manifestó su conformidad para con la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la declaratoria de responsabilidad del Ejército Nacional; no obstante, insistió en que la condena debe incluir a la Policía Nacional, dada la participación directa de esa entidad en la producción del hecho dañoso demandado; en efecto, la parte demandada señaló:

“La suscrita apoderada considera que la sentencia apelada en la parte sustancial merece confirmarse por cuanto comparte los razonamientos expuestos por el H. Magistrado Conductor del proceso; sin embargo considera que la condena deberá reducirse de acuerdo a que (...) si bien es cierto la litis no se trabó con la Policía Nacional y la justicia ordinaria es eminentemente rogada, debe tenerse en cuenta que es protuberante que la Policía Nacional fue otro agente que coadyuvó en la causación del perjuicio, circunstancia que no puede pasarse por alto o desconocerse”.

Por otro lado, señaló que en el presente asunto se presentó una clara *“simultaneidad de culpas tanto de la víctima como de los victimarios”*, comoquiera que ambas partes omitieron adoptar todas las medidas de diligencia y cuidado necesarias para evitar el daño irrogado, así pues, resaltó que el agente Nairo Portela Suárez incumplió sus obligaciones al efectuar un operativo militar vestido de civil y portando armas de largo alcance, actuar con el cual desconoció métodos y recomendaciones que se deben tomar en esa clase de operativos y expuso su vida y la de las demás personas, razón por la cual sostuvo que la condena impuesta en primera instancia debe reducirse teniendo en cuenta dicha circunstancia (fls. 35 a 38 C. Ppal.).

El recurso lo concedió el Tribunal *a quo* el 19 de octubre de 1999 y se admitió por esta Corporación el 11 de agosto de esa misma anualidad (fls. 76 y 98 C. Ppal.).

1.7.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia.

El 1° de septiembre de 2000 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, término durante el cual la parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio (fl. 42, 48 C. Ppal.).

La entidad demandada reiteró los argumentos planteados tanto en los alegatos de conclusión de primera instancia como en el recurso de apelación e insistió en que en el presente asunto la condena impuesta en primera instancia debe modificarse *“condenando a la Policía Nacional al pago del 50% del valor de la condena”*; asimismo, insistió en que el agente de Policía Nairo Portela desconoció los métodos y recomendaciones que se deben observar en esa clase de operativos, lo cual configuró *“la causal de culpa compartida de la víctima”* (fls. 45 a 47 C. Ppal.).

II.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 27 de septiembre de 1999, mediante la cual se la condenó al pago de las cantidades de dinero relacionadas al inicio de esta sentencia.

2.1.- Objeto del recurso de apelación.

Resulta necesario precisar, *ab initio*, que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada está encaminado, de un lado, a que la condena impuesta en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia incluya a la Policía Nacional, dada su intervención en la producción del hecho dañoso y, de otro lado, a que se reduzca el monto de la condena al Ejército Nacional por haberse configurado una concurrencia de culpas entre la víctima y dicha entidad.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, consideración que cobra mayor significado en el *sub lite* si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás aspectos del fallo impugnado, incluyendo la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, la propia apelante manifiesta su conformidad y sostiene que esos otros aspectos de la sentencia de primera instancia merecen ser confirmados.

Al respecto conviene recordar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

*“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y **por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (... ..).”* (Negrillas adicionales).

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de

congruencia² de la sentencia como el principio dispositivo³, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’”*⁴.

Así pues, cuando la ley lo exija, el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez⁵. La exigencia legal de que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, por lo cual su inobservancia acarrea la declaratoria de desierto y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se recurre (artículo 212 C.C.A.).

Esta Sala ha delimitado el estudio del recurso de alzada a los motivos de inconformidad expresados por el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

² En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

³ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

“La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”

“Son características de esta regla las siguientes:

“(…). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁴ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

⁵ Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alíer Hernández Enríquez.

“Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo”⁶.

En reciente pronunciamiento efectuado por esta Sala, se precisó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”⁷.

Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto del 2008, Exp. 14638.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1° de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

No sobra puntualizar que la *no reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i*).- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii*).- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)⁸.

Acerca del alcance de la garantía de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

”En efecto, la no reformatio in pejus , o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos⁹:

*“Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’ (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**” (Se resalta y subraya)*

⁸ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio¹⁰.

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, ...”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos¹¹.

De esta manera resulta claro que el límite material que para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana y directa con la

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 18 de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700) y sentencia fechada en agosto 10 de 2000, radicación No. 12648. M. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

¹¹ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

En el caso *sub exámine*, se tiene que la impugnación contra la sentencia de primera instancia la edificó la propia parte demandada –bueno es reiterarlo– sobre la base de admitir que la responsabilidad que le fue declarada en la sentencia dictada por el *a quo* se encuentra suficientemente acreditada en el expediente, al expresar:

“La suscrita apoderada considera que la sentencia apelada en la parte sustancial merece confirmarse por cuanto comparte los razonamientos expuestos por el H. Magistrado Conductor del proceso; sin embargo considera que la condena deberá reducirse de acuerdo a que (...) si bien es cierto la litis no se trabó con la Policía Nacional y la justicia ordinaria es eminentemente rogada, debe tenerse en cuenta que es protuberante que la Policía Nacional fue otro agente que coadyuvó en la causación del perjuicio, circunstancia que no puede pasarse por alto o desconocerse”.

Así las cosas, comoquiera que la declaratoria de responsabilidad del Tribunal *a quo* respecto de la entidad demandada no fue objeto de pronunciamiento alguno por la entidad demandada, ni mucho menos controvierte tal extremo, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, de manera que los referidos son puntos de la *litis* que han quedado fijados con la decisión que profirió el *a quo*.

2.2.- La inclusión de la Policía Nacional en la condena impuesta.

Según se indicó anteriormente, el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional manifestó en el recurso de apelación que la condena impuesta en su contra en primera instancia debía incluir también a la Policía Nacional, pues esa institución también habría participado directamente en la producción del hecho dañoso.

