

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA / RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA / COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con el artículo 129 del C.C.A., por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía, dado que la pretensión mayor (...) excede la suma de \$18'850.000 a la fecha de la presentación de la demanda.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 129

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA DE HECHO / HECHOS DE LA DEMANDA / PRETENSIONES DE LA DEMANDA / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA MATERIAL / ESTUDIO DE FONDO DE LA SENTENCIA / DIFERENCIA ENTRE LEGITIMACIÓN DE HECHO Y LEGITIMACIÓN MATERIAL

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva. A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación. Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

DAÑO ANTIJURÍDICO / LESIONES PERSONALES AL CIVIL / DEFORMIDAD FÍSICA PERMANENTE / ARMAS DE FUEGO / VALOR PROBATORIO DE LA HISTORIA CLÍNICA / DICTAMEN MÉDICO

La parte demandante funda sus pretensiones en la lesión sufrida por el señor (...), quien padeció herida penetrante en tórax y contusión pulmonar, fue sometido a un procedimiento quirúrgico pero no se le pudo extraer el proyectil de arma de fuego por "alto riesgo quirúrgico", el cual quedó alojado en la séptima vértebra dorsal; el paciente sufrió deformidad física de carácter permanente, como se comprobó con las copias de su historia clínica y los dictámenes médicos que obran en el expediente.

DAÑO ANTIJURÍDICO / DAÑO OCASIONADO POR AGENTE ESTATAL EN SERVICIO / IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / NEXO CON EL SERVICIO / DAÑO DERIVADO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

Sobre el particular la Sección Tercera, de tiempo atrás, ha señalado que cuando una autoridad pública ocasiona un daño en desarrollo de las funciones propias que le fueron constitucional y legalmente asignadas, la imputabilidad del mismo a la administración se estructura en la medida en que ha sido causado por un agente estatal o en que el hecho tiene un nexo o vínculo próximo y directo con el servicio,

de esta manera, es posible inferir que el daño fue ocasionado como consecuencia y en el marco del ejercicio de una función administrativa.

NOTA DE RELATORÍA: En relación con los daños causados por autoridad pública, ver sentencia de 10 octubre de 1994, Exp. 8200, C.P. Juan de Dios Montes; sentencia de 15 de junio del 2000, Exp. 11330, C.P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 24 de noviembre del 2005, Exp. 13305, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 16 de febrero del 2006, Exp. 15383, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; sentencia de 17 de marzo del 2010, Exp. 18526, C.P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 26 de julio del 2012, Exp. 25245, C.P. Danilo Rojas Betancourth (E); sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 40411, C.P. Ramiro Pazos Guerrero y sentencia de 27 de abril de 2016, Exp. 50231, C.P. Hernán Andrade Rincón.

DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA IMPUTACIÓN / RESPONSABILIDAD DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AGENTE DEL ESTADO

[S]i el daño no se produce como consecuencia del ejercicio de una potestad pública, sino que se ejecuta exclusivamente en la esfera privada del agente estatal, desligado del servicio público, no es posible imputarle el resultado dañoso al Estado, pues los agentes estatales tienen una esfera individual, ámbito en el cual sus comportamientos son juzgados como los de cualquier particular sin que tengan incidencia en las funciones asignadas constitucional y legalmente. De ahí que, si el servidor público no actúa con ocasión del servicio o invocando el mismo o prevalido de su autoridad frente al administrado, es decir, exteriorizando su calidad de funcionario público, el daño que cause no será atribuible al Estado, dado que ni la calidad de funcionario público, ni el hecho de portar el uniforme de la fuerza pública, ni la tenencia o el uso de un instrumento del Estado para causar daño necesariamente vinculan a la Administración.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los daños causados por agentes estatales dentro de su esfera interna, desligado del servicio público, ver sentencia de 23 de julio de 2014, Exp. 29327, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera y sentencia del 13 de agosto de 2014, Exp. 30025, C.P. Hernán Andrade Rincón.

USO DE ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL / DAÑO CAUSADO CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL - No se presume la responsabilidad del Estado / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL / FUNCIÓN PÚBLICA - No vinculada cuando el agente actúa dentro de su esfera personal

[D]e asumirse que el arma que usó el sargento segundo del Ejército Nacional (...) el día de los hechos era la de su dotación oficial, la sola utilización de este instrumento del servicio no implicaba su conexión con la función pública a su cargo y no constituye premisa automática de responsabilidad del Estado, como ya lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre los daños causados por uso de armas de dotación oficial y el estudio de responsabilidad del Estado en estos eventos, ver sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 34348, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, sentencia del 17 de marzo de 2010, Exp. 18526, C.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 25 de julio de 2019, Exp. 50315, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico

DAÑO ANTIJURÍDICO - Causado por agente estatal dentro de su esfera individual / CONDUCTA DEL AGENTE DEL ESTADO - No tuvo relación con el servicio militar / PORTE DE ARMAS DE FUEGO / EJÉRCITO NACIONAL / SOLDADO DE LAS FUERZAS MILITARES / RESPONSABILIDAD PERSONAL DEL AGENTE / CONFIGURACIÓN DE LA CULPA PERSONAL DEL AGENTE / INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / INEXISTENCIA DE LA IMPUTACIÓN / RESPONSABILIDAD DEL AGENTE DEL ESTADO / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL AGENTE DEL ESTADO / REQUISAS / RIÑA / ESTADO DE EMBRIAGUEZ / INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FALLA DEL SERVICIO / EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / CAUSA EXTRAÑA

