



Cartagena de Indias D.T. y C., veintiocho (28) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

## **I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES**

<b>Medio de control</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13-001-33-33-011-2014-00297-01</b>
<b>Demandante</b>	<b>JULISA CERVANTES HOWARD</b>
<b>Demandado</b>	<b>INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC</b>
<b>Tema</b>	<i>No procede el reconocimiento de daño material en la modalidad de lucro cesante, en persona recluida en centro carcelario por la imposibilidad legal de ejercer libremente actividades económicamente productivas.</i>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ</b>

## **II.- PRONUNCIAMIENTO**

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004<sup>1</sup> del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra la sentencia del 28 de noviembre de 2016, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## **III.- ANTECEDENTES**

### **3.1. LA DEMANDA<sup>2</sup>**

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, la señora JULISA BEATRIZ CERVANTES HOWARD instauró demanda de reparación directa en contra del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC; para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

#### **3.1.1. Pretensiones<sup>3</sup>.**

En ejercicio de la presente acción, el demandante elevó las siguientes pretensiones:

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Folio.1-10 (doc. 1-10 exp. Digital)

<sup>3</sup> Fols.1 (doc. 1 exp. Digital)



13-001-33-33-011-2014-00297-01

*“PRIMERA.: Que se declare que la demandada es administrativa, extracontractualmente y patrimonialmente responsable de la muerte de RUBEN FRANCISCO POMARE HOY (q.e.p.d.), ocurrida el día 10 de mayo de 2012 dentro de las instalaciones y bajo la custodia del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Cartagena del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Colombia (INPEC).*

*SEGUNDA.: Que la demandada pague a la demandante la suma de \$156.948.956,8 por concepto de lucro cesante.*

*TERCERA.: Que la demandada pague a la demandante, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el daño moral sufrido por ella.*

*CUARTA.: Que la demandada pague a la demandante la suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes por el daño a la vida de relación sufrido por ella.*

*QUINTA.: Que todas las anteriores sumas de dinero sean actualizadas y reconocidas con sus respectivos intereses hasta cuando se verifique el respectivo pago.*

*SEXTA.: Que se ordene a la demandada el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011. SEPTIMA.: Condénese en costas a la demandada según lo previsto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.”.*

### **3.1.2. Hechos<sup>4</sup>:**

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

Manifestó que, el señor Rubén Francisco Pomare, quien era su compañero permanente, se encontraba recluso en el centro carcelario de Cartagena (cárcel de Ternera), por el delito de hurto menor, contando con 23 años de edad.

Indica que el señor Pomare fue apuñalado con un cuchillo en el tórax, por el recluso Jhon Jairo Mendoza Hernández, provocándole la muerte.

Añade que, el hoy occiso trabajaba como pescador, y que mantenían una relación de convivencia hasta el día que fue recluso.

## **3.2. CONTESTACIÓN.**

### **3.2.1. INPEC**

No contestó la demanda.

---

<sup>4</sup> Fols. 2 (doc. 2 exp. Digital)



### 3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA<sup>5</sup>

Por medio de providencia del 28 de noviembre de 2016, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de esta ciudad, dirimió la controversia sometida a su conocimiento, accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.

*“PRIMERO: Declarar patrimonial mente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, de los perjuicios morales sufridos por la ciudadana JULISA BEATRIZ CERVANTES HOWARD, identificada con la C.C. No. 1.123.626.789, como consecuencia de la muerte del interno RUBÉN FRANCISCO POMARE HOY, ocurrido el 10 de mayo de 2012 en el Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Mediana Seguridad Cárcel San Sebastián de Ternera de la ciudad de Cartagena.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior y a título de reparación, se condena al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, al pago de suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ocurrencia del hecho dañoso, a favor de la ciudadana JULISA BEATRIZ CERVANTES HOWARD.*

*TERCERO: El valor indicado en el numeral anterior, se actualizará a valor presente a la fecha de ejecutoria de esta providencia aplicando la siguiente fórmula:*

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

*Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la indemnización que por daño moral se ha fijado en el numeral anterior, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al último día del mes en que se ejecutorie esta sentencia) por el índice inicial (vigente al último día del mes en que ocurrió el hecho dañoso).*

*CUARTO: Se condena en costas a la parte demandada y se fijan las agencias en derecho en suma equivalente al 20% del valor de la condena. Líquidese por Secretaría.*

*QUINTO: Se deniegan las demás pretensiones de la demanda (...).”*

El Aquo encontró respecto al primer elemento como es el daño, que el señor Rubén Francisco Pomare falleció el 10 de mayo de 2012, mientras se encontraba interno en el establecimiento carcelario San Sebastián de Ternera, producto de las heridas provocadas por otro interno con arma blanca, conforme a la denuncia realizada por el INPEC ante la Fiscalía.