Sobre el particular cabe precisar que en el presente asunto la demanda centró la imputación del daño irrogado a los actores exclusivamente sobre el Ejército Nacional y no sobre la Policía Nacional, a lo cual se agrega que los dos organismos mencionados hacen parte de una misma y única persona jurídica, cual es La Nación – Ministerio de Defensa Nacional, persona que fue debidamente notificada y representada dentro del proceso y, por tal razón, en cuanto fue la

única demandada es claro que la declaratoria de responsabilidad solo puede recaer, como en efecto solo recae, sobre ella.

Asimismo, debe precisarse que pese a que ambas entidades cuentan con autonomía presupuestal independiente entre sí una de la otra, lo cierto es que –se reitera-, las mismas pertenecen a una misma y única persona jurídica, esto es la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, motivo por el cual dicha distinción se torna en un asunto meramente de organización administrativa interna, la cual resulta ajena por completo al objeto del debate procesal.

Tampoco resulta predicable la responsabilidad solidaria entre los mencionados entes (artículo 2.344 del Código Civil¹²), pues dicha figura se halla instituida para aquellos casos en los que si en la producción del hecho dañoso demandado hubieren participado dos o más personas, el demandante queda facultado por la ley para hacer exigible la obligación indemnizatoria respecto del daño irrogado a cualquiera de aquellas personas que hubieren participado en su producción y, comoquiera que tanto el Ejército como la Policía Nacional pertenecen a la misma persona jurídica Nación – Ministerio de Defensa Nacional, la responsabilidad solidaria de esa persona jurídica resulta legal y ontológicamente imposible para con o respecto de ella misma.

2.3. El caudal probatorio obrante en el expediente.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

- Original del certificado de defunción del señor Nairo Portela Suárez, expedido por el Registrador Municipal del Municipio de Ortega, Tolima, el cual indica que su muerte se produjo el 31 de diciembre de 1997, a causa de “*muerte violenta*” (fl. 8 C. 1).

- A folios 83 a 84 del cuaderno 3 obra copia auténtica del acta de levantamiento del cadáver, practicada por el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Tolima, en la cual se dejó constancia que la

¹² A cuyo tenor “[s]i un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2.350 y 2.355 (...)”.

muerte del señor Nairo Portela Suárez se produjo “en forma violenta por herida de arma de fuego”, el día 31 de diciembre de 1999; asimismo, se dejó consignada la siguiente información:

“Descripción del lugar del hecho: Campo abierto en la Vereda Tumbilí, Hacienda Tumbilí.

“Prendas de vestir: Camiseta color verde, yin azul, zapatos cafés, correa café, pantalón con varias perforaciones.

“Descripción de heridas: Ocho (8) impactos de bala en la espalda con orificio de entrada y sin orificios de salida, uno más en la rodilla, pierna derecha.

“Elementos encontrados: Dos granadas, un fusil galil, en el momento del levantamiento el fusil se encontraba asegurado y con 16 cartuchos en el proveedor de 25, 3 proveedores de 25 y uno de 20, en cinta.

“Se observan varios tatuajes al parecer a quemarropa, a nivel de toda la espalda donde presenta los nueve (9) orificios, todos más o menos de 0.5 diámetro se observa claramente tatuajes de color grisaseo como consecuencia.

“En el sitio no se encontraron vainillas de los proyectiles.

“En el sitio del levantamiento se encuentra presente el Subteniente Carlos Giovany Guerrero Torres, quien le manifestó al Despacho que él estaba al mando de la patrulla del Ejército quien fue la encargada del encuentro con la patrulla de Policía Nacional donde resultaron muertos un civil y un agente de Policía.

“Igualmente, en el sitio de los hechos está presente el C.P. Gilberto Navarro Bravo, el Comandante de la Estación de Policía de Olaya Herrera y el encargado de la patrulla en el momento de los hechos, compuesta por los agentes Rodríguez Rodrigo, Landino Trejos Ivan, Hernández Sergio Jacinto, Tafur Pedraza Daniel y Tovar Vargas Reinaldo, Vásquez Rodríguez, Hernando y el occiso Portela Suárez Nairo.

“En el momento del levantamiento del cadáver el C.P. Navarro Bravo le manifiesta al suscrito que se encontraban realizando un operativo ya que habían recibido información de unas violaciones cuando de repente se vieron atrapados por disparos que provenían de diferentes lados y que había gritado que eran policías, al percatarse que quienes disparaban eran del Ejército”.

- Hoja de vida del señor Nairo Portela Suárez, la cual indica que su ingreso a la Policía Nacional se produjo el 25 de enero de 1988, como Auxiliar de Policía; mediante Resolución No. 184 de 1998, fue dado de baja por causa de “muerte en servicio activo”, cuando ocupaba el cargo de Agente (fl. 49 C. 2).

Mediante oficio No. 1028 de marzo 15 de 1999 (fl. 1 C. 2), el Comandante del Batallón de Infantería No. 17 General Caicedo, remitió copia auténtica de la investigación penal militar adelantada por la muerte del agente Nairo Portela Suárez, en el cual se recaudaron, entre otros, los siguientes elementos probatorios¹³:

- A folio 4 del cuaderno 3, obra copia auténtica del Informe sobre los hechos acaecidos el 31 de diciembre de 1998, suscrito por el Teniente Coronel del Ejército Nacional Gustavo Alberto Ospina Galvis, en el cual se consignaron las circunstancias en las cuales ocurrió la muerte del agente Nairo Portela Suárez, así:

“30-Dic-97, mediante llamada realizada en forma personal por el señor Teniente Coronel Pérez Molina, Oficial del Ejército Nacional en actividad y copropietario de la finca el Tumbilí, informó al Comandante de BICAI, sobre la presencia de aproximadamente 12 bandoleros en la finca los Totumos (parcela de la finca Tumbilí), los cuales incursionaron la mañana inmediatamente anterior violando a tres menores de edad, hijas del administrador de la parcela, aseverando que los bandoleros pernoctarían allí y que su mayordomo (Administrador general de la Finca), corroboraría

¹³ Las pruebas allegadas con el mencionado oficio son susceptibles de valoración, dado que fueron solicitadas de forma conjunta por las partes y se practicaron con audiencia de la entidad demandada, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción; asimismo, los testimonios allegados en el proceso penal militar fueron practicados por la entidad demandada, de allí que se entienda que se han surtido, también, con su audiencia. Al respecto, resulta pertinente hacer referencia a las consideraciones expuestas por esta Sala en sentencias del 18 de septiembre de 1997 (Exp. 9.666) y del 29 de enero de 2009 (Exp. 16.975):

“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. (...)