Como se comprobó, el día de los hechos el sargento segundo del Ejército Nacional (...) vestía de civil y se encontraba en el establecimiento denominado "Puerto Amor" (...) ingiriendo bebidas alcohólicas, es decir, en un momento de esparcimiento ajeno al cumplimiento del servicio como miembros de la fuerza pública. (...) De modo que en el único momento en el que, al parecer, los miembros del Ejército Nacional se habrían valido de su autoridad para exigir documentos de identificación a los presentes, no fueron atendidos por encontrarse en estado de embriaguez y no causaron daño alguno. (...) [S]e trató de un altercado entre personas en estado de embriaguez, incluido el agresor, es decir, los hechos se desarrollaron dentro del ámbito privado del servidor público quien se encontraba disfrutando de una jornada de descanso. (...) De ahí que el tipo de arma que portara el agresor -la cual no se comprobó que fuera su arma de dotación oficial-, no resulta determinante para atribuir el daño a la entidad demandada, aun cuando la víctima lo identificara como un miembro del Ejército Nacional, dado que la motivación de su conducta no tuvo relación con el servicio ni con las funciones que normalmente ejercía en razón de su cargo. (...) En el caso que se examina no se comprobó que la entidad demandada hubiere incurrido en falla del servicio por haber omitido la vigilancia, coonestado, permitido o patrocinado - cuando menos de forma remota - el comportamiento del sargento segundo del Ejército Nacional (...), razón por la cual el daño no puede ser atribuido al Estado. (...) Así las cosas, se concluye que el daño alegado en la demanda resulta imputable de manera exclusiva al extinto sargento segundo del Ejército Nacional (...), motivo por el cual frente a la entidad demandada se encuentra demostrada la causa extraña, consistente en lo que la jurisprudencia ha denominado "culpa personal del agente", dado que la lesión a los bienes jurídicos de los demandantes se dio a partir de la actuación personal del aludido ex militar.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre, las obligaciones que están a cargo del Estado y la configuración de la falla del servicio por su incumplimiento ver sentencia de 25 de julio de 2019, Exp. 50315, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico. Sobre la responsabilidad personal del agente por daños causados en riñas o discusiones particulares, ver sentencia de 10 de junio de 2009, Exp. 34348, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia del 17 de marzo de 2010, Exp. 18526, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., cinco (05) de marzo dos mil veinte (2020)

Radicación número: 41001-23-31-000-1999-00201-01(52294)

Actor: DARÍO ALBERTO GIRALDO RESTREPO RENZA Y OTROS

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS POR MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA – lesiones a civil en medio de una riña / CULPA PERSONAL DEL AGENTE – si el servidor público no actúa con ocasión del servicio o invocando el mismo o prevalido de su autoridad frente al administrado, es decir, exteriorizando su calidad de funcionario público, el daño que cause no será atribuible al Estado / FALLA EN EL SERVICIO – no se probó en este caso, pues no se demostró que era deber de la demandada adoptar medidas tendientes a anticipar y evitar la reacción violenta de su servidor en medio de una riña o discusión con un particular dentro de un establecimiento público, en tanto la conducta del uniformado no fue previsible ni resistible.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I.- SÍNTESIS DEL CASO

La noche del 28 de febrero de 1997, el señor Darío Alberto Giraldo Renza se encontraba departiendo con unos amigos en el establecimiento de comercio denominado “*Puerto Amor*”, en el municipio de Garzón, Huila, cuando se presentó una riña con un miembro del Ejército Nacional, quien accionó su arma e hirió a aquel en el tórax.

II.- ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 17 de febrero de 1999¹, el señor Darío Alberto Giraldo Renza, quien actúa en su propio nombre y en el de sus hijos menores de edad Óscar Darío Giraldo Gómez y Andrés Felipe Giraldo Gómez; así como la señora Alba Luz Rivera Perdomo, quien actúa en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad Cristian Camilo Giraldo Rivera y Viviana Giraldo Rivera²; por conducto de apoderado judicial³, interpusieron 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 las lesiones sufridas por el señor Darío Alberto Giraldo Renza, en hechos ocurridos el 28 de febrero de 1997, en el municipio de Garzón, Huila⁴.

1.1. Las pretensiones

Como consecuencia de la declaración anterior, por concepto de perjuicios morales en la demanda se solicitó la cantidad de 1.000 gramos de oro fino en favor del señor Darío Alberto Giraldo Renza y otro monto igual para la señora Alba Luz Rivera Perdomo, así como el equivalente a 800 gramos de oro fino para cada uno de los demás accionantes.

A título de daño emergente consolidado se solicitó la cantidad de \$10'000.000 y por daño emergente futuro “*se estima una suma superior a \$30'000.000*” en favor del lesionado.

Por concepto de lucro cesante consolidado, el lesionado solicitó la suma de \$15'182.900 y por lucro cesante futuro el valor de \$132'158.706.

Como indemnización del “*daño fisiológico*”, el señor Darío Alberto Giraldo Renza solicitó la suma de \$20'000.000, por la lesión de su pulmón izquierdo.

1.2. Los hechos

En la demanda se narró, en síntesis, lo siguiente:

¹ Es la fecha del sello de presentación personal de la demanda en la Oficina Judicial de Neiva según consta a folio 19 vuelto del cuaderno 1.

² Se anotan sus nombres como aparecen en sus registros civiles de nacimiento y de matrimonio allegados a folios 20 a 25 del cuaderno 1.

³ El demandante otorgó poder para demandar según consta a folio 1 del cuaderno 1.

⁴ Fls. 3 a 19 del cuaderno 1.

La noche del 28 de febrero de 1997, el señor Darío Alberto Giraldo Renza se encontraba departiendo con unos amigos en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*”, ubicado en el municipio de Garzón, Huila, cuando el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes intentó requisarlos y acto seguido le disparó al señor Darío Alberto Giraldo Renza y a uno de sus acompañantes.

El señor Darío Alberto Giraldo Renza resultó gravemente herido, pues el proyectil de arma de fuego ingresó a su pulmón izquierdo, el cual no pudo ser extraído debido a que se alojó muy cerca del corazón.

A raíz de dicha herida el señor Darío Alberto Giraldo Renza sufrió “*una larga y penosa enfermedad y una lenta y difícil recuperación perdiendo en todo caso la totalidad de su capacidad laboral*”.

Para la época del hecho, el señor Darío Alberto Giraldo Renza laboraba como maestro de construcción, con un salario mensual de \$500.000, el cual empleaba para el sustento de su familia.

Las lesiones sufridas por el señor Darío Alberto Giraldo Renza le dejaron secuelas de carácter permanente en su sistema respiratorio; además, tampoco puede jugar fútbol, actividad que practicaba durante su tiempo libre.

2. El trámite de primera instancia

2.1. La admisión de la demanda y su notificación

Mediante auto del 5 de abril de 1999⁵, el Tribunal *a quo* admitió la demanda, decisión de la cual fueron notificados en debida forma el Ministerio Público⁶ y la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional⁷.