De igual forma, encontró probado la muerte del señor Pomare, con la Resolución no. 479 del 13 de agosto de 2012, por medio de la cual dan de baja al interno por muerte violenta, así como el registro de defunción allegado.

<sup>5</sup> Fols. 164-170 (178-184 exp. Digital).



13-001-33-33-011-2014-00297-01

Con relación a las pruebas de la imputación a la entidad demandada, indicó que conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se configuró la falla en el servicio incumpliendo la administración el deber de cuidado respecto del interno Rubén Pomare, mientras se encontraba bajo su custodia, aclarando que, si bien la lesión se la produjo otro interno, le correspondía a la entidad demandada mantener la disciplina al interior del centro de reclusión y al permitir que otro recluso estuviera armado, se incurre en la misma.

Finalmente indicó que, no se demostró que el occiso incurriera en una conducta que derivara en dicho resultado, así como tampoco la imposibilidad material de mantener la disciplina al interior del establecimiento carcelario.

### **3.4. RECURSO DE APELACIÓN<sup>6</sup>**

La parte demandante, presenta inconformidad únicamente frente a la negativa de reconocimiento del daño material en la modalidad de lucro cesante, toda vez que a su juicio no fueron acertadas las conclusiones arribadas por el Aquo, en el sentido de indicar que no se demostró la actividad económica del occiso, debido a que, la misma se con los testimonios recibidos en el proceso donde la señora Deida Hidalgo, manifestó que era pescador y que la demandante no trabajaba, declaración que coincidió con lo expresado por el señor Keiber de Alba.

Adicionalmente, señaló que la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha sido clara cuando indica que lo único que se requiere demostrar es que la persona se encontraba en una edad productiva, y que en los casos donde se desconozca el ingreso percibido se presume el salario mínimo.

En ese sentido, solicita se revoque el numeral quinto de la sentencia apelada, y se reconozca el daño material en la modalidad de lucro cesante.

### **3.5. ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda en comento fue repartida ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 03 de marzo de 2017<sup>7</sup>, mediante auto del 11 de agosto de 2017 se inadmitió el recurso de apelación por falta de poder de quien interpone la alzada<sup>8</sup>, contra esta ultima la parte actora interpuso recurso de súplica<sup>9</sup>, la

<sup>6</sup> Fols. 189-191 (doc.205-207 exp. Digital)

<sup>7</sup> Fol. 3(doc. 3exp. digital)

<sup>8</sup> Fol. 5 -6 (Doc. 5-6 exp. digital)

<sup>9</sup> Fol. 14-15 (Doc. 19-20 exp. digital)



13-001-33-33-011-2014-00297-01

cual fue resuelta mediante proveído del 24 de septiembre de 2018 por los magistrados restantes de la Sala de Decisión<sup>10</sup> en el que se revocó la decisión anterior y se ordenó admitir el recurso de apelación, por lo que el 18 de diciembre de 2018<sup>11</sup> se admitió el mismo, y finalmente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión el 10 de junio de 2019<sup>12</sup>.

### **3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**3.6.1. Parte demandante<sup>13</sup>:** Presentó escrito de alegatos el 26 de junio de 2019, reiterando los argumentos del recurso de apelación.

**3.6.2. INPEC:** No presentó escrito de alegatos.

**3.6.3. Ministerio Público:** No rindió el concepto de su competencia.

## **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.

### **5.2. Problema jurídico**

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

*¿Hay lugar al reconocimiento del daño material en la modalidad de lucro cesante a la demandante, conforme a las pruebas arrojadas en el expediente?*

<sup>10</sup> Fol. 20-22 (Doc. 25-29 exp. digital)

<sup>11</sup> Fol. 26 (Doc. 35-36 exp. digital)

<sup>12</sup> Fols. 30 (Doc. 41 exp. Digital)

<sup>13</sup> Fol.33-34 (doc.46-47 Exp. Digital)

### **5.3. Tesis de la Sala**

La Sala de Decisión, desatando el recurso de apelación resolverá CONFIRMAR la decisión de primera instancia que denegó el reconocimiento del daño material en la modalidad de lucro cesante, toda vez que no fue probado y mucho menos, que el mismo resulte procedente en casos en que se discute la responsabilidad de la Nación en muertes de reclusos.