“Debe anotarse, adicionalmente, que en los eventos en que el traslado de los testimonios rendidos dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, la Sala ha considerado que dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aún cuando hayan sido practicadas sin su citación o intervención en el proceso original y no hayan sido ratificados en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio y, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su admisión”.

Las indagatorias rendidas en el proceso penal no serán valoradas en esta instancia, pues las mismas no se practican bajo la gravedad de juramento. Al respecto, la Sala ha sostenido:

“En relación con la indagatoria ... practicada dentro de un proceso penal, debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que no puede ser trasladada a un proceso administrativo, ya que no puede valorarse, en ningún caso, como prueba testimonial ni someterse a ratificación. En efecto, si bien se trata de una declaración rendida por un tercero, que no se identifica con la entidad estatal que tiene la calidad de parte dentro del proceso administrativo, no cumple los requisitos del testimonio, porque no se rinde bajo juramento. Así las cosas, siempre que se quiera hacer valer la declaración ..., dentro de este tipo de procesos, debe ordenarse la práctica de su testimonio”. Ver sentencias del 18 de septiembre de 1997, expediente 9666 y del 8 de febrero de 2001, expediente 13.254.

y ampliaría la información, con el fin de que se desarrolle una operación militar en el área.

*“Una vez recepcionadas (sic) estas informaciones se dispuso personal integrante del S-2 de esta Unidad Táctica con el fin de que confirmara o desvirtuara la veracidad de la información, éstos se desplazaron hacia la Vereda San Isidro y entre las personas con las que se tomó contacto fueron los maquinistas de tres tractores que se encontraban la noche del 30 de diciembre, personas con quienes se recopiló la suficiente información para el desarrollo de una operación ofensiva de Contraguerrilla, para lo cual se emplearía el pelotón especial, con que cuenta esta unidad, dentro de la ubicación del tiempo y el terreno **el Señor Teniente Moreno Ayala Alfonso y el Señor Cabo Primero Arias Rueda Juan, tomaron contacto con el señor SS. Jaramillo Castaño Alberto, Comandante de la Estación de Policía que se encuentra ubicada en el municipio de Ortega, quien se desplazaba por la vía principal en un vehículo chevrolet azul oscuro, con cinco (5) policías más, entre ellos el agente Cifuentes Peña Fidel, con quienes se desplazaron el Oficial y Suboficial hasta la Inspección de Policía de Olaya Herrera con el fin de realizar las últimas coordinaciones con el personal de la Policía que allí presta servicio, enterándolos de la actividad en su totalidad en cuanto a la maniobra que realizaría el personal del Ejército en ésta área, quedando enterado de esto el señor Agente Comandante de Guardia de la Estación de Policía de Olaya Herrera, el cual consignó en la minuta de visita de personal de ésta Unidad e igualmente el Cabo Primero Navarro.***

Una vez reconocido por el personal de inteligencia de esta Unidad el área de Contraguerrilla al mando del señor Subteniente Guerrero Torres Carlos, el cual estaba dispuesto a 01-03-19, iniciando infiltración por la rivera de la quebrada Tumbilicito, en donde se montaron observatorios y se realiza con el máximo de sigilo registro del área y a su vez inteligencia de combate con el fin de ubicar a los bandoleros, de ésta forma y con la ubicación ya dispuesta aproximadamente a las 09:00 del día 31 de diciembre, la patrulla detectó la presencia de personal civil en el área, una vez ubicados se corroboró el porte de armas largas, al parecer fusiles y escopetas, 10 minutos más tarde se inicia contacto armado hasta el momento con bandoleros, posteriormente la patrulla divisó la retirada de los bandidos con dirección a la carretera el cual fue perseguido por el equipo que se encontraba de cierre. Una vez terminado el contacto se le dio captura a dos sujetos los cuales argumentaron pertenecer a la Policía Nacional, pero no poseían ningún tipo de documentos e igualmente se encontró el cadáver de una persona vestida de civil, portaba un fusil galil sar y cuatro proveedores, munición de reserva, 2 granadas de mano y más aún cuando se presentó el combate los hombres que vestían de civil no manifestaron pertenecer a ningún tipo de institución; posteriormente se ubicaron dos personas más, argumentando que el grupo se encontraba conformado por 1 suboficial de la Policía de grado Cabo Primero, 8 agentes de la Policía y cuatro personas oriundas de la región. Hasta las 11:00 se encontraba con la patrulla 4 “policías” vivos, el agente muerto, estando desaparecidos el suboficial, 3 agentes y 4 particulares; posteriormente se encontró un segundo cadáver a 500 metros aproximadamente en el sitio de combate, siendo éste identificado como uno de los civiles que se encontraban con la Policía.” (Se deja destacado).

- A folio 7 del cuaderno 3, obra copia auténtica del informe sobre los hechos acaecidos el 31 de diciembre de 1998, suscrito por el Subteniente del Ejército Nacional Carlos Guerrero Torres, en el cual se señaló:

“Una vez recibida la orden de operaciones “Huracán”, se procede a hacer reconocimiento de la carta con el señor Oficial S-3 y cuadros del pelotón.