2.2. Contestación de la demanda

⁵ Fl. 28 del cuaderno 1.

⁶ Fl. 29 del cuaderno 1.

⁷ Fl. 35 del cuaderno 1.

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional contestó la demanda de forma extemporánea⁸, como lo señaló el *a quo* en el auto de pruebas del 26 de febrero de 2002⁹.

2.3.- La etapa probatoria y los alegatos de conclusión

A través de auto del 26 de febrero de 2002¹⁰, el *a quo* decretó las pruebas aportadas y solicitadas por la parte demandante.

Vencido el período probatorio, por auto del 10 de mayo de 2007¹¹ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para lo de su competencia.

La parte demandante presentó escrito en el que señaló que el señor Darío Alberto Giraldo Renza deberá permanecer de por vida con un proyectil de arma de fuego alojado cerca de su corazón, por la acción de un miembro del Ejército Nacional que accionó su arma de dotación oficial durante un procedimiento de requisita¹².

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Huila, en sentencia del 14 de julio de 2014, negó las pretensiones de la demanda.

Respecto del daño antijurídico, el *a quo* encontró probado que el señor Darío Alberto Giraldo Renza fue gravemente herido en su pulmón izquierdo por proyectil de arma de fuego, como constaba en su historia clínica y el dictamen emitido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Neiva.

Señaló que, de acuerdo con la investigación penal adelantada por la lesión sufrida por el señor Darío Alberto Giraldo Renza, se pudo advertir que el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, adscrito al Batallón de Infantería No. 26 “*Cacique Pigoanza*” de Garzón, Huila, fue la persona que accionó su arma de fuego en contra del actor.

⁸ Fls. 41 y 42 del cuaderno 1.

⁹ Fls. 48 a 50 del cuaderno 1.

¹⁰ Fls. 48 a 50 del cuaderno 1.

¹¹ Fl. 159 del cuaderno 1.

¹² Fls. 162 y 163 del cuaderno 2.

No obstante, sostuvo que el día de los hechos en que resultó lesionado el actor el uniformado no se encontraba cumpliendo funciones propias del servicio, según lo informó el comandante del Batallón de Infantería No. 26 “*Cacique Pigoanza*” de Garzón, Huila, de modo que la conducta realizada por el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes fue dentro de su esfera personal derivada de su libre albedrío y discernimiento.

Consideró que el daño no se causó con ocasión del servicio y no se acreditó que el arma utilizada por el agresor fuera de dotación oficial¹³.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia, con el fin de que se revocara dicho proveído, en los siguientes términos (se transcribe de forma literal):

“En el proceso penal no aparece prueba que demuestre que el arma era de propiedad privada del sargento que la accionó y por la proximidad del lugar de los hechos, se infiere que era el arma de dotación oficial del sargento segundo Jhon Jairo Silva Reyes.

“Igualmente, a la hora en que ocurrieron los hechos, el suboficial debía estar en las instalaciones del Batallón de Infantería No. 26 ‘Cacique Pigoanza’ y no en un sitio público consumiendo licor.

“El hecho de que el suboficial haya abandonado las instalaciones militares donde debía permanecer, para dirigirse a un establecimiento público en el que se vende licor, se debe a la omisión de sus superiores en la vigilancia y control del personal a su cargo.

“Consideramos por consiguiente que no es acertado el análisis del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila y que, por consiguiente, debió accederse a las pretensiones de la demanda”¹⁴.

1. El trámite de segunda instancia

¹³ Fls. 171 a 179 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁴ Fls. 182 y 183 del cuaderno de segunda instancia.

Mediante auto del 28 de agosto de 2014¹⁵, el Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación presentado por la parte demandante, el cual fue admitido por esta Corporación en providencia del 8 de octubre de 2014¹⁶.

2. Los alegatos de conclusión en segunda instancia

A través de auto del 6 de noviembre de 2014¹⁷ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, si así lo consideraba pertinente.

Las partes guardaron silencio en esta etapa procesal.

3.- Ministerio Público

El procurador delegado ante esta Corporación solicitó que se confirmara la sentencia de primera instancia.

Consideró que los hechos se presentaron en un establecimiento público, en actos ajenos al servicio prestado por el Ejército Nacional, razón por la cual no se probó la falla por omisión alegada por los demandantes¹⁸.

IV.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con el artículo 129 del C.C.A., por tratarse de un proceso de doble instancia en razón de la cuantía¹⁹, dado que la pretensión mayor (\$132'158.706) excede la suma de \$18'850.000 a la fecha de la presentación de la demanda (17 de febrero de 1999)²⁰.

2. La oportunidad de la acción

Los demandantes fundan sus pretensiones en que el 28 de febrero de 1997, el señor Darío Alberto Giraldo Renza sufrió una herida penetrante de tórax y

¹⁵ Fl. 185 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁶ Fl. 190 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁷ Fl. 192 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁸ Fls. 194 a 197 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁹ Artículo 2 del decreto 597 de 1988 que modificó, entre otros, los artículos 129 numeral 2 y 132 numeral 10 del C.C.A.

²⁰ De acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, la competencia se fija al momento de presentación de la demanda.

contusión pulmonar por proyectil de arma de fuego, de acuerdo con su historia clínica y los reconocimientos médicos realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Neiva.

La demanda se presentó el 17 de febrero de 1999, esto es, dentro del término indicado en el artículo 136, numeral 8, del C.C.A. para ejercer la acción de reparación directa.

3. La legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

3.1. Legitimación en la causa de los demandantes

Los señores Darío Alberto Giraldo Renza, Alba Luz Rivera Perdomo, Óscar Darío Giraldo Gómez, Andrés Felipe Giraldo Gómez, Cristian Camilo Giraldo Rivera y Viviana Giraldo Rivera son los demandantes en este asunto, en cuanto promovieron el proceso de la referencia, de ahí que se encuentre probada su legitimación en la causa de hecho.

En cuanto a la legitimación material, el señor Darío Alberto Giraldo Renza acude en calidad de lesionado, pues, de acuerdo con su historia clínica y los reconocimientos médicos realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y

Ciencias Forenses, Sede Neiva, sufrió una herida penetrante de tórax y contusión pulmonar²¹, razón por la cual se encuentra legitimado para accionar.