### **5.4. CASO CONCRETO**

#### **5.4.1. Hechos relevantes probados:**

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

- Declaración extraproceso de la señora Zoraida Pomare Hoy, en el que señala que su hijo Rubén Pomare mantenía total y económicamente a la demandante, sin indicar la labor que realizada, ni el salario que percibía por dicha labor<sup>14</sup>.
- Testimonio de la señora Deida Hidalgo Berdecia<sup>15</sup>
- Testimonio del señor Keyder de Alba Cuadro<sup>16</sup>

#### **5.4.2. Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.**

En el presente asunto, el estudio de la Sala se centrará en el reconocimiento del daño material en la modalidad de lucro cesante a la demandante, bajo el argumento que se demostró la productividad del occiso antes de su reclusión y el salario mínimo a su juicio, se presume.

En cuanto a los perjuicios materiales, el máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha indicado:

*“Presupuestos para acceder al reconocimiento del lucro cesante “Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa; así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno. “Todo daño y perjuicio que el demandante pida que se le indemnice por concepto de lucro cesante debe ser objeto de prueba suficiente que lo acredite o, de lo contrario, no puede haber reconocimiento alguno (artículos 177 del C. de P. C. y 167 del C.G.P.). “Así, para acceder al reconocimiento de este perjuicio material en los*

<sup>14</sup> Fol. 34

<sup>15</sup> CD Fol. 111 Min. 03:23-

<sup>16</sup> CD Fol. 111 Min.



13-001-33-33-011-2014-00297-01

*eventos de privación injusta de la libertad debe haber prueba suficiente que acredite que, con ocasión de la detención, la persona afectada con la medida de aseguramiento dejó de percibir sus ingresos o perdió una posibilidad cierta de percibirlos..."<sup>17</sup>*

Teniendo en cuenta lo anterior, resalta esta Sala que, en el presente asunto, no nos encontramos frente a un caso de privación injusta de la libertad en el que se reconoce, en el evento de demostrarse la injusta privación, el daño material en la modalidad de lucro cesante, previo a la prueba de la actividad productiva. Téngase en cuenta que, nos encontramos ante la muerte de un recluso en establecimiento carcelario, al que no se le archivó o precluyó proceso alguno.

Al respecto, debe señalarse que no es posible derivar de la muerte del recluso Rubén Pomare, perjuicio material alguno a favor de su compañera permanente, dado que, respecto de la víctima, no resulta posible presumir el ingreso mínimo mensual legal vigente. En efecto, las disposiciones relativas a la fijación del salario mínimo mensual legal vigente resultan ser un parámetro que aplica solamente para las personas que se hallen en situación potencial de productividad, lo que significa que, en principio, sobre la persona frente a quien se presume el ingreso mensual legal vigente no recae ninguna restricción legal para desarrollar libremente actividades económicamente productivas, salvo que, excepcionalmente, sobre quienes pesen estas restricciones medie autorización por parte de la autoridad competente para que puedan desarrollarlas.

En ese sentido, para el día de la muerte del señor Pomare, se encontraba en situación de reclusión por el delito de hurto, la situación de confinamiento en la que se hallaba cuando acaeció su deceso, obviamente, incorporaba una imposibilidad legal para que pudiera libremente desarrollar actividades económicamente productivas, pues el objetivo de mantenerlo recluso era lograr su resocialización y si bien factores como el trabajo y el estudio hacen parte de ese proceso, con beneficios que se reflejan en la redención de la pena, son actividades que se encuentran restringidas y reguladas por la ley y sólo la autoridad penitenciaria es competente para permitir las con estricta observancia de la ley penitenciaria y de los reglamentos, previa autorización en cada caso particular, este último presupuesto no fue demostrado en el plenario.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 18 de julio de 2019, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera, exp: 44572.