“(…)

“Cuando estábamos en esto el CP. Tovar integrante del pelotón PECC me informa de un grupo de bandoleros de civil y con armamento largo, se dirigen hacia la casa donde yo me encontraba y que les iba a montar una emboscada yo inmediatamente salí de la casa y les dije a los habitantes que no salieran ninguno y que se metieran debajo de los muebles.

“Cuando yo salí a desplazarme hacia la mata de monte que se encontraba al lado, se escuchan disparos de revólver hacia la tropa e inmediatamente se alcanza a divisar en el carro que se encuentra al frente de la casa que se dirigían hacia ella un grupo de aproximadamente 10 subversivos, de civil y con armamento largo, empieza el contacto armado se informa al Batallón de Infantería No. 17 General Caicedo que se entró en contacto y se sostiene contacto armado durante aproximadamente 45 a 50 minutos, tomó nuevamente comunicación con el Batallón cuando se me informa que son supuestamente policías, inmediatamente se manda el alto al fuego y se procede a corroborar la información, se capturan dos delincuentes armados y de civil que dicen ser policías.

“Una vez se esclarece la situación se constata que efectivamente son policías, se les pregunta que porqué están operando de civil y con armamento largo a sabiendas que en la noche anterior se les había avisado que las tropas del Ejército desarrollaban una operación en ese lugar, ellos respondieron que no se les avisó nada y que simplemente cumplían órdenes que se les había dado y que la información que tenían era que estaban secuestradas tres mujeres.

“En ese momento ya se habían registrado las bajas”.

- Informe sobre los hechos objeto del presente debate, suscrito el 1° de enero de 1998 por el Comandante de la Estación Rural de Policía de Olaya Herrera, en el cual se manifestó:

“Comedidamente me permito informar a mi Mayor Señor Comandante del Tercer Distrito, que el día 301297, siendo las 23:00 horas cuando me encontraba en reposo llegó el señor SV. Jaramillo Comandante de la Estación Ortega, el cual le pidió a uno de los centinelas de que me llamaran, ya que el me necesitaba, inmediatamente me presenté ante el mencionado Comando, el cual se encontraba dialogando con dos personas que vestían traje de civil yo me acerqué a éstas tres personas y

el Sargento me presentó ante ellos, yo tenía conocimiento de que estas personas eran del Ejército Nacional ya que en otras ocasiones los había visto movilizarse en un vehículo susuki color rojo y al preguntarle a los agentes la procedencia de estos individuos, me manifestaron de que pertenecían al Ejército y que estaban efectuando planes en el sector, lo que yo desconocía era qué grado tenían, uno de estos señores me preguntó a mí que si yo tenía conocimiento de un grupo de 30 personas que al parecer eran guerrilleros y que estaban patrullando esa zona, yo le manifesté que no tenía ninguna información sobre esta novedad (...).

“El día 311297 a las 7:30 horas el señor agente Portela Suárez Nairo se trasladó hasta mi residencia y me informó de que en la hacienda Tulumbí, más exactamente en la finca el Totumo, tenían una familia secuestrada y habían violado a dos niñas y que esta información la había suministrado el administrador de la finca, yo le manifesté al agente Portela que se trasladara a la estación y reclamara un revólver para que nos trasladáramos los dos a verificar la veracidad de la información, salimos a las 7:40 horas para la hacienda Tulumbí donde entablamos diálogo con el administrador de la hacienda, procedimos a hacerles algunas preguntas sobre qué conocimientos tenía él de algunas novedades que se estaban presentando en la finca el Totumo, manifestó que se encontraba muy preocupado por la situación de sus vecinos y nos ofreció colaboración para acompañarnos hasta la finca el Totumo ya que él conocía perfectamente el terreno, en la hacienda también se encontraban el señor Baudelio Riaño Bedoya, el señor Marco Fidel Riaño Bedoya y Humberto Culma Silva, éstos tres también se ofrecieron voluntariamente para acompañarnos en el desplazamiento, yo les manifesté a éstas personas que me iba a trasladar a Olaya Herrera a ver si me autorizaban el desplazamiento, llegué nuevamente a la Estación a las 8:05 horas y le solicité por radio a la base del Distrito el favor de que me ubicaran al señor Mayor Comandante del Distrito para hacerle una llamada telefónica y posteriormente hablé con mi Mayor Polanía Sicard, a la cual le di a conocer la información y a la vez le solicité que me autorizaran el desplazamiento y me ordenó que le avisara a la base del Distrito cuando saliera a dicho desplazamiento.

“Siendo las 9:10 horas se le informó a la base al Distrito Tres que me desplazaba a la mencionada finca, éste Operativo iba conformado por el siguiente personal, PT. Hernández Sergio Jacinto, AG. Landino Trejos Ivan, AG. Portela Suárez Nairo, AG. Tafur Pedraza Daniel, AG. Tovar Vargas Reinaldo, AG. Rodríguez Rodrigo, AG. Saldarriaga Ortíz Fabio, AG. Vásquez Rodríguez Hernando y el suscrito, esta actividad se realizó en traje de civil, la única característica particular era que todos llevábamos buzos verdes, el desplazamiento no se realizó con uniforme porque era fuera del casco urbano y el uniformado podía presentar más peligro ya que constantemente se recibe más información de presencia de cuadrillas subversivas que operan en la región y también se hizo de esta forma porque nos acompañaban cuatro personas de la hacienda Tulumbí, que está ubicada a unos 7 minutos aproximadamente en vehículo, por tal motivo el desplazamiento se hizo en un vehículo mazda color rojo de propiedad del señor Agente Tovar Vargas Reinaldo y motocicleta de propiedad del Agente Rodríguez Rodrigo y la motocicleta de dotación de esta Unidad, llegamos a la hacienda Tulumbí procedimos a dar una pequeña instrucción sobre la operación que se iba a efectuar, es de anotar que los cuatro civiles portaban dos escopetas y un revólver, las

