

Cartagena de Indias D.T. y C., veinticuatro (24) de julio de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13-001-33-33-012-2015-00547-01
Demandante	TEMISTOCLE AVELLA QUIVAY Y OTROS
Demandado	MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	<i>Muerte de policía en persecución de delincuentes armados sin encontrarse en posesión de su arma de dotación- No se demostró el riesgo excepcional- Configuración de riesgo voluntario.</i>

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 002¹ del Tribunal Administrativo de Bolívar, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de septiembre de 2017 proferida por el Juzgado Doce Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA²

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, el señor TEMISTOCLE AVELLA QUIVAY Y OTROS instauraron demanda de reparación directa en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

3.1.1. Pretensiones³.

En ejercicio de la presente acción, los demandantes en resumen elevaron las siguientes pretensiones:

¹ Esta decisión se toma virtualmente en aplicación del artículo 4 del ACUERDO PCSJA20-11521 de 19 de marzo de 2020 del CSJ que autorizó a los Tribunales del país para hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales.

² Folio 10-31 cdno 1

³ Fols. 13-17 cdno1.

13-001-33-33-012-2015-00547-01

Primero: Que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, por los perjuicios que les fueron causados a los demandantes, por la muerte del señor Oscar Andrés Avella Quivay, por los hechos acaecidos el 11 de junio de 2014, cuando se encontraba en su actividad policial.

Segundo: Que, como consecuencia de la anterior declaración, la Nación- Ministerio de Defensa- Policía Nacional, sea condenado a pagar a los demandantes lo siguiente:

- Perjuicios morales:

Para el señor Temistocle Avella Rivas y María Sofía Quivay Vargas, como padres de la víctima la suma equivalente a 100 smlmv.

Para las señoras y señores Edilsa Avella Quivay, Nubia Avella Quivay, Luz Fanny Avella Quivay, Temístocles Avella Quivay, y Helver Avella Quivay en calidad de hermanos de la víctima, la suma equivalente a 50 smlmv.

Para los jóvenes German Andrés Gaitán Avella, Cielo del Llano Montaña Avella, Kevin Alfredo Montaña Avella, María Alexandra Sanabria Avella, Diego Fernando Gaitán Avella, Jhon Aldair Cárdenas Avella, Danna Valentina Rodríguez Avella, Harold Andrés Avella Vargas, Juan David Avella Bermúdez y Javier Orlando Avella Quintero, en calidad de sobrinos de la víctima, la suma equivalente a 40 smlmv.

Tercero: Que las sumas reconocidas sean indexadas.

Cuarto: Que se condene al pago de costas y agencias al demandado.

3.1.2. Hechos⁴.

La parte demandante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

Que de la unión de Temistocles Avella Rivas y María Sofía Quivay Vargas, se procreó al señor Oscar Andrés Avella Quivay, nacido el 20 de junio de 1988, existiendo entre ellos una relación de cariño, afecto y ayuda mutua,

⁴ Fol. 17-20 Cdno 1



13-001-33-33-012-2015-00547-01

conviviendo bajo el mismo en el municipio de Aguazul (Casanare). De igual forma, mantuvo lazos estrechos con sus hermanos y sobrinos.

El señor Oscar Andrés Avella Quivay, ingresó como patrullero de la Policía Nacional, ejerciendo su actividad policial desde el año 2011. Para el año 2014, recibió segundo turno de vigilancia en el CAI de Daniel Lemaitre en Cartagena, dotándolo de arma identificada con el No. 2839, prestaría su servicio en la motocicleta de placas 5101-0799, chaleco No. 185050, y la misión encargada sería la registrada con las siglas MNUCC.

El día 11 de junio de 2014, siendo aproximadamente las 14:35 horas, por alerta ciudadana se dio a la persecución de 4 sujetos que había hurtado en el barrio Daniel Lemaitre, en la misma uno de los delincuentes accionó su arma de fuego impactando en la integridad del señor Avella Quivay, causándole su muerte. A raíz de lo anterior, se abrió investigación de tipo penal en contra de Ever Alison Padilla Cuadro y Daniel David Barrios Lozano, identificada con el No. único 130016001129201402273.

Mediante informe administrativo prestacional por muerte No. 062/2014, la Policía Nacional determina que, las circunstancias de causalidad en que se presentó la muerte del patrullero se enmarcan conforme a lo descrito en el Decreto 1091 de 1995 en su artículo 70 *“Muerte en actos especiales del servicio”*.

Aducen que el señor Oscar Avella Quivay, ejerció funciones relacionadas con la defensa y seguridad de la población civil, asumiendo riesgos inherentes a esa actividad, los cuales estaba obligado a soportar, dejándolo en un alto grado de desigualdad con sus demás compañeros, pues, no contaba con un arma de dotación para defenderse del ataque de los delincuentes; exponiéndose en un grado mayor por lo que frente a él hay un rompimiento de las cargas públicas que obliga a los demandados a indemnizar a los demandantes por la muerte del policial.