Igualmente se comprobó que los demandantes Óscar Darío Giraldo Gómez, Andrés Felipe Giraldo Gómez, Cristian Camilo Giraldo Rivera y Viviana Giraldo Rivera son los hijos del señor Darío Alberto Giraldo Renza, según consta en las copias auténticas de sus registros civiles de nacimiento²² y que la señora Alba Luz Rivera Perdomo es su cónyuge, como se comprueba con el registro civil de matrimonio allegado al proceso²³, razón por la cual les asiste legitimación en la causa por activa.

3.2. Legitimación en la causa de la demandada

La Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional se encuentra legitimada en la causa por pasiva de hecho, pues de lo narrado en la demanda se concluye que es a dicha entidad a la que se le imputa el daño objeto de la controversia.

En cuanto a la legitimación material en la causa, se aclara que, por determinar el sentido de la sentencia *-denegatoria o condenatoria-*, no se analizará *ab initio*, sino al adelantar el estudio que permita determinar si el daño antijurídico alegado por la parte actora le resulta imputable.

4. El objeto del recurso de apelación

La parte demandante impugnó la sentencia de primera instancia sobre los siguientes aspectos: *i)* que no se demostró que el arma era de propiedad privada del sargento que la accionó; *ii)* que el hecho de que el suboficial hubiera abandonado las instalaciones militares para dirigirse a un establecimiento público en el que se vendía licor, se debió a la omisión de sus superiores en la vigilancia y control del personal a su cargo.

5. Lo probado en el proceso

Con el material probatorio allegado al expediente se encuentra probado lo siguiente:

²¹ Fls. 106 a 135 del cuaderno 1.

²² Fls. 21, 22, 24 y 25 del cuaderno 1.

²³ Fl. 20 del cuaderno 1.

5.1. La noche del 28 de febrero de 1997, el señor Darío Alberto Giraldo Renza se encontraba departiendo con unos amigos en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*” del municipio de Garzón, cuando se presentó una riña con otros asistentes al lugar y recibió un disparo de proyectil de arma de fuego en el pecho, por parte de un miembro del Ejército Nacional.

Así lo declaró ante el *a quo* el señor Luis Eduardo Trujillo²⁴, quien trabajó para el señor Darío Alberto Giraldo Renza como ayudante de construcción y que señaló que ambos se encontraban la noche del 28 de febrero de 1997 en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*” tomando cerveza con el señor Nelson Urquina y “*otros compañeros*”, cuando se les acercó un “*soldado*” a “*pedirles papeles*” y que el señor Nelson Urquina se negó y el “*soldado*” comenzó a hacer tiros al aire, luego le disparó al señor Darío Alberto Giraldo Renza en el pecho y al señor Nelson Urquina en una pierna.

Manifestó que (se transcribe de forma literal):

“el que disparó a mis compañeros estaba vestido en ropa de civil, andaba como cualquiera y llevaba un arma pequeña y comenzó a dar tiros”, señaló que “había varios soldados de civiles que estaban ahí tomando, cuando nosotros llegamos ellos ya estaban ahí, no me di cuenta si estaban armados porque ellos no intervinieron en nada”.

Indicó que reconoció al agresor como “*soldado*” por “*el corte bajito del cabello*” y porque “*los soldados que salen van a tomar allá*”.

En la madrugada del 1 de marzo de 1997, agentes de la Policía Nacional pusieron a disposición del comandante del distrito de policía y del fiscal seccional 18 en el municipio de Garzón, al señor Aldemar Urquina Cruz y al sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes adscrito al Batallón de Infantería No. 26 “*Cacique Pigoanza*”, quienes se vieron involucrados en una riña, según se anotó en el siguiente informe (se transcribe de forma literal):

*“Los antes mencionados se encontraban fomentando una riña y escándalo a las 02:45 horas del día de hoy en el establecimiento casa de lenocinio denominado ‘Puerto Amor’ (...) según información de la administradora del establecimiento y de las meretrices (...) **manifestaron que el señor Jhon Jairo Silva Reyes le había causado lesiones personales con un arma de fuego (pistola) a los señores Darío Alberto Giraldo Renza, C.C. (...) quien presenta herida al lado izquierdo del tórax sin orificio de salida y al señor Nelson Urquina, C.C.***

²⁴ Fls. 87 a 90 del cuaderno 1.

(...) quien presenta herida en el muslo derecho con orificio de salida. He de mencionar que el señor suboficial se encontraba en compañía del señor ST Ricardo Alexander Gutiérrez Barrios, C.C. (...) y los soldados Óscar Andrés Trujillo Marín y Ramírez Cuartes José Edwin pertenecientes al batallón Pigoanza. Los lesionados fueron atendidos en el hospital de esta localidad”²⁵ (negrillas de la Sala).

En el mismo informe se anotó que se encontraron dos cartuchos calibre 32 en el lugar de los hechos, pero que no se encontró arma de fuego alguna.

5.2.- El señor Darío Alberto Giraldo Renza sufrió herida penetrante en tórax y contusión pulmonar, fue sometido a un procedimiento quirúrgico, pero no se le pudo extraer el proyectil de arma de fuego por “*alto riesgo quirúrgico*”, el cual quedó alojado en la séptima vértebra dorsal; el paciente no sufrió perturbación funcional en su sistema respiratorio, pero sí deformidad física de carácter permanente.

Así consta en las copias de su historia clínica, según la cual el señor Darío Alberto Giraldo Renza ingresó al hospital San Vicente de Paul de Garzón el 1 de marzo de 1997 a las 3:30 de la madrugada, en donde se le practicó una toracotomía pulmonar, no tuvo complicaciones y egresó el 5 de marzo siguiente²⁶.

El 6 de marzo de 1997²⁷, el señor Darío Alberto Giraldo Renza fue examinado por primera vez por perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Neiva, quien le dictaminó una incapacidad médico legal provisional de 50 días y señaló que para determinar secuelas el paciente debía acudir a un segundo reconocimiento médico.