cuales eran para la seguridad de la finca, procedimos a trasladarnos a la finca el Totumo, el desplazamiento duró aproximadamente 30 minutos y llegamos al sitio elevado donde se divisa perfectamente la casa, estuvimos observando la casa por unos 3 minutos para ver si mirábamos movimientos extraños o gente armada y sólo logramos observar a 2 niñas y a una señora, en ese momento ordené al agente Tafur Pedraza, Ag. Vásquez Rodríguez y PT. Hernández Sergio, que se tomaran el costado derecho de la casa la cual se encontraba aproximadamente a 200 metros de un terreno plano y el otro costado se lo tomó el Ag. Saldarriaga Ortíz, AG. Toar Vargas, AG. Landino Trejos y Rodríguez Rodrigo, los cuatro civiles se distribuyeron de a dos grupos, el Ag. Portela Suárez Nairo y yo éramos los encargados de entrar por el frente, y observé cuando dos individuos armados estaban tomando ubicación, al ver esto procedimos a ubicarlos y al ver esto éstas personas procedieron a dispararnos, el primer ataque que se nos hizo fue con fusil y posteriormente con (2) M-60 y luego nos atacaron con GML, en ese momento sentía que nos caían granadas por todos los lados y después pararon el fuego, ante lo cual grité que no nos dispararan que éramos policías y los agentes procedieron a hacer lo mismo, ésta determinación de manifestar que éramos Policías se tomó porque nos dimos cuenta que el personal que nos estaba disparando era del Ejército nacional, pero esto no sirvió de nada ya que éstas personas nos siguieron disparando por tres costados, el Agente Portela me manifestó que estaba muy asustado a lo cual yo le respondí que se trasladara a ese sitio que yo cubría con mi fusil para retener el ataque o desplazamiento que estaban haciendo hacia nosotros y habían alrededor de unos 6 soldados que nos tenían acorralados y a la vez le dije al Agente Portela que se saliera de ese cerco y que fuera a pedir ayuda y el agente Portela se incorporó y empezó a correr con su fusil, yo desde mi sitio le decía que se tirara al suelo porque lo iban a matar, él estaba tan asustado que empezó a disparar su fusil hacia ningún objetivo, posteriormente observé que lo habían herido, en ese momento no sabía dónde ni la gravedad de la herida pero sí pude ver como se empezó a deslizarse por entre la hierba para ganarse (sic) o lograr llegar hasta la cima del cerro, yo seguí disparando, luego empecé a llamarlo y él no me contestó y al ver esto y al sentir que estaba solo empecé a retroceder y a tratar de buscar ayuda y salir de eso ya que los soldados me disparaban por todas partes, logré salir por un caño y salí por un potrero, y a eso de unos 15 minutos llegué a la carretera y en ese momento pasó un taxi y le apunté con mi fusil, el señor me trasladó hasta el cuartel, donde procedí a informar a todas las Unidades que nos habían emboscado, y me comuniqué con el Batallón de Chaparral, donde le manifesté que si había alguna patrulla del Ejército en la Hacienda Tumbilí, que se comunicara con ella para que desistiera ya que las personas a las cuales estaban atacando eran policías, ellos me manifestaron inmediatamente que harían esto, yo le solicité al Inspector que me trasladara nuevamente al lugar de los hechos, yo procedí a verificar qué novedades había sobre el personal bajo mi mando y manifestaron que habían asesinado al señor Agente Portela Suárez Nairo, y al señor Humberto Culma Silva, yo le pregunté a los agentes cómo habían hecho para que no les dispararan más, ellos manifestaron que suplicaron varias veces que no dispararan que eran policías y que el agente Landino lanzó su billetera y se las lanzó y ellos miraron los documentos y se dieron cuenta que en verdad eran policías y en ese momento dejaron de atacar y empezaron a salir a buscar al resto del personal que se encontraba dispersado alrededor.

“Es de anotar que los policías en diferente ocasiones tuvieron oportunidades de dar de baja a varios soldados y no lo hicieron porque eran consientes de que era un error asesinar a un soldado y posteriormente se ubicó a todo el personal y luego el señor Fiscal de Ortega para proceder a los levantamientos del compañero caído y a la vez me manifestó delante de algunas personas que se encontraban allí de que el señor agente Portela Suárez Nairo había sido masacrado ya que presentaba de 8 a 9 orificios producidos con armamento de fuego al parecer de pistola, posteriormente nos trasladamos hacía Ortega donde se le practicó la necropsia al agente y donde el médico legista corroboró la versión del señor Fiscal y me mostró algunos proyectiles que encontró en su cuerpo.

“A la vez quiero aclarar que en ningún momento tuve conocimiento de presencia de personal del Ejército Nacional dentro de la zona porque si la hubiera tenido nunca hubiera realizado dicho desplazamiento”. (fls. 279 a 281 C. 3).

- Informe sobre los mismos hechos, elaborado por el Comandante del Departamento de Policía del Tolima, suscrito el 19 de enero de 1998, en el cual, respecto de la muerte del agente Nairo Portela Suárez, expuso:

*“(...) Este hecho trajo como resultado la muerte del agente Portela Suárez Nairo, el cual recibió varios impactos que le ocasionaron la muerte en forma instantánea, quedó demostrado en la presente investigación que para la fecha de marras, el extinto, AGENTE Portela Suárez Nairo conformaba la patrulla que fue atacada por miembros del Ejército Nacional los cuales poseían la misma información que manejaban las unidades policiales que entraron a operar, presentándose una confusión que dejó como resultado lo ya comentado en éste asunto, **es así que las circunstancias de su deceso ocurrieron en actos del servicio y por causas inherentes al mismo.**” (Negrillas adicionales - fls. 28 a 29 C. 3).*