Afirma que, el 11 de junio de 2014 cuando el patrullero se desplazaba uniformado y sin arma de dotación por una de las calles de Daniel Lemaitre, luego de haber entregado su turno, se afrontó con este caso de hurto, en cumplimiento de sus deberes como miembro de la Policía Nacional, por lo que le atribuye dicha responsabilidad a la demandada.

3.2. CONTESTACIÓN.

3.2.1. NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- POLICÍA NACIONAL⁵:

Tuvo como ciertos algunos hechos, respecto a los demás manifestó no constarles. En cuanto a las pretensiones se opuso en su totalidad.

Propuso como excepción:

- **Hecho de un tercero:** la actuación fue exclusiva y determinante de grupos delincuenciales, quien de manera alevosa e inhumana dispararon contra el policial.
- **Hecho de la víctima:** El actuar del patrullero fue voluntaria y el mismo asumió el riesgo que podía derivar de efectuar una persecución de unos delincuentes sin su arma de dotación oficial y a sabiendas de que se encontraban armados.

Como razones de la defensa, indica que el patrullero Oscar Avella Quivay ingresó de manera voluntaria a la institución, siendo capacitado para la prestación del servicio, se graduó ostentando el grado de patrullero y fue orgánico de la Policía Metropolitana de Cartagena CAI Daniel Lemaitre, hasta el día de su muerte en las circunstancias descritas en el informe policial No. 953/SEGDI ESPCN 29 del 11 de junio de 2014.

Aduce que, no le asiste responsabilidad debido a que, la muerte del patrullero fue con ocasión del actuar de delincuentes armados, por lo que se configura una causal de exoneración denominada hecho exclusivo y determinante de un tercero.

manifiesta que, no le asiste responsabilidad toda vez que, en el momento que se producen los hechos el patrullero no portaba arma de dotación oficial, debido a que la había entregado en el armerillo de la estación de policía caribe norte, por finalización de su turno de servicio, de igual forma, indica que no se transportaba en motocicleta oficial, por lo que no se evidencia que su actuar haya sido con base a una orden directa emanada de un superior.

⁵ Fols. 117-133 cdno 1

13-001-33-33-012-2015-00547-01

Sostiene que este tipo de actividades relativas al servicio en las funciones desplegadas como miembro de la fuerza pública, conlleva a un riesgo intrínseco que debe ser soportado en principio por quienes pertenecer a la misma y que para una indemnización diferente a la contemplada en la ley, que en este caso consistió en un reconocimiento de una pensión mensual, así como una indemnización por valor de \$44,307.516; luego quien pretenda otro tipo de reparación o indemnización tiene que demostrar que, la entidad de Policía actuó bajo una falla del servicio o que fue sometido a un riesgo excepcional que rompe la igualdad frente al que debieron resistir los demás compañeros de trabajo.

Agrega que, no existe prueba de las dos causas anteriores puesto que la persecución de los delincuentes con arma de fuego fue una decisión autónoma del fallecido quien asumió el riesgo y no una orden de sus comandantes para que iniciara esa persecución están desarmado; puesto que al momento de los hechos no estaba en servicio, debido a que, su turno había finalizado, de manera que es un hecho atribuible a la víctima y no a la institución.

Todo lo anterior, aduce que se encuentra probado en el informe No. 9537 del 11 de junio de 2014, sobre la muerte del señor Oscar Avella en la cual se demuestra que no hubo ninguna actuación irregular de la demandada, y que su decisión se debió al hecho determinante de un tercero.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁶

La A-quo resolvió declarar probada las excepciones propuestas por la demandada y no acceder a las pretensiones de la demanda dado que en el presente caso no se acreditó que el daño hubiese sido imputable a la demandada, pues no se demostró la configuración de una falla del servicio, así como tampoco se probó que el agente fallecido estuviera sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente deba soportar, ni se acreditó que durante el desarrollo de la actividad de patrullero de la Policía Nacional se le obligara a asumir una carga superior que llevara implícito el rompimiento del principio de igualdad de sus compañeros y que, por ese hecho, se hubiere producido su muerte.

⁶ Fols. 300-308 cdno 2

13-001-33-33-012-2015-00547-01

Indicó que, debió la parte actora demostrar que el patrullero Avella fue compelido por sus superiores a emprender la persecución de delincuentes armados sin encontrarse en posesión de su arma de dotación y de los demás elementos de seguridad con que debía contar un miembro de la institución, es decir, que fue colocado en una situación de riesgo extremo el cual no estaba en la obligación de soportar; inclusive debió demostrarse que otras unidades de policía que se encontraban en el sector no acudieron al llamado de ayuda una vez tuvieron conocimiento de la situación.

Concluyó que, la decisión de perseguir y enfrentar a los delincuentes sin contar con los elementos que garantizaran su propia seguridad fue adoptada de manera autónoma y voluntaria por el patrullero, teniendo el conocimiento y capacitación necesaria para afrontar este tipo de situaciones, en la que puso en riesgo su vida e integridad personal.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁷

La parte demandante recurrió la sentencia de primera instancia, los argumentos de su recurso, se fundamentan en la indebida valoración realizada por la A-quo los cuales permitían determinar que al momento de intervenir en la acción delictiva con la finalidad de brindar apoyo a la ciudadana que estaba siendo asaltada, se expuso a un riesgo mayor al que se exponen los miembros de la Policía Nacional, ya que intervino sin estar de turno pero con la plena disponibilidad al servicio y ante la sociedad.