El 25 de abril de 1997, en un segundo reconocimiento médico legal, el perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Neiva, determinó una incapacidad médica definitiva de 50 días con base en lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“Presenta: 1-. Cicatriz hipercrómica de 12 cms de longitud, horizontal, queoide, localizada en hemitórax izquierdo a nivel de 6º espacio intercostal entre línea axilar posterior y línea medio – clavicular. 2-. Cicatriz hipercrómica queoide de 2 cms de diámetro localizada en hemitórax izquierdo a nivel de 8º espacio intercostal con línea axilar media. 3-. A la auscultación pulmonar se evidencia buena ventilación. 4-. No se evidencia compromiso del parénquima pulmonar. Las radiografías tomadas el 03-IV-97 muestran proyectil

²⁵ Fls. 1 y 2 del cuaderno 2.

²⁶ Fls.110 a 135 del cuaderno 1.

²⁷ Fl. 22 del cuaderno 2.

de arma de fuego a nivel paravertebral izquierdo (7ª vértebra dorsal). INCAPACIDAD MEDICO LEGAL DEFINITIVA: cincuenta (50) días. SECUELAS: 1-. Deformidad física de carácter permanente. Demás secuelas si hubieren en tercer reconocimiento adjuntando copia de la historia clínica del hospital de Garzón”²⁸ (negrillas de la Sala).

El 7 de julio de 1997²⁹, el señor Darío Alberto Giraldo Renza fue examinado por tercera vez por perito forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Neiva, quien mantuvo el mismo diagnóstico, incapacidad y secuela.

En dictamen practicado el 31 de agosto de 2005 por un médico forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Sede Neiva, al señor Darío Alberto Giraldo Renza, se concluyó lo siguiente (se transcribe de forma literal):

*“Al examen hoy: 1-. Cicatriz hipercrómica de 13 cms sobre el sexto espacio intercostal izquierdo por toracotomía. 2-. Cicatriz de 1 cm en el sexto espacio intercostal izquierdo, línea axilar media por proyectil de arma de fuego. 3-. Cicatriz hipercrómica de 2 cms en el séptimo espacio intercostal izquierdo línea axilar anterior que corresponde a toracotomía. **Rx demuestra ojiva de proyectil de arma de fuego paravertebral izquierda a cuerpo de D7. Los proyectiles dentro del cuerpo no tienen ningún problema a futuro. El riesgo quirúrgico es muy alto en un intento de retirarlo**”³⁰ (negrillas de la Sala).*

Ante solicitud de aclaración de la parte demandante respecto de dicho dictamen, el 10 de marzo de 2006 el perito señaló lo siguiente (se transcribe de forma literal):

“1-. La calidad de vida actualmente es igual a cuando no había tenido la agresión. 2-. No hay estudios que demuestren intoxicación por plomo a largo plazo ni daños neuronales por plomos de proyectil de arma de fuego. 3-. Su sistema respiratorio y los diferentes sistemas pueden ser sometidos a ejercicio físico sin que su capacidad respiratoria se vea afectada”³¹.

5.3.- El 4 de marzo de 1997³², la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Garzón abrió investigación por el delito de lesiones personales en contra del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, siendo

²⁸ Fl. 48 del cuaderno 2.

²⁹ Fl. 65 del cuaderno 2.

³⁰ Fls. 106 y 107 del cuaderno 1.

³¹ Fl. 142 del cuaderno 1.

³² Fl. 6 del cuaderno 2.

afectados los señores Darío Alberto Giraldo Renza y Nelson Urquina Cruz³³ – la copia de dicha actuación fue decretada como prueba a solicitud de la parte demandante y allegada al proceso, razón por la cual será valorada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 185 del C.P.C.^{34 35}.-

El 5 de marzo de 1997³⁶, el comandante del Batallón de Infantería No. 26 “Cacique Pigoanza” de Garzón, Huila, le informó a esa Fiscalía que el señor Jhon Jairo Silva Reyes ostentaba el cargo de sargento segundo del Ejército Nacional y se encontraba adscrito a ese batallón. Igualmente, señaló que para los días 28 de febrero y 1 de marzo de 1997, el suboficial no se encontraba cumpliendo funciones del servicio.

El 26 de marzo de 1997³⁷, la fiscal de conocimiento escuchó en indagatoria al sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, quien señaló que el 28 de febrero de 1997 había estado en la heladería “Jean Pierre” en el casco urbano del municipio de Garzón, en donde bebió ocho cervezas, pero antes de dirigirse a su residencia fue al establecimiento denominado “Puerto Amor” en donde se encontró con un teniente y unos soldados del Ejército Nacional que conocía, que los invitó a beber una caneca de ron y él se tomó una cerveza. Aclaró que ese día él vestía un “bluejean y un buso blanco”.

Manifestó que se le acercó un señor a preguntarle por su arma y le pidió que la disparara para ver si funcionaba y que él hizo un tiro al aire, el hombre insistió en que disparara de nuevo pero como no accedió, el sujeto comenzó a insultarlo y otros hombres se abalanzaron sobre él e intentaron quitarle el arma, en ese momento hizo dos disparos y logró desprenderse de ellos y entonces fue a ocultarse en una habitación con dos trabajadoras del lugar mientras esperaba a que llegara la Policía Nacional, luego supo que había dos personas heridas. Aseguró que uno de los sujetos con los que forcejeó se quedó con su arma.

³³ Realizada la búsqueda en el sistema “Justicia XXI” y en el enlace de “Consulta de Procesos” de la página electrónica del Consejo de Estado con el nombre del señor Nelson Urquina Cruz, no arrojó resultados sobre la existencia de otro proceso de reparación directa por hechos similares al de la referencia.

³⁴ Fls.1 a 187 del cuaderno 2.

³⁵ Se observa que en la contestación de la demanda que fue declarada extemporánea, la entidad demandada había coadyuvado la solicitud del demandante de que se decretara como prueba el traslado del proceso penal (Fls. 41 y 42 del cuaderno). Además, la entidad demandada no recurrió el auto de pruebas a fin de que esta se desestimara ni manifestó oposición alguna al respecto.

³⁶ Fl. 15 del cuaderno 2.

³⁷ Fls. 33 a 35 del cuaderno 2.

El sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes no dijo expresamente que el arma que portaba ese día era de su propiedad, pero tampoco afirmó que fuera su arma de dotación; además, durante la declaración se refirió a ella como su arma y que pensaba que los sujetos con los que riñó “*se la querían robar*”.