- Declaración juramentada rendida dentro del proceso penal militar, por el agente Reinaldo Tovar Vargas, quien en relación con los hechos a los cuales aluden los anteriores informes transcritos, señaló:

“El día 31 de diciembre de 1997, siendo aproximadamente las 8:00 horas llegó a mi casa el patrullero Hernández y el compañero Tafur a comunicarme que teníamos que salir de civil a una comisión a la Vereda Tumbilí, salimos a las 9:10 horas allí nos reunimos con tres o cuatro civiles que nos esperaban, ya que ellos tenían conocimiento del sitio exacto donde presuntamente se encontraban las niñas secuestradas y violadas las cuales contaban con once y nueve años. Al llegar a la vereda el Totumo buscamos la forma para tomarnos la casa para dar golpe de mano, estábamos ubicándonos cuando sonaron unos disparos en los alrededores de la casa, unas señoras que estaban cerca de la casa gritaron “ahí vienen, llegaron”, se inició una

plomacera intensa que se prolongó por más de una hora (...), luego como pude busqué unos rastros en compañía de mi compañero Saldarriaga, nos ubicamos en un sitio mejor y vimos que pasaban soldados, entonces el compañero me dijo: “Uy hermano son soldados”, opté por gritarles que éramos policías de Olaya Herrera le grita tres veces en vista de que no tuvo ningún resultado, pues la balacera continuaba, decidimos ubicarnos mejor. A partir de ese momento mi compañero se abrió y yo también me ubiqué mejor y me quedé quieto hasta que todo se calmó. PREGUNTADO: Sírvase decirle al Despacho si el Comandante de la Estación de Policía les informó a ustedes antes de llevarse a cabo el operativo que anteriormente cita, que en este sector se encontraban miembros del Ejército Nacional desarrollando operaciones militares”. CONTESTÓ: En ningún momento se nos informó que en ese sector habían tropas del Ejército desarrollando operaciones militares. PREGUNTADO: Por qué razón llevaban prendas de vestir de civiles y no los uniformes oficiales que los acreditaban como agentes de la Policía nacional. CONTESTÓ: El señor Comandante dijo de civil y con camiseta verde, así lo hicimos. (...), Para el desplazamiento mi Cabo pidió permiso al Comandante del Distrito de Policía No. 3 Mayor Juan Carlos Polanía”. (fls. 17 a 18 C. 3).

- Testimonio rendido dentro del proceso penal militar, por el señor agente de la Policía Daniel Tafur Pedraza, quien respecto de la pregunta del por qué la operación militar se efectuó con prendas de uso particular, manifestó:

“Primero que todo fue una orden que recibimos por parte del Comando de la Estación y segundo se trataba de un posible secuestro de unas jóvenes, entonces se pensó que también por medidas de seguridad debíamos hacerlo de esa manera. PREGUNTADO: Diga al Despacho cómo es cierto sí o no que el señor Comandante de esta Estación les dijo a Ustedes que se vistieran de civil y con camiseta verde para este operativo. CONTESTÓ: Sí. PREGUNTADO: Diga al Despacho si el Comandante de esta Estación de Policía les informó antes de salir a desarrollar el operativo que en ese sector se encontraban miembros del Ejército Nacional. CONTESTÓ: Nosotros no sabíamos que en ese sitio se encontraban unidades del Ejército Nacional, por lo que se procedió al operativo de esa manera ya que si fuera lo contrario no se hubiera realizado” (fls. 19 a 20 C. 3).

- Declaración juramentada rendida dentro del proceso penal militar por el agente Sergio Jacinto Hernández, en la cual informó:

“(...) El Comandante nos ordenó que fuéramos de civil y con el único distintivo que lleváramos una camiseta verde esto porque en el desplazamiento iban los administradores de las fincas que iba de civil. PREGUNTADO: Diga al Despacho si ustedes con anterioridad usaban prendas de vestir de civil para realizar operativos policiales. CONTESTÓ: Durante el tiempo que llevo en la estación que son 18 meses era la primera vez que salíamos en traje de civil para hacer un operativo.” (fls. 22 a 23 C. 3).

- A folios 25 a 27 y 42 a 48 del cuaderno 3, se encuentran los testimonios rendidos en el proceso penal militar por los agentes de Policía Ivan Ladino Trejos y Alberto Jaramillo Castaño, cuyas versiones coinciden con las anteriores declaraciones en señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales ocurrió la muerte del agente Nairo Portela Suárez, esto es a causa de disparos propinados por miembros del Ejército Nacional cuando se encontraban en desarrollo de una operación militar, la cual fue ordenada por mandos superiores de la Estación de Policía del municipio de Olaya Herrera, quienes ordenaron también la ejecución de la misma en prendas de uso particular y, además, no les informaron sobre la presencia de efectivos del Ejército Nacional en la zona.

- Copia auténtica de la providencia de fecha 21 de septiembre de 1998, proferida por el Juzgado Veintinueve de Instrucción Penal Militar; en dicho proveído se decidió: *“Abstenerse de iniciar investigación penal dentro de la presente investigación preliminar en contra del personal del Ejército Nacional integrante del Pelotón de Contra guerrilla, orgánico del Batallón de Montaña No. 17 General José Domingo Caicedo, quienes participaron en la operación “Huracán” y durante la cual perdieron la vida el agente de Policía Nairo Portela Suárez y el particular Humberto Culma”*.

De conformidad con todo el conjunto probatorio antes descrito, la Sala encuentra acreditado que el agente de la Policía Nacional Nairo Portela Suárez murió en desarrollo de un operativo militar, como consecuencia de varios impactos por arma de fuego de dotación oficial, causados por miembros del Ejército Nacional, cuando la víctima se encontraba en desarrollo de un operativo planeado y ordenado por el Comando de Policía del municipio de Olaya Herrera, Tolima; dicho operativo se desarrolló utilizando prendas de uso particular y en compañía de civiles armados; además, no se informó al personal de la Policía la presencia en el sector de miembros del Ejército Nacional en la zona –a pesar de tener conocimiento de ese hecho–, circunstancia que ocasionó que éstos últimos abrieran fuego en forma indiscriminada contra los miembros de la Policía Nacional.