Manifiesta que, no podía excusarse el policial en que no contaba con un arma de dotación, debido a que su actuar lo llevó a cabo por el deber que le impone la institución y el estado a los policiales, lo que conmina a intervenir en un asalto sin su arma de dotación, que de no haberlo hecho incurría en una omisión.

Finaliza, indicando que el contexto fáctico en el cual tuvieron ocurrencia los hechos objeto de la demanda se encontraba ligado a la actividad de la administración, como quiera que el patrullero se expuso a un riesgo mayor al que se encontraba obligado a soportar.

⁷ Fols. 312-315 cdno 2

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda en comento fue repartida ante Tribunal Administrativo de Bolívar, el 18 de enero de 2018⁸, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 06 de abril de 2018⁹; y, a correr traslado para alegar de conclusión el 28 de septiembre de 2018¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSION

3.6.1. Parte demandante¹¹: Presentó escrito de alegatos el 12 de octubre de 2018, reiterando los argumentos del recurso de apelación.

3.6.2. Parte demandada¹²: Presentó escrito de alegatos el 16 de octubre de 2018, ratificándose en los argumentos de la contestación de la demanda y solicitando se confirme la sentencia apelada.

3.6.3. Ministerio Público: No rindió concepto en el presente asunto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

De igual forma es competente únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

⁸ Fol. 1 Cdno de apelación

⁹ Fol. 3 cdno de apelación

¹⁰ Fol. 7cdno de apelación

¹¹ Fols. 9-13 cdno apelación

¹² Fols. 14-18 cdno apelación

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar:

- *¿Si la muerte del señor Oscar Avella Quivay, ocurrida el 11 de junio de 2014, es imputable a la entidad demandada, teniendo en cuenta que los hechos ocurrieron cuando aquel se encontraba fuera de servicio?*
- *Se debe determinar si la víctima intervino en la causación del daño o si el mismo es atribuible solo a terceros.*

5.3. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión, conociendo el fondo del asunto, confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto se encuentra demostrado en el plenario, que la muerte del patrullero se enmarca dentro de lo que establece el Decreto 1091 de 1995 artículo 70 como muerte en actos especiales del servicio, en este caso como consecuencia de la acción del enemigo, sin lograrse demostrar que la entidad demandada haya incidido en dicha acción o haya conminado al policial a tomar la decisión de atender la situación, la cual ocurrió en virtud a los hechos propios de la actividad policial.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

5.4.1. Responsabilidad Administrativa del Estado

El medio de control de reparación directa tiene como fuente constitucional el artículo 90 Superior, desarrollado legalmente por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuya finalidad es la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con motivo de la causación de un daño antijurídico.

En efecto, los estatutos citados disponen:

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



13-001-33-33-012-2015-00547-01

“ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública...”

En ese marco, tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional e internacional, coinciden en señalar que para que opere la responsabilidad extracontractual del Estado, es imperativo que confluyan los siguientes elementos¹³:

1. El **Daño antijurídico**, que se traduce en la afectación del patrimonio material o inmaterial de la víctima, quien no está obligada a soportar esa carga. Sin daño, no existe responsabilidad, de ahí que sea el primer elemento que debe analizarse.
2. El **Hecho Dañino**, que es el mecanismo, suceso o conducta que desata el daño, el cual puede concretarse en una acción u omisión; este se atribuye para efectos de declarar la responsabilidad y
3. El **Nexo Causal**, que se constituye en la relación causa efecto que debe existir entre el hecho dañino y el daño

5.4.2. Responsabilidad extracontractual o patrimonial del estado - No se concreta cuando se asume riesgo voluntario¹⁴.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes de la fuerza pública profesionales constituye, en general, un riesgo propio de la actividad que desempeñan, riesgo que se concreta cuando tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones, por lo que asumen los riesgos inherentes al desarrollo de dichas actividades peligrosas.

¹³ Modernamente conocidos como daño antijurídico e imputación.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil trece (2013), Radicación número: 17001-23-31-000-1996-00016-01(20445), Actor: ALBA LUCIA GARCIA QUINTERO Y OTROS

13-001-33-33-012-2015-00547-01

Sin embargo, se considera, en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el agente afectado, y que este riesgo sea mayor que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada. Estos títulos de imputación se configuran, cuando “a estos funcionarios se le somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad”, o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).

Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait, esto si se logra demostrar la intervención del Estado en la acusación del daño, debido a que la falta de precaución por parte los agentes que ejecutan una operación, da lugar a la aparición de un eximente de responsabilidad, ya que la realizaron de manera voluntaria y consciente del peligro que ésta implicaba.