En el proceso penal también declararon varios testigos, entre ellos, los agentes de la Policía Nacional que atendieron el caso y realizaron la captura del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes.

El agente de la Policía Nacional José Alberto Castro Pimentel³⁸ señaló que la madrugada del 1 de marzo de 1997 estaba patrullando cerca de la terminal de transporte del municipio de Garzón cuando por el radio operador le informaron de una riña en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*”, sitio al cual se dirigió con su compañero y otras dos patrullas motorizadas.

Indicó que, al llegar al lugar, la administradora y las trabajadoras del establecimiento le dijeron que se había presentado un escándalo entre unos señores “*al parecer*” del Ejército Nacional y otras personas y que uno de los implicados se encontraba encerrado en una habitación. Manifestó que tocó la puerta de la habitación y el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes le abrió la puerta “*inmediatamente*”, que lo requisó, pero no le encontró ningún arma; aseguró que revisaron todo **el lugar** pero no encontraron arma alguna. Igualmente, señaló que camino a la estación de policía encontraron al señor Aldemar Urquina Cruz, hermano de uno de los heridos, quien también había participado en la riña y se encontraba huyendo **del lugar**, razón por la cual fue capturado (negrillas de la Sala).

El señor Nelson Urquina Cruz³⁹, quien también resultó lesionado en los hechos, declaró que la noche del 28 de febrero de 1997 se encontraba con su hermano, el señor Darío Alberto Giraldo Renza y otros amigos bebiendo ron en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*” cuando unos “*soldados*” se acercaron a su mesa a “*pedirles papeles*”, que ellos se negaron porque los “*soldados*” estaban borrachos, que luego se calmó la discusión y los “*soldados*” se fueron a bailar.

³⁸ Fl. 8 del cuaderno 2.

³⁹ Fls. 16 vuelto a 18 del cuaderno 2.

El testigo señaló que como los “soldados” estaban en otra mesa con un “teniente”, él fue a reclamarle al “teniente” por el comportamiento de los “soldados” y este le ofreció disculpas al señor Nelson Urquina Cruz y reprendió a los “muchachos”, pues les dijo que “no molestaran que él los había llevado allá para que se tomaran algunos tragos y no para que buscaran problemas”.

Declaró que cuando estaba hablando con el “teniente” ingresó otro militar -luego supo que se trataba del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes- y que llegó gritando y se sacó el arma de la pretina de su pantalón amenazando con disparar, que en ese momento el señor Nelson Urquina Cruz le dijo “haga lo que se le dé la gana”, le dio la espalda y el sujeto le disparó en una pierna, luego su amigo Darío Alberto Giraldo Renza se acercó a auxiliarlo y el hombre le disparó a él también.

El señor Luis Iván Rivera Perdomo⁴⁰ también se encontraba la noche de los hechos acompañando a los señores Darío Alberto Giraldo Renza, Nelson Urquina Cruz y otros a beber unos tragos; señaló que cuando llegaron al lugar un “soldado” se estaba peleando con otra persona e incluso resultó herido en la nuca, más tarde ese mismo “soldado” se acercó a la mesa en la que el testigo estaba con sus acompañantes y “les pidió papeles”, pero ellos no le prestaron atención porque estaba borracho.

El testigo manifestó que después de eso, cuando él estaba sentado en la mesa con Luis Eduardo Trujillo y Darío Alberto Giraldo Renza escuchó un escándalo afuera del lugar y vio a Nelson Urquina Cruz y a otro señor discutiendo, este último con una “pistola en la mano”, luego escuchó un disparo y el señor Darío Alberto Giraldo Renza salió a ver qué pasaba, los demás se quedaron en la mesa, al momento escuchó otros disparos y el señor Darío Alberto Giraldo Renza regresó herido.

Estos testigos coincidieron en que ni los “soldados” ni la persona que disparó usaban prendas del Ejército Nacional, pero sabían que pertenecían a la fuerza pública por su corte de cabello y porque el “teniente” que estaba con ellos se presentó como tal y el que disparó decía que él era sargento.

El Batallón de Infantería No. 26 “Cacique Pigoanza” de Garzón, Huila, solicitó a la fiscal de conocimiento copia de la investigación adelantada en contra del sargento

⁴⁰ Fl. 36 del cuaderno 2.

segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, a fin de adelantar indagación disciplinaria al uniformado, como consta en los oficios del 12 y 31 de marzo de 1997⁴¹.

El 16 de abril de 1997⁴², la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Garzón impuso medida de aseguramiento consistente en caución al sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, como supuesto responsable del delito de lesiones personales.

El 13 de mayo de 1997⁴³, el señor Darío Alberto Giraldo Renza presentó demanda de parte civil en la actuación penal.

El 18 de septiembre de 1997⁴⁴, la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Garzón acusó al sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Garzón, del delito de lesiones personales.

El 9 de junio de 1999⁴⁵, el jefe del Estado Mayor de la Tercera División del Ejército Nacional informó al Juzgado Segundo Penal Municipal de Garzón que el sargento segundo Jhon Jairo Silva Reyes, quien para esa época pertenecía al Batallón de Contraguerrillas No. 48 “*Héroes de las Trincheras*” del Putumayo, había sido asesinado el 5 de junio de 1999 por desconocidos en el municipio de Puerto Asís. Igualmente, se allegó copia del registro civil de defunción⁴⁶.

Finalmente, el 15 de julio de 1999⁴⁷, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Garzón declaró la extinción de la acción penal por la muerte comprobada del procesado Jhon Jairo Silva Reyes.

6. El daño antijurídico

La parte demandante funda sus pretensiones en la lesión sufrida por el señor Darío Alberto Giraldo Renza, quien padeció herida penetrante en tórax y contusión pulmonar, fue sometido a un procedimiento quirúrgico pero no se le pudo extraer el proyectil de arma de fuego por “*alto riesgo quirúrgico*”, el cual quedó alojado en

⁴¹ Fls. 24 y 40 del cuaderno 2.

⁴² Fls. 42 a 47 del cuaderno 2.

⁴³ Fls. 57 a 62 del cuaderno 2.

⁴⁴ Fls. 69 a 72 del cuaderno 2.

⁴⁵ Fl. 168 del cuaderno 2.

⁴⁶ Fl. 172 del cuaderno 2.

⁴⁷ Fls. 174 y 175 del cuaderno 2.

la séptima vértebra dorsal; el paciente sufrió deformidad física de carácter permanente, como se comprobó con las copias de su historia clínica y los dictámenes médicos que obran en el expediente.

7. La imputación

El a *quo* consideró que el daño no resultaba imputable a la entidad demandada, dado que la conducta realizada por el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes ocurrió dentro de su esfera personal derivada de su libre albedrío y discernimiento.

Sobre el particular la Sección Tercera⁴⁸, de tiempo atrás, ha señalado que cuando una autoridad pública ocasiona un daño en desarrollo de las funciones propias que le fueron constitucional y legalmente asignadas, la imputabilidad del mismo a la administración se estructura en la medida en que ha sido causado por un agente estatal o en que el hecho tiene un nexo o vínculo próximo y directo con el servicio, de esta manera, es posible inferir que el daño fue ocasionado como consecuencia y en el marco del ejercicio de una función administrativa.

De modo que, si el daño no se produce como consecuencia del ejercicio de una potestad pública, sino que se ejecuta exclusivamente en la esfera privada del agente estatal, desligado del servicio público, no es posible imputarle el resultado dañoso al Estado, pues los agentes estatales tienen una esfera individual, ámbito en el cual sus comportamientos son juzgados como los de cualquier particular sin que tengan incidencia en las funciones asignadas constitucional y legalmente⁴⁹.

De ahí que, si el servidor público no actúa con ocasión del servicio o invocando el mismo o prevalido de su autoridad frente al administrado, es decir, exteriorizando su calidad de funcionario público, el daño que cause no será atribuible al Estado, dado que ni la calidad de funcionario público, ni el hecho de portar el uniforme de

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 10 octubre de 1994, exp. 8200, CP: Juan de Dios Montes; 15 de junio del 2000, exp. 11330, CP: Ricardo Hoyos Duque; 24 de noviembre del 2005, exp. 13305, CP: Germán Rodríguez Villamizar; 16 de febrero del 2006, exp. 15383, CP: Ramiro Saavedra Becerra; 17 de marzo del 2010, exp. 18526, CP: Mauricio Fajardo Gómez; Subsección B, sentencia del 26 de julio del 2012, exp. 25245, CP: Danilo Rojas Betancourth (E); Subsección B, sentencia del 9 de octubre de 2014, exp. 40411, CP: Ramiro Pazos Guerrero y Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2016, exp. 50231, CP: Hernán Andrade Rincón.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de julio de 2014, exp. 29.327, CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera, reiterada en la sentencia del 13 de agosto de 2014, exp 30.025, CP: Hernán Andrade Rincón.

la fuerza pública, ni la tenencia o el uso de un instrumento del Estado para causar daño necesariamente vinculan a la Administración⁵⁰.

La parte demandante cuestionó la imputación del daño y fundó su recurso de apelación en los siguientes argumentos:

i) Que no se demostró que el arma era de propiedad privada del sargento que la accionó

La parte apelante señala que, por la proximidad del lugar de los hechos, se infiere que el uniformado portaba su arma de dotación oficial.

La Sala considera que este argumento no tiene asidero, pues, si bien el extinto sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes no manifestó expresamente en su diligencia de indagatoria que el arma fuera de su propiedad, tampoco dijo que se tratara del arma de dotación oficial que le fue asignada como miembro de la fuerza pública.

De hecho, no se comprobó que se tratara del arma de dotación del extinto suboficial, la cual no fue encontrada luego de los hechos y, según el dicho del entonces miembro del Ejército Nacional, una de las personas con las que forcejeó le quitó el arma.

Lo cierto es que al momento de la captura del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes no se le encontró el arma, ni en el proceso penal ni en ninguna de las pruebas allegadas al expediente se pudo establecer que el instrumento con el que se causaron las lesiones al demandante se tratara de un arma de dotación oficial de propiedad del Ejército Nacional.

Además, de asumirse que el arma que usó el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes el día de los hechos era la de su dotación oficial, la sola utilización de este instrumento del servicio no implicaba su conexión con la función pública a su cargo y no constituye premisa automática de responsabilidad del Estado, como ya lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación⁵¹.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2019, exp. 05001-23-31-000-2010-02149-01 (50.315).

⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de junio de 2009, exp. 34348, CP: Ruth Stella Correa Palacio: *“El horario del servicio, las funciones asignadas y los instrumentos utilizados en la ejecución de las mismas, son circunstancias que pueden llevar al juez al convencimiento de que el hecho generador del daño presentó un nexo con el servicio, porque fueron determinantes en su producción; pero de ninguna forma, implican que*

Lo que se comprobó, de acuerdo con los dichos de los testigos, es que todos los involucrados se encontraban en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*” ingiriendo bebidas alcohólicas, incluso, el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes ya había bebido 8 cervezas antes de llegar a ese lugar y, a la vista de los presentes, los miembros de la fuerza pública no estaban desarrollando ningún operativo militar, inspección o requisa a los asistentes al lugar sino que estaban en una mesa, ingiriendo licor.

De hecho, como lo señalaron los testigos, incluido otro de los lesionados, cuando uno de los soldados del Ejército Nacional se acercó a la mesa donde se encontraba el demandante a “*pedirles papeles*”, no le prestaron atención porque sabían que estaba “*borracho*”.

De modo que, para el demandante y demás presentes en el lugar, resultaba evidente que los miembros del Ejército Nacional que estaban en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*” se encontraban en un momento de esparcimiento y no en labores del servicio o pretendiendo que lo cumplían, por el contrario, se estaban embriagando como las demás personas asistentes al sitio.

De ahí que el tipo de arma que portara el agresor *-la cual no se comprobó que fuera su arma de dotación oficial-*, no resulta determinante para atribuir el daño a la entidad demandada, aun cuando la víctima lo identificara como un miembro del Ejército Nacional, dado que la motivación de su conducta no tuvo relación con el servicio ni con las funciones que normalmente ejercía en razón de su cargo.

De hecho, como lo señaló el testigo Luis Eduardo Trujillo “*los soldados que salen van a tomar allá*”, de lo cual se infiere que era sabido que cuando los militares estaban fuera del servicio frecuentaban ese lugar.

ii) Que el hecho de que el suboficial hubiera abandonado las instalaciones militares para dirigirse a un establecimiento público en el que se vendía licor, se debió a la omisión de sus superiores en la vigilancia y control del personal a su cargo

por su sola verificación se deba presumir responsabilidad de la administración. Es necesario que con motivo del desarrollo de las funciones públicas, se cause el daño alegado en la demanda, porque de lo contrario, se estaría ante un caso de responsabilidad personal del agente”. Criterio reiterado en sentencia del 17 de marzo de 2010, exp. 18526, CP: Mauricio Fajardo Gómez y por la Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2019, exp. 05001-23-31-000-2010-02149-01 (50.315).

Según la parte apelante, a la hora en que ocurrieron los hechos, el suboficial debía estar en las instalaciones del Batallón al cual se encontraba adscrito y no en un sitio público consumiendo licor. Consideró que el hecho de que el suboficial hubiera abandonado las instalaciones militares donde debía permanecer, para dirigirse a un establecimiento público en el que se vendía licor, se debió a la omisión de sus superiores en la vigilancia y control del personal a su cargo.

Como se comprobó, el día de los hechos el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes vestía de civil y se encontraba en el establecimiento denominado “*Puerto Amor*” en compañía de otros miembros del Ejército Nacional – *quienes tampoco vestían el uniforme* – ingiriendo bebidas alcohólicas, es decir, en un momento de esparcimiento ajeno al cumplimiento del servicio como miembros de la fuerza pública.

El mismo sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes declaró en su indagatoria que momentos antes de llegar al establecimiento denominado “*Puerto Amor*” en donde se encontró con sus compañeros del Ejército Nacional, había estado en la heladería “*Jean Pierre*” donde bebió 8 cervezas, de lo cual se desprende que el suboficial se encontraba en un día de descanso.

No se comprobó que para el día de los hechos el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes debiera estar en las instalaciones del batallón al cual estaba adscrito o que se hubiera evadido del servicio por omisión de vigilancia de sus superiores; por el contrario, según lo informó el comandante del Batallón de Infantería No. 26 “*Cacique Pigoanza*” de Garzón, Huila, el extinto suboficial no se encontraba de servicio el día de los acontecimientos en los que resultó lesionado el señor Darío Alberto Giraldo Renza.

Si bien algunos testigos afirmaron que las lesiones causadas por el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes se produjeron luego de que unos soldados se acercaran a “*pedirles papeles*” a la víctima y a sus acompañantes, del relato de los testigos Nelson Urquina Cruz y Luis Iván Rivera Perdomo se concluye que ese incidente ya se había superado cuando el extinto sargento accionó su arma, pues los requeridos no les prestaron atención al darse cuenta de que los soldados estaban embriagados.

De modo que en el único momento en el que, al parecer, los miembros del Ejército Nacional se habrían valido de su autoridad para exigir documentos de identificación

a los presentes, no fueron atendidos por encontrarse en estado de embriaguez y no causaron daño alguno.

Sobre el móvil que tuvo el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes para disparar su arma, existen versiones encontradas, pues, según el propio agresor, fue provocado por uno de los presentes quien quería que disparara su arma y luego se presentó un forcejeo; el señor Nelson Urquina Cruz manifestó que el agresor llegó gritando y amenazando y luego le disparó a él y al señor Darío Alberto Giraldo Renza, los demás testigos se refirieron a una supuesta exigencia de documentos por parte del suboficial que habría generado la agresión y a una discusión entre este y uno de los lesionados.

Para los agentes de la Policía Nacional que atendieron el caso y según el informe presentado por estos, se trató de una riña.

Lo cierto es que no se comprobó que la conducta del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes tuviera alguna relación con el servicio o que este se hubiera prevalido de su condición de miembro de la fuerza pública para causar daño; sino que se trató de un altercado entre personas en estado de embriaguez, incluido el agresor, es decir, los hechos se desarrollaron dentro del ámbito privado del servidor público quien se encontraba disfrutando de una jornada de descanso.

Si bien no se esclarecieron con certeza las circunstancias subjetivas que motivaron al sargento segundo Jhon Jairo Silva Reyes a actuar como lo hizo –*la embriaguez, la provocación de otras personas, un estado de ánimo alterado con anterioridad al arribo del lugar, entre otras*–, en todo caso, no se probó que su motivación guardara conexidad alguna con el servicio que tenía a su cargo como miembro del Ejército Nacional.

Como ya lo ha señalado esta Sala de Subsección⁵², las obligaciones que están a cargo del Estado -y por tanto *la falla del servicio que constituye su trasgresión*–, deben analizarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 25 de julio de 2019, exp. 05001-23-31-000-2010-02149-01 (50.315).

En el caso que se examina no se comprobó que la entidad demandada hubiere incurrido en falla del servicio por haber omitido la vigilancia, coonestado, permitido o patrocinado - *cuando menos de forma remota* - el comportamiento del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, razón por la cual el daño no puede ser atribuido al Estado.

No se probó que el sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes hubiera mostrado un comportamiento violento dentro o fuera del servicio o que protagonizara incidentes similares en ocasiones anteriores al hecho, y que al respecto sus superiores no hubieran tomaran las medidas pertinentes.

En esas condiciones, como lo precisó esta Sala en un caso similar⁵³, no se probó que era deber de la demandada adoptar medidas tendientes a anticipar y evitar la reacción violenta de su servidor en medio de una riña o discusión con un particular dentro de un establecimiento público, en tanto la conducta del sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes no fue previsible ni resistible.

Así las cosas, se concluye que el daño alegado en la demanda resulta imputable de manera exclusiva al extinto sargento segundo del Ejército Nacional Jhon Jairo Silva Reyes, motivo por el cual frente a la entidad demandada se encuentra demostrada la causa extraña, consistente en lo que la jurisprudencia ha denominado "*culpa personal del agente*", dado que la lesión a los bienes jurídicos de los demandantes se dio a partir de la actuación personal del aludido ex militar.

Como consecuencia de todo lo antes expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

8. Decisión sobre costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

⁵³ *Ibíd.*

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Huila, el 14 de julio de 2014, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **REMITIR** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

MARÍA ADRIANA MARÍN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