2.3.- El hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad o causal excluyente de imputación¹⁴.

Las tradicionalmente denominadas *causales eximentes de responsabilidad* —fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima— constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista *jurídico*, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su *irresistibilidad*; (ii) su *imprevisibilidad* y (iii) su *exterioridad* respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida»¹⁵.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual “no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia”¹⁶, toda vez que “[P]rever, en el lenguaje

¹⁴ Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 11 de febrero de 2009, Exp. 17.145.

¹⁵ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 19.

¹⁶ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

usual, significa ver con anticipación"¹⁷, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho alude a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de "imprevisto" de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil¹⁸ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual "[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia"¹⁹. La recién referida acepción del vocablo "imprevisible" evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concurra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la

¹⁷ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, Gaceta Judicial, tomo XLIII, p. 581.

¹⁸ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

¹⁹ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21.

cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones:

(...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada²⁰.

Por otra parte, a efectos de que opere el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder —activo u omisivo— de aquélla tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que el hecho de la víctima tenga plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, es necesario que la conducta desplegada por la víctima sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima.²¹

²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530.

²¹ En la anotada dirección, ha sostenido la Sala: “El hecho de la víctima, al decir de los hermanos Mazeaud, sólo lleva “consigo la absolución completa” cuando “el presunto responsable pruebe 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 efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima. Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, pags. 332 y 333”. Consejo de

2.4.- Ahora bien, en relación con la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa de la víctima, debe precisarse que tal y como se señaló anteriormente, en el proceso se encuentra acreditado que el agente de la Policía Nacional Nairo Portela Suárez, al momento de su muerte se encontraba en ejecución de una operación policial, la cual fue planeada y ordenada con las particularidades y características antes descritas por el Comandante de la Estación de Policía a la cual se encontraba adscrito, motivo por el cual, a juicio de la Sala, en este caso no se configuró la mencionada causal de exculpación de responsabilidad para el ente demandado, así como tampoco la alegada “conurrencia de culpas”²² entre la víctima y la mencionada entidad, toda vez que la actuación del mencionado agente de Policía se circunscribió al cumplimiento de una orden impartida por un superior en ejercicio de sus funciones, por manera que la víctima no ejecutó actuación alguna tendiente a contribuir en la producción del daño, pues éste fue consecuencia, como se vio, de los disparos propinados por miembros del Ejército Nacional con sus respectivas armas de fuego, de dotación oficial, mientras se encontraba en la ejecución de una operación militar, sin que en ello hubiere concurrido la conducta del agente Nairo Portela Suárez debido a que –bueno es insistir en ello–, su actuación se limitó al cumplimiento de una orden impartida, en las circunstancias y características planeadas y ordenadas por un superior jerárquico, esto es el Comandante de la Estación de Policía a la cual se encontraba adscrito.

2.5.- Con fundamento en los argumentos expuestos, la Sala confirmará la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 27 de septiembre de 1999, en cuanto declaró la responsabilidad de la entidad demandada por los hechos de la demanda, así como la condena impuesta por concepto de perjuicios morales y materiales (lucro cesante); lo anterior puesto que, por un lado, el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada estuvo orientado de forma concreta y precisa a los aspectos expuestos; en cuanto se refiere a la condena patrimonial impuesta en su contra en primera instancia, la parte apelante no señaló razones o fundamentos de su inconformidad frente a los perjuicios probados, lo cual impide a la Sala hacer

Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de mayo dos (02) de dos mil siete (2007); Expediente número: 190012331000199800031 01; Radicación: 24.972.

²² Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de septiembre de 1999, exp. 14.859 y de 10 de agosto de 2005, exp. 14.678. M.P. María Elena Giraldo Gómez, entre otras decisiones.

pronunciamiento alguno al respecto, por carecer de elementos para realizar dicho análisis y, por otro, los mencionados perjuicios fueron acreditados con suficiente material probatorio dentro del proceso y, además, fueron debidamente establecidos por el Tribunal de primera instancia.

No obstante lo anterior, 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 debe recordarse que de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado 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 ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio y ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquel se presente en su mayor grado de intensidad²³, lo cual impone modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia.

Así las cosas, habrá lugar a reconocer, a título de daño moral, las sumas de dinero establecidas a continuación, para cada uno de los demandantes:

Luz Dary Alturo Ramírez (Esposa)	100 SMMLV
Yeisson Javier Portela Alturo (Hijo)	100 SMMLV

En cuanto a los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, reconocidos a favor de la señora Luz Dary Alturo Ramírez en la sentencia de primera instancia, en cuantía equivalente a \$ 94'484.678.09, los mismos deberán ser actualizados, para lo cual se aplicará la fórmula utilizada reiteradamente por esta Corporación para actualizar la renta. Entonces:

$$Ra = \$ 94'484.678.09 \frac{\text{Ind. final} - \text{abril de 2010 (104,29)}}{\text{Ind. inicial} - \text{septiembre de 1999 (56,24)}} = \$175'209.930$$

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. MP. Alier Eduardo Hernández Henríquez.

- **Total perjuicios materiales (lucro cesante):** Ciento setenta y cinco millones doscientos nueve mil novecientos treinta pesos (**\$ 175'209.930**).

2.6.- Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta 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 hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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: MODIFÍQUESE la sentencia apelada, esto es la proferida el 27 de septiembre de 1999 por el Tribunal Administrativo del Tolima, la cual quedará así:

1º) La Nación – Ministerio de Defensa es responsable de los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes con la muerte violenta de la cual fue víctima el Agente de la Policía Nacional Nairo Portela Suárez, en hechos ocurridos el día 31 de diciembre de 1997, en el municipio de Olaya Herrera, Tolima.