5.4.3. El régimen de responsabilidad aplicable a los Miembros de la Fuerza Pública.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado en distintas oportunidades las diferencias existentes entre el régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de daños causados a miembros de la Fuerza Pública que ingresan al servicio en calidad de conscriptos, es decir, aquellos que son reclutados de manera obligatoria (Soldados Regulares, Bachilleres, Campesinos etc.) y el régimen jurídico aplicable por los daños causados al personal de la Fuerza Pública y de los organismos de defensa y seguridad del Estado que ingresan de manera voluntaria (personal de Soldados Voluntarios y Profesionales, Suboficiales y Oficiales, personal de Agentes de la Policía Nacional, entre otros).

Mediante sentencia del 9 de junio de 2010, Expediente 16258, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo:

“En efecto, de tiempo atrás ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional en los términos y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los



13-001-33-33-012-2015-00547-01

asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad, por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto sólo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar.

La anterior situación no se genera, en principio, con el segundo grupo, es decir, con el personal de las Fuerzas Armadas que se vincula de manera voluntaria en virtud de una relación legal y reglamentaria, como sucede en el asunto sub – lite con los Soldados Voluntarios Mario Fernando Rueda Espinosa, Jonh Jairo González Benavides, Arles Sosa Polo y Januario Lozano García o como sucede igualmente, por vía de ejemplo, con el personal de Suboficiales y Oficiales las Fuerzas Armadas (Ejército Nacional, Armada Nacional, Fuerza Aérea y Policía Nacional), porque al elegir su oficio consienten su incorporación y asumen los riesgos inherentes al mismo, a su turno, la Entidad estatal debe brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones, por consiguiente, si se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se genera la llamada por la doctrina francesa indemnización a forfait de manera que, en principio, para que la responsabilidad estatal surja en este tipo de eventos, además del riesgo inherente a la profesión debe ocurrir un hecho anormal generador de un daño que no se está obligado a soportar, evento en el cual surge el derecho a reclamar una indemnización plena y complementaria a la que surge de la esfera prestacional, bajo el régimen general de la responsabilidad de la administración, con las connotaciones propias en relación con los elementos estructurales y las causas extrañas enervantes del fenómeno jurídico. Es de anotar que la Sala ha precisado que la “indemnización a forfait” y la indemnización plena no son, en principio, excluyentes entre sí, porque la primera tiene una causa legal independiente del fenómeno de la responsabilidad civil extracontractual, lo cual implica que debe pagarse de manera independiente a que la responsabilidad de la administración se halle o no comprometida por la ocurrencia de los hechos, en tanto la segunda tiene origen en la responsabilidad misma, proveniente del daño antijurídico que no está obligado a soportar la víctima (Resalta el Tribunal).

En el mismo sentido, la Alta Corporación, en sentencia de 18 de febrero de 2010, sostuvo:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la Fuerza Pública; de allí que cuando el aludido riesgo se concreta, en principio no resulte jurídicamente viable

13-001-33-33-012-2015-00547-01

atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual alguna en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el militar profesional afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada”.

Ahora, en sentencia de 26 de julio de 2012, Expediente. 19001-23-31-000-1999-12390-01 (24358), el Consejo de Estado precisó:

“3.2.1.5 De otro lado, frente a la responsabilidad del Estado en relación con el daño ocasionado a los soldados voluntarios, esta Corporación ha señalado que éstos asumen el riesgo propio que comporta su actividad profesional y que, en consecuencia, el Estado solo responderá por el daño originado en la “conducta negligente e indiferente que deja al personal en una situación de indefensión” o en un riesgo excepcional, anormal, esto es, diferente al inherente del servicio. Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que “cuando el daño se originó en el riesgo propio del servicio, (...) el afectado únicamente tendría derecho a recibir las indemnizaciones previstas en la ley especial para tales eventos; empero, tratándose de la materialización de un riesgo ajeno a la actividad de la administración, habría lugar a la indemnización plena, tanto para los terceros perjudicados como para la víctima directa”. (Resalta el Tribunal).

Así las cosas, la alta Corporación ha sostenido que quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares y agentes de policía que se vinculan de manera voluntaria, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, que consiste en el sometimiento a un riesgo ajeno a la actividad

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados:

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

- Expediente No. 13001601129201402273 de la Fiscalía General de la Nación en el que figura como entrevistado la señora Margarita Rojas Cortina, quien fue la víctima del robo en el que se vio involucrado el patrullero¹⁵.

¹⁵ Fols. 68-70-71 cdno 1

13-001-33-33-012-2015-00547-01

- Expediente No. 13001601129201402273 de la Policía Nacional en el que figura como entrevistado el patrullero Juan Gabriel Padilla Pérez, el cual aduce ser compañero de la víctima¹⁶.
- Calificación del informativo administrativo prestacional por el deceso del señor Oscar Avella Quivay No. 062/2014, expedido por el Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional- Metropolitana de Cartagena¹⁷.
- Mediante oficio No. 0997, el comandante de la Estación Caribe Norte remite con destino a este proceso, las minutas de servicio, población y guardia del CAI de Daniel Lemaitre para la fecha 11 de junio de 2014¹⁸.
- Informativo Administrativo Prestacional por muerte N° 062/2014 con ocasión a la muerte del patrullero Oscar Avella Quivay¹⁹.
- Hoja de servicio No. 1116544541 del patrullero Oscar Avella Quivay²⁰.
- Resolución No. 03830 del 19 de septiembre de 2014, por la cual se asciende en forma póstuma al grado de subintendente al señor patrullero Oscar Andrés Avella Quivay²¹.
- Proceso prestacional por muerte No. 9223/2015²².
- Registro de defunción del señor Oscar Andrei Avella Quivay²³.

5.5.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

- Daño

En el caso concreto, el daño alegado por los demandantes es la muerte del señor Oscar Andrés Quivay Avella, en los hechos acaecidos el día 11 de junio de 2014, cuando en ejercicio de su actividad policial asumió un riesgo mayor

¹⁶ Fols- 69-72-73. cdno 1

¹⁷ Fols. 76-79 y 136-139 cdno 1.

¹⁸ Fols. 191-204 cdno 1 y 2

¹⁹ fol. 134-139 cdno 1

²⁰ fol. 135 cdno 1

²¹ Fols. 143-146 cdno 1.

²² Fols. 231-279. Cdno 2

²³ Fols. 222 cdno 2

13-001-33-33-012-2015-00547-01

que el de sus compañeros, vulnerándose su principio de igualdad frente a las cargas públicas.

De las pruebas aportadas al proceso, se extrae que, efectivamente a los demandantes, se les causó un daño con la muerte del señor Oscar Avella Quivay, la cual se produjo por el accionar de delincuentes, cuando este inicia una persecución de los sospechosos a fin de darles captura en una motocicleta de su propiedad, sin armamento, y solo con el radio de comunicación.

Se tiene probado de las declaraciones rendidas por la señora Margarita del Carmen Rojas Cortina, los Patrulleros Teherán Bárcenas Manuel y Ascanio Ortega Luis²⁴, que el 11 de junio de 2014 siendo aproximadamente las 2:30 pm, el patrullero Oscar Avella Quivay en su motocicleta particular, emprendió persecución en contra de dos sujetos motorizados y armados que momentos antes habían despojado de sus pertenencias a la señora Margarita del Carmen Rojas Cortina²⁵; a la altura de la calle 52 con Cra. 24 uno de los delincuentes se bajó del vehículo y disparó contra la humanidad del policial Avella, siendo capturados metros más adelante por los patrulleros en mención.

Se encuentra demostrado que, el 11 de junio de 2014 el patrullero Avella Quivay culmina su segundo turno en la estación Caribe Norte, haciendo entrega del mismo a las 14:00 horas junto con armamento en el armerillo y motocicleta asignada por la entidad, disponiéndose a realizar entrega del radio de comunicación al CAI de Daniel Lemaitre en su moto particular debido a que realizaba cuarto y primer turno como conductor del señor oficial²⁶, información que es corroborada por los demandantes en su escrito de apelación²⁷.

En ese orden de ideas, como quiera que se encuentra demostrado el daño, le corresponde a la Sala continuar con el estudio del otro elemento de la responsabilidad del estado.

- La Imputación:

Conforme a la hoja de servicio No. 1116544541²⁸, se tiene que, el patrullero Oscar Andrés Avella Quivay se encontraba vinculado a la Policía Nacional

²⁴ Fols. 69 y 72-73 cdno 1

²⁵ Fols. 68 y 70-71 cdno 1

²⁶ Fol. 202 cdno 2

²⁷ Fol. 314 cdno 2

²⁸ Fol. 135 cdno 1



13-001-33-33-012-2015-00547-01

desde el 27 de agosto de 2007 como auxiliar de policía, hasta el 01 de agosto de 2008; posteriormente se unió como alumno nivel ejecutivo del 10 de enero de 2010 al 13 de julio de 2010, y finalmente, prestó tiempo de servicio como nivel ejecutivo del 14 de julio de 2010 al 11 de junio de 2014 (fecha en que falleció), otorgándosele el término de 3 meses de alta hasta el 11 de septiembre de 2014.

Se encuentra probado mediante oficio No. 0997²⁹, que el comandante de la Estación Caribe Norte remitió con destino a este proceso, las minutas de vigilancia, guardia y población del CAI de Daniel Lemaitre para la fecha 11 de junio de 2014, de las cuales la Sala observa lo siguiente:

- Del libro de **minuta de vigilancia** se desprende que en las anotaciones realizadas en el fol.332 de dicho libro, el 11 de junio de 2014, el patrullero Avella Quivay ingresa al 2 turno con placa 084349, arma 2839, vehículo 50-0749, chaleco 185050, lugar de fracción 009 y misión a cumplir MNVCC³⁰, que de acuerdo a la información del oficio antes referenciado, ese segundo turno comprende desde las 07:00 hasta las 14:00 horas.
- En el libro de **minuta de guardia** del 11 de junio de 2014, suscrito por el subteniente Escobar García Mario perteneciente al CAI Daniel Lemaitre, en la anotación realizada (fol. 286-287 del libro) a las 6:46 que tiene por asunto "salen", se desprende que: (...) "*a servicio de la vigilancia mnavp los señores PT Ducoara leon y PT Gomez Perez C. Cuadrante 4.10 4.11 en red en la motocicleta de la ponal n 50°-0852 con armamento y munición, debidamente uniformados, 01 radio de comunicacion. 01 Avantel PT Avella Quivay Oscar cuadrante 4.9 solo laborando en la motocicleta de la ponal n°50.0749 con armamento y munición debidamente uniformado*"³¹.
- Se encuentra que en la **minuta de población** de la fecha, una anotación realizada por el Subteniente Escobar García Mario a las 17:15, en el que indica lo siguiente: "*A esta hora y fecha dejo constancia que retire al señor patrullero Avella Quivay Oscar de segundo turno de vigilancia a las 14:00 horas verificando que entrego armamento en el armerillo de la estacion Caribe Norte y deja motocicleta asignada de la Policia en la estación, y se dirige al CAI Lemaitre en su moto particular a*

²⁹ Fols.-191-204 cdno 1 y 2

³⁰ fol. 193 cdno 1

³¹ Fols. 197-198 cdno 1



13-001-33-33-012-2015-00547-01

entregar radio de comunicaciones debido a que realizaba cuarto y primer turno conmigo el como conductor y yo como tripulante”³².

De las anotaciones realizadas en dichos libros no se encontraron inconsistencias alguna, de la minuta de vigilancia, que el patrullero Oscar Avella Quivay entró en el segundo turno correspondiente de las 07:00 a las 14:00 horas, con placa 084349, arma 2839, vehículo 50-0749, chaleco 185050, lugar de fracción 009 y misión a cumplir MNVCC. De la minuta de guardia, en ella figura una anotación de la fecha de los hechos, a las 6:46 horas sobre la salida de las patrullas a laborar y donde figura el patrullero Avella Quivay con motocicleta ponal 50-0749 con armamento y munición debidamente uniformado. Y finalmente en la minuta de población: figura una anotación a las 19:15 horas por el Subteniente Escobar García Mario a las 17:15, en el que indica que deja constancia que retiró al señor patrullero Avella Quiva Oscar de segundo turno de vigilancia a las 14:00 horas verificando que entregó armamento en el armerillo de la estación Caribe Norte y dejó motocicleta asignada de la Policía en la estación, y se dirigía al CAI Lemaitre en su moto particular a entregar radio de comunicaciones debido a que realizaba cuarto y primer turno con él, Avella Quivay cómo conductor y el subteniente como tripulante.

Que conforme a la declaración de la señora Margarita del Carmen Rojas Cortina-víctima del robo a manos de los delincuentes-, el señor Avella Quivay emprendió la persecución de estos al percatarse de lo que sucedía, relata lo siguiente³³:

“la hora exacta no se la se decir pero ya eran como las 2:30 de la tarde de hoy 11 de junio, yo salí de la olímpica la matuna, estaba haciendo un mercado ahí, cogí un carro en la estación de la olímpica la matuna y le dije al taxista que me llevara al barrio daniel Lemaitre, en la puerta de mi casa cunado me fui a abajar del carro en la calle 69B, me dieron el aviso de que me iban a atracar, eran dos motos en cada moto iban dos hombres, la una se puso delante del taxi y la otra se quedo atrás del taxi y uno de los parrilleros de una de las motos se bajo con un arma, con una pistola, era larga y me amenazo para que le entregara el bolso, el bolso yo se lo tire en la parte de adelante al taxista, el tipo me empujaba con el brazo y me alcanzo a golpear en la nariz y en un pomulo izquierdo, luego se acerco el de la moto que estaba adelante del taxi, se acerco abrio la puerta de adelante del taxi y sañoc el bolso y se fueron las dos motos , dos tipos en cada moto, se fueron huyendo; en eso por la carrera 16 pasaba un policía y los vecinos le comenzaron a gritar que siguiera las dos motos que acaban de atracar , el policía se regreso y se fue persiguiéndolos y mas atrás del policía salió una vans de

³² Fol. 202 cdno 2

³³ Fols. 68 y 70-71 cdno 1



13-001-33-33-012-2015-00547-01

la policía también persiguiéndolos, eso es todo lo que se, por allá no hubo tiroteo en la calle de nosotros no se sintió ni un solo disparo. Eso fue todo lo que yo presencié.

(...)

Preguntado: diga que tipo de arma de fuego portaba el sujeto que la amenazo luego de bajarse el de la moto, nos dira además xsi los otros tres sujetos portaban armas de fuego. Contesto: era un arma de fuego cañon largo, era como una pistola porque yo no le vi tambor como el revolver para la bala, la pistola era grande, solo lo vi a el armado porque los demás no me di cuenta.

(...)"

De igual forma, se transcribe la declaración del Patrullero Juan Gabriel Padilla Pérez, quien atiende el llamado de apoyo del policial Avella, junto con otros dos compañeros, relata lo siguiente³⁴:

"siendo las 14:20 horas del día 11 de junio de 2014, nos encontramos mis compañeros PT TEHERAN BARCENAS MANUEL, PT ASCANO ORTEGA LUIS y el PT VIVAS MENDOZA JON, realizando patrullaje por los límites entre el barrio san francisco y Daniel Lemaître, cuando la ciudadanía nos informa que la calle 69 del barrio Daniel Lemaître, habían atracado una señora, y un policía en una moto particular iba en persecución de los sujetos hacia la calle principal de Daniel Lemaître y alcanzamos a divisar a la distancia de dos sujetos que se movilizaban en una motocicleta, seguidamente del policía iba un grupo de moto taxistas que también perseguían a los sujetos de la motocicleta de inmediato nosotros nos unimos a la persecución reportando vía radio la novedad que está sucediendo solicitando apoyo a las patrullas más cercanas, los particulares tomaron la calle 68 que conduce al sector la paz, la persecución continuó, por la calle que comunica al sector san bernardo de la maría cuando íbamos a la altura de la calle 52 con la carrera 24, el particular que iba de parrillero se bajó de la motocicleta y disparó con un arma de fuego contra la humanidad del uniformado que lo perseguía, una vez que el particular se paró se volvió a montar en la motocicleta y cuando se intenta dar a la huida pierden el control del automotor cayendo a suelo, cuando caen al suelo ambos particulares salen corriendo hacia la carrera 30 que es la calle principal de la maría, en ese momento que con el apoyo de las patrullas conformadas, teheran barcenas Manuel y padilla perez juan, logramos alcanzar a los particulares, al practicarles una requisa, al momento que minutos antes iba de patrullero y que disparó en contra del policial, le hallamos en su poder más exactamente en la pretina del pantalón un arma de fuego tipo revolver al preguntarle que si portaba permiso para el porte o tenencia del arma de fuego este contestó que no poseía ningún documento de la misma inmediatamente procedimos con su captura dándole a conocer los derechos como capturado, simultáneamente, por patrullero Pt Ascanio Ortega Luis y PT Vivas Mendoza Jon, realizan la captura del otro particular DANIEL DAVID BARRIOS LOZANO identificado con cédula no. 1074461885, quien momentos antes conducía la motocicleta, una vez reducido estos particulares una gran multitud de personas de forma iracunda comenzaron a agredir a los capturados, nosotros tratamos de proteger su integridad física, sin embargo nos fue

³⁴ Fols. 72



13-001-33-33-012-2015-00547-01

imposible porque fuimos superados en numero de personas y alcanzaron ha agredirlos causándoles lesiones con palos y armas cortopunzantes . al lugar llegaron mas patrullas de apoyo y conseguimos a evacuar a los capturados rápidamente uno de los capturados fue trasladado por una patrulla al cai de san Francisco, pero al ver que llegaba la multitud al cai, solicitamos una panel para trasladar a los capturados a las instalaciones de la estación caribe norte de chambacu, ya que estas son mas seguras. Y he inmediatamente se les traslado al hospital universitario de Cartagena para que se le brindaran la atención medica, debido ha saus lesiones, el capturado Heber Alison Padilla Cuadro identificado con cedula nro. 1.047.404.079, quedo en la HUC debido a que presentaban varios golpes y lesiones con arma corto punzante y Daniel Barrios Lozano quedo en el cap del barrio de Canapote, el arma de fuego incautada ha estos sujetos es un resolver, marca llama modelo casydi, calibre 38 largo, con numero externo IM 37020 y numero interno 05417, con seis (06) vainillas percutidas en sus alveolos, por otro lado el uniformado herido fue trasladado a la clínica Cartagena del mar donde posteriormente fallece ha causa de sus lesiones, es de anotar que cuando las otras patrullas, llegaron al lugar de la captura, movilizaban estos sujetos, debido ha que desconocidos aprovecharon la turba y se llevaron la motocicleta, sin que hasta el momento se lograra su ubicación”.

Las anteriores declaraciones concuerdan con lo esbozado en el informativo administrativo prestacional por muerte No. 062/2014³⁵, en el que figura como informante el teniente Jorge Andrey Rey Rojas, relata de manera detallada los hechos en los que perdió la vida el patrullero Avella Quivay, dicho informativo fue calificado por el Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional- Metropolitana de Cartagena³⁶, determinando que las circunstancias de causalidad en las que se presentó la muerte del patrullero Avella Quivay se enmarca conforme a lo descrito en el Decreto 1091 de 1995, artículo 70 “Muerte en actos especiales del servicio³⁷”, las consideraciones de dicho

³⁵ Fols. 134

³⁶ Fols. 76-79 y 136-139 cdno 1.

³⁷ Artículo 70. Muerte en actos especiales del servicio. El miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que muera en servicio activo, en actos meritorios del servicio, en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, bien sea en conflicto internacional o en mantenimiento o restablecimiento del orden público, será ascendido en forma póstuma al grado inmediatamente superior, cualquiera que fuere el tiempo de servicio en su grado. Además, sus beneficiarios en el orden establecido en el artículo 76 de este Decreto tendrán derecho a las siguientes prestaciones:

- a) A que por el Tesoro Público se les pague, por una sola vez, una compensación equivalente a cuatro (4) años de la remuneración correspondiente al grado conferido en forma póstuma al causante, tomando como base las partidas señaladas en el artículo 49 de este Decreto;
- b) A que el Tesoro Público les pague un valor equivalente a la cesantía causada en el año en que ocurrió la muerte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 de este Decreto;
- c) A que por el Tesoro Público se les pague una pensión mensual equivalente al ciento por ciento (100%) de las partidas señaladas en el artículo 49 de este Decreto, cualquiera que sea el tiempo de servicio.

13-001-33-33-012-2015-00547-01

documento indican que el policial fallecido al percatarse de la situación retomó su función como policía sin contar con un arma de dotación solo con el radio de comunicación, poniendo en riesgo su propia vida, muriendo a manos de los delincuentes quienes si contaban con un arma de fuego.

Conforme a las pruebas antes relacionadas se colige que, el patrullero Avella Quivay decidió atender la situación con el pleno de conocimiento de no encontrarse en servicio, ni con los elementos de dotación requeridos para la prestación del mismo, por otro lado, se puede determinar que la orden de atender dicha situación no fue dada por un superior, debido a que ya había finalizado su turno. Conclusión a la que se arriba conforme la jurisprudencia citada en el marco normativo la cual establece que cuando se concreta el riesgo que voluntariamente se asume se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, *indemnización a forfait*, esto si se logra demostrar la *intervención del Estado en la acusación del daño*, debido a que la falta de precaución por parte los agentes que ejecutan una operación, da lugar a la aparición de un eximente de responsabilidad, ya que la realizaron de manera voluntaria y consciente del peligro que ésta implicaba. En este caso, se presentó una falta de precaución por parte del patrullero Avella Quivay, el cual teniendo los conocimientos que se necesitan para este tipo de situaciones, decidió asumir el riesgo que generó el resultado que hoy se demanda en este proceso.

En el caso concreto, tal y como lo establece el A-quo no se encuentra probado la omisión por parte de la entidad demandada, debido a que si bien el policial fallecido desarrollaba labores propias del servicio, en el momento en que se presenta la situación que se relata en esta demanda no se encontraba en disponibilidad, es decir, toda vez que su turno ya había finalizado como quedó demostrado, por lo que la decisión de darse a la persecución de los delincuentes fue manera voluntaria, y sin coacción alguna por parte de alguno de sus superiores jerárquicos por lo que se encuentra que en el caso concreto, no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio, en tanto ésta no se acreditó y además se probó en el proceso que la víctima perdió la vida como consecuencia de la materialización del riesgo propio permanente y continuo del ejercicio de sus funciones como

Parágrafo. Se entiende por actos meritorios del servicio para todo efecto, aquellos en que el uniformado cumple la misión encomendada con grave e inminente riesgo para su vida o integridad personal.

agente de la Policía Nacional, el cual fue asumido de manera voluntaria por el hoy occiso.

El apelante no logra demostrar en que consistió la indebida valoración probatoria que realiza el juez de primera instancia, que a su juicio radicó en que fue sometido el señor Oscar Avella Quivay un riesgo excepcional. Lo que se demostró como se dijo en el párrafo anterior, es que actuó en un deber de solidaridad, pero no motivado por una orden que lo colocó en mayor riesgo que los otros compañeros que se encontraban persiguiendo a quienes habían despojado de su bolso a la señora Margarita Rojas.

Igualmente, tampoco demostró que era un deber que le impone la institución y el Estado de participar en una persecución en las condiciones en que se encontraba, simplemente se limita a afirmar que está demostrado pero no indica con qué tipo de pruebas, y cuál fue el incumplimiento obligacional o del deber que estaba obligado por mandato de las normas o de una orden superior, lo cual tenía que demostrar para configurar que ese deber en las condiciones en que perseguía a los supuestos delincuentes le generó ese riesgo excepcional. El juez de primera instancia, no desconoció ni equivocó su juicio de valor sobre las pruebas, la actividad del demandante, no fue lo suficientemente diligente para demostrar la responsabilidad objetiva, las pruebas solo indican las relaciones de afecto y de familia de los demandantes con el occiso, pero no, el riesgo excepcional que alega y la indebida valoración que hace el A-quo del material probatorio, ni demostró que los otros policiales que perseguían a los indiciados por el despojo que sufrió la señora Margarita Rojas, no estaban en turno, y a pesar de ello estaban en mejores condiciones de prestación de servicio, para poder hablar del rompimiento de igualdad alegado.

Por las razones aquí expuestas, esta Sala resolverá confirmar la decisión de primera instancia, que decidió denegar las pretensiones de la demanda.

5.6. De la condena en costa

El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala, que *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”*. A su turno, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará



13-001-33-33-012-2015-00547-01

en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

Conforme con las normas citadas esta Corporación condenará en costas a la parte recurrente en esta instancia – señor TEMISTOCLES AVELLA QUIVAY y otros.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI. FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS, a la parte apelante señor TEMISTOCLES AVELLA QUIVAY y otros., conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: Ejecutoriada esta sentencia, **REMÍTASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No.045 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS DE JESÚS RODRÍGUEZ PÉREZ



13-001-33-33-012-2015-00547-01


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARIA GUERRA PICÓN