Adicionalmente, en relación con el trabajo de los reclusos y con el manejo de dinero, la Ley 65 de 1993, vigente para la época en que ocurrió la muerte del señor Pomare, dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 79. OBLIGATORIEDAD DEL TRABAJO. El trabajo en los establecimientos de reclusión es obligatorio para los condenados como medio terapéutico adecuado a los fines de la resocialización. No tendrá carácter aflictivo ni podrá ser aplicado como sanción disciplinaria. Se organizará atendiendo las aptitudes y capacidades de los internos, permitiéndoles dentro de lo posible escoger entre las diferentes opciones existentes en el centro de reclusión. Debe estar previamente reglamentado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Sus productos serán comercializados. “...*

*“ARTÍCULO 84. CONTRATO DE TRABAJO. Los internos no podrán contratar trabajos con particulares. Estos deberán hacerlo con la administración de cada centro de reclusión o con la Sociedad 'Renacimiento'. En este contrato se pactará la clase de trabajo que será ejecutado, término de duración, la remuneración que se le pagará al interno, la participación a la caja especial y las causas de terminación del mismo. Igualmente el trabajo en los centros de reclusión podrá realizarse por orden del director del establecimiento impartida a los internos, de acuerdo con las pautas fijadas por el INPEC. “...*

*“ARTÍCULO 89. MANEJO DE DINERO. Se prohíbe el uso de dinero al (sic) interior de los centros de reclusión. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario reglamentará las modalidades de pago de bienes y servicios internos en los centros de reclusión.*

De lo anterior se colige que: i) el trabajo dentro del reclusorio no tiene carácter eminentemente remuneratorio, ii) está prohibido el uso de dinero dentro de la cárcel, iii) en caso de existir un contrato de trabajo –este sí remunerado–, el recluso no puede contratar directamente y, en todo caso, deberá hacerlo atendiendo bajo las pautas fijadas por la autoridad penitenciaria. Presupuestos que no se cumplen en el caso concreto.

Alega la actora que con los testimonios recepcionados en el proceso, se demostró la actividad económica del occiso, como a continuación se relaciona:

- **Deida Hidalgo Berdecia** (Min. 03:23): en resumen, manifestó que conoce a la demandante por medio del occiso, lo conocía desde hace 18 años porque era amigo de su hijo, indica que la actora y el señor Pomare eran pareja, vivían juntos. Afirmó que, a la demandante le afectó mucho su muerte, sufriendo de depresión y decaimiento. Manifestó que el señor Pomare era pescador, y que la señora Julissa dependía de él.

- **Keider de Alba** (Min.03:15): señaló que conoció al occiso desde pequeño, y a la señora Julissa desde que estos empezaron una relación sentimental,



13-001-33-33-011-2014-00297-01

aproximadamente desde el 2006 decidieron vivir juntos. Afirmó que el señor Pomare, se dedicaba a la pesca en una pesquera cerca de su casa y que la demandante era ama de casa.

Se permite la Sala establecer que, no son admisibles los testimonios de los señores Deida Hidalgo, y el señor Keider de Alba, frente a la actividad que ejercía el occiso, precisamente porque la misma no es procedente en casos como el que nos ocupa, como se dijo anteriormente, el hecho de que la persona se encuentre recluida le impide ejercer actividad económica alguna, y las consecuencias de dejar de percibir ingresos, no fue producto de un indebido actuar de la administración, sino de la acción del causante al cometer el delito que se le imputó<sup>18</sup>.

Por último, no es posible determinar tampoco a partir de qué fecha recobraría el confinado su libertad para presumir, a partir de allí, su resocialización, el derecho a percibir cuando menos un salario mínimo y a desarrollar libremente actividades productivas que le permitieran obtener el sustento económico propio y de su familia.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que, no se probó el daño material en la modalidad de lucro cesante, y mucho menos, que el mismo resulte procedente en casos en que se discute la responsabilidad de la Nación en muertes de reclusos.

### **5.5. De la condena en costas**

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

Con base en las anteriores normas, se procederá a condenar en costas a la parte demandante, por cuanto fue resuelto de manera desfavorable el recurso interpuesto por ella.

<sup>18</sup> VER SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Bogotá, D.C., treinta (30) de enero dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-2001-01156-01(25573) Actor: ROSANA GIL DE SERNA Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA.



En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 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.

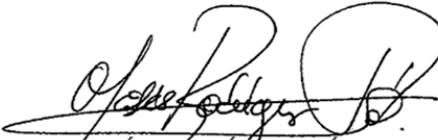
**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la parte demandante, según lo aquí motivado.

**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.

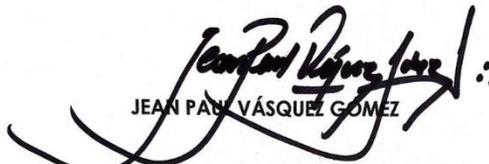
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No.020 de la fecha.*

**LOS MAGISTRADOS**

  
MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

  
EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

  
JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