2º) Como consecuencia de lo anterior y por concepto de perjuicios morales, condénese a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar a Luz Dary Alturo Ramírez y a Yeisson Javier Portela Alturo, esposa e hijo de Nairo Portela Suárez, el equivalente en pesos a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, a razón de cien (100) SMLMV para cada uno de ellos; por perjuicios materiales (lucro cesante) se pagará a la señora Luz Dary Alturo Ramírez la suma de ciento setenta y cinco millones doscientos nueve mil novecientos treinta pesos (\$ 175'209.930), conforme a lo expresado al final de esta providencia.

3º) A esta sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 176 y 177 del C.C.A.

4º) Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y CÚMPLASE.

RUTH STELLA CORREA PALACIO
Presidenta de la Sala

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Aclaró voto

GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR ENRIQUE GIL BOTERO

CAUSA EXTRAÑA - Noción

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). 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 inadmisibles en cuanto desdibuja la institución de la causa extraña.

APELANTE ÚNICO - Alcance del recurso de apelación

Si bien comparto que se afirme que, cuando se trata de apelante único, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable y que al juez no le es posible pronunciarse sobre aspectos acerca de los cuales “no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno”, resulta equívoco que la providencia considere a continuación, “puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses”. En mi criterio, la sentencia que decide la apelación puede referirse a tópicos que benefician al apelante, así no hubieran sido objeto del recurso, toda vez que el presupuesto de la norma es que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante “y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, se establece así el principio de la no reformatio in pejus ; es decir, el juez no puede agravar la situación del

apelante único en ningún caso, tanto en lo que es objeto de la apelación como de lo que no lo es, sino fuera así carecería de sentido la frase siguiente del mismo inciso: “salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”, que establece una excepción a esa regla general. Una interpretación de otra índole podría llevar a decisiones absurdas, como sería la de revocar la declaración de una culpa concurrente de la víctima, en primera instancia, pero no entrar a modificar la condena, en la segunda, porque no se pidió expresamente por el impugnante. El límite de la segunda instancia es el principio de la no reformatio in pejus, sí se encuentra demostrado un punto que favorece al apelante único el juez puede modificarlo, así no sea objeto de la apelación, toda vez que el núcleo del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C. es que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de junio de dos mil diez (2010)

Radicación número: 73001-23-31-000-1998-03901-01(17605)

Actor: LUZ DARY ALTURO RAMIREZ

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 9 de junio de 2010 del año en curso, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva del proveído en cuestión.

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

En el proveído ya señalado, en cuanto concierne a las características del hecho de la víctima, se puntualizó lo siguiente:

“2.2. El hecho exclusivo de la víctima como eximente de responsabilidad o causal excluyente de imputación.

“Las tradicionalmente denominadas *causales eximentes de responsabilidad* –fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero

o de la víctima- constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga jurídicamente imposible imputar, desde el punto de vista jurídico la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo. En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración: (i) su *irresistibilidad*; (ii) su *imprevisibilidad* y (iii) su *exterioridad* respecto del demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente... (folios 25 y 26 de la providencia).

En cuanto al alcance de la apelación, cuando se trata de apelante único, se consideró:

“Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con lo anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P.C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso...”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes en el proceso-, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos²⁴” (folios 12 y 13 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración respecto del hecho de la víctima

Me aparto de las afirmaciones transcritas, tal y como lo he venido haciendo en forma sistemática²⁵, 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,

²⁴ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril de 2009, Exp. 17.160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

²⁵ Al respecto ver: aclaración de voto a la sentencia del 13 de noviembre de 2008, exp. 16.726, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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).

“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...**”²⁶
(negrillas 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.

“(…) 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

²⁶ TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Tomo II, Ed. Legis, Bogotá D.C., pág. 60.

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”²⁷

“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.”²⁸ (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 Tercera²⁹, 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 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*

²⁷ MAZEAUD Henri y Léon, André Tunc “Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, Pág. 38.

²⁸ MAZEAUD, Henri y Léon « Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle » Ed. Librairie du Recueil Sirey, T.II, 1934, Paris.

²⁹ 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.

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*³⁰ 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.*”³¹

“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 efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima*”³².³³(Destaca la Sala).

“Sobre el particular, debe advertirse que los propios hermanos Mazeaud rectificaron la doctrina que sobre el particular habían

³⁰ 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.

³¹ Luis Josseland, *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosch, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

³² Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, Págs. 332 y 333.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2008, exp. 16235, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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.

“(…)”³⁴ (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 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

³⁴ 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.

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”.

2. Razones y fundamentos de la aclaración respecto del alcance de la apelación con apelante único

Si bien comparto que se afirme que, cuando se trata de apelante único, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable y que al juez no le es posible pronunciarse sobre aspectos acerca de los cuales “no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno”, resulta equívoco que la providencia considere a continuación, “puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses”.

En mi criterio, la sentencia que decide la apelación puede referirse a tópicos que beneficien al apelante, así no hubieran sido objeto del recurso, toda vez que el presupuesto de la norma es que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante “y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, se establece así el principio de la no *reformatio in pejus* ; es decir, el juez no puede agravar la situación del apelante único en ningún caso, tanto en lo que es objeto de la apelación como de lo que no lo es, sino fuera así carecería de sentido la frase siguiente del mismo inciso: “salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella”, que establece una excepción a esa regla general.

Una interpretación de otra índole podría llevar a decisiones absurdas, como sería la de revocar la declaración de una culpa concurrente de la víctima, en primera instancia, pero no entrar a modificar la condena, en la segunda, porque no se pidió expresamente por el impugnante.

El límite de la segunda instancia es el principio de la no *reformatio in pejus*, sí se encuentra demostrado un punto que favorece al apelante único el juez puede modificarlo, así no sea objeto de la apelación, toda vez que el núcleo del inciso

primero del artículo 357 del C. de P. C. es que la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra