

**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

NOTA SECRETARIAL

Los números de los edictos aquí descritos por una falla técnica o error de transcripción involuntario fueron repetidos equivocadamente con los mismos números de los edictos anteriores de fecha veintidós de octubre del año en curso(22-10-2013), a pesar de lo cual conservan su plena validez legal.

ATE.

JUAN CARLOS GALVIS BARRIOS
SECRETARIO GENERAL



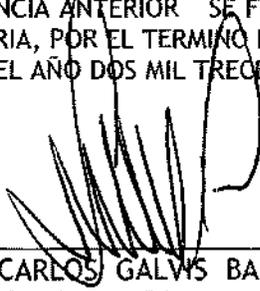
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1224
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: GASPAR JOSE DEL RIO CONTRERAS
DEMANDADO	: E-S-E JOSE PRUDENCIO PADILLA EN LIQUIDACION
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-003-2011-00266-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.- Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente: MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación : 13001-33-31-003-2011-00266-01
Demandante : Gaspar José del Rio Contreras
Demandado : E.S.E. José Prudencio Padilla en liquidación

Tema: Convención colectiva no es aplicable a empleados públicos que antes de la escisión del ISS eran trabajadores oficiales.

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 10 de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2013 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante, que se declare la nulidad de los siguientes actos:

- Resolución No. 000689 del 22 de mayo de 2006 *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por supresión de un cargo en la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla"*.
- Resolución No. 000511 del 22 de mayo de 2006 *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla"*

Como consecuencia de la anterior declaración, solicita que se realice una adecuada liquidación y pago de su indemnización por supresión del cargo, de las prestaciones sociales y de otras acreencias laborales conforme al artículo 50 y a los Títulos tercero y quinto de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad.

Además de lo anterior, solicita que se condene en costas a la demandada.

1.2. HECHOS

Se narra en la demanda, que al día 26 de junio de 2003 el demandante se encontraba vinculado laboralmente al servicio del Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajador oficial, prestando sus servicios en la Unidad Hospitalaria Enrique de la Vega de la ciudad de Cartagena.

Afirma la parte actora, ser beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato SINTRASEGURIDADSOCIAL, lo cual le permitía recibir las prestaciones y beneficios allí contenidos.

Sostiene además, que la mencionada convención no fue denunciada por ninguna de las partes dentro del término legalmente señalado para tal fin, por lo cual se entiende prorrogada por un periodo de seis (6) meses y así sucesivamente.

Cuenta que en fecha 26 de junio de 2003, mediante Decreto 1750 se escinde el Instituto de Seguros Sociales y se crean unas Empresas Sociales del Estado, incorporándose automáticamente al demandante a la ESE José Prudencio Padilla.

Se afirma en el libelo que desde la fecha de la escisión (26 de junio de 2003), al demandante se le dejó de cancelar los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la convención colectiva, así como los intereses de las cesantías

correspondientes; y que posteriormente, mediante acto administrativo la ESE José Prudencio Padilla le reconoció el pago de los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la convención colectiva de trabajo dejados de cancelar durante el periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004 de manera errónea dando una interpretación equivocada de la sentencia C-314 de abril 1 de 2004.

Señala la parte demandante, que desde el 1° de noviembre de 2004, la entidad demandada no le ha reconocido ni pagado al actor los beneficios y prestaciones extralegales consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo.

Afirmó que, el cargo desempeñado por el actor era el de Médico Especialista código 3120 grado 22 con una intensidad de 6 horas, el cual fue suprimido, por lo que fue desvinculado de la entidad demandada, a partir del 30 de abril de 2006. Como consecuencia de lo anterior, el Gerente de la ESE José Prudencio Padilla en Liquidación, en fecha 22 de mayo de 2006 profirió las Resoluciones No. 000689 y 000511 de notificadas personalmente el día 16 de junio de 2006, *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por supresión del cargo en la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla en Liquidación"*, y *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla"*; respectivamente, pero se alega que en dichos actos no se tomó como fundamento la tabla de indemnización de la Convención Colectiva de Trabajo.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte demandante considera que con el acto acusado se violan las siguientes disposiciones:

Arts. 25 y 53 de la Constitución Política; Arts. 467, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo.

Alega la parte actora que la ESE José Prudencio Padilla con la expedición irregular del acto acusado ha desconocido principios de tipo laboral como los derechos adquiridos, facultad de celebrar convenciones colectivas, el efecto vinculante de estas y su vigencia en el tiempo.

Señala que el acto acusado viola el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, ya que desconocen los beneficios de la Convención Colectiva celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL.

También manifiesta que los actos acusados violan los artículos 467, 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo por falta de aplicación, ya que la indemnización reconocida al demandante no es la reconocida en la Convención Colectiva de Trabajo ya que la liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias no se ajustaron a la aludida convención.

Invoca en la demanda los siguientes cargos:

- Falsa Motivación:

Considera que es falsa la motivación del acto acusado, pues considera que la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las prestaciones sociales y otros derechos laborales se haga conforme a la convención que se encontraba vigente al momento de la supresión.

- Desviación de poder:

Manifiesta que el Gerente de la ESE José Prudencio Padilla incurrió en una actuación arbitraria al determinar la forma en la que pagaría la indemnización por supresión del cargo y la liquidación de las prestaciones sociales y otras acreencias laborales.

2. LA DEFENSA

Ministerio de Salud y de Protección Social

Teniendo en cuenta que la ESE José Prudencio Padilla fue liquidada, se ordenó la notificación del Ministerio de la Protección Social, el cual dio contestación a la demanda de forma oportuna, conforme al memorial visible a folio 407 en adelante, en el que se opone a las pretensiones de la demanda exponiendo los siguientes argumentos:

Señala que entre el Ministerio de la Protección Social que no existió ningún tipo de vínculo con el demandante y que las Empresas Sociales del Estado no estaban bajo su

subordinación debido al carácter especial que gozan en virtud del Decreto 1750 de 2003.

Considera que el Ministerio no puede responder derechos por definirse y mucho menos relacionados con una relación laboral en la que fueron empleadores entidades descentralizadas como el ISS y la ESE José Prudencio Padilla y por ello no puede predicarse un nexo causal siendo que para la época de los hechos la Nación — Ministerio de la Protección Social no era parte ni tuvo injerencia en la suscripción de la Convención Colectiva celebrada entre el ISS y el Sindicato Sintraseguridad Social 2001 – 2004.

Que el Ministerio de la Protección Social no participó ni directa ni indirectamente ni en la expedición del acto acusado, ni de la relación jurídica sustancial; tampoco puede ser considerado como sucesor procesal de la ESE José Prudencio Padilla y menos habersele adjudicado derechos litigiosos ni obligaciones litigiosas.

Señala que el decreto que escindió al ISS comportó un cambio en la naturaleza jurídica del vínculo que unía a sus servidores con la Institución que al pasar a pertenecer a las Empresas Sociales del Estado se convierten en empleados públicos dejando de ser trabajadores oficiales por lo tanto, no le son aplicables las normas de este tipo de empleados.

Que la sustitución patronal no aplica entre entidades del Estado ya que ésta es una figura exclusiva del derecho privado, y que las convenciones colectivas de trabajo, solo se aplican frente a trabajadores oficiales, no ocurre eso con los empleados públicos.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 22 de enero de 2013¹, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Declaró probada la excepción de inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico del Ministerio para reconocer prestaciones sociales e indemnizaciones conforme a convención colectiva, teniendo en cuenta que la liquidación de las

¹ Ver folios 469 – 489

prestaciones sociales y la indemnización por supresión del cargo debieron sujetarse a la normatividad legal aplicable, que era el Decreto 775 de 2006.

Consideró el juez de primera instancia que siendo que el actor estuvo vinculado mientras existió el Instituto de Seguros Sociales, este fue beneficiario de la convención colectiva de trabajo hasta la entrada en vigencia del Decreto 1750 de 2003, cuando adquirió la calidad de empleado público, conforme a lo dispuesto en el mismo decreto (Art. 17).

Que a partir del 26 de junio de 2003 el demandante tuvo la condición de empleado público, y en consecuencia, a partir de dicho momento no ostentaba el derecho a suscribir convenciones colectivas ni a beneficiarse de ellas, puesto que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, ya que no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas.

Adujo además, que con la entrada en funcionamiento de la ESE José Prudencio Padilla, la situación laboral de los trabajadores del extinto Instituto de Seguros Sociales fue modificada, pues a partir de allí pasaron a ser considerados como empleados públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003; y que dicha incorporación a la nueva planta de personal fue automática y sin solución de continuidad.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, interpuso recurso de apelación² contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, en el que básicamente expuso los siguientes argumentos:

Como motivos de inconformidad con la decisión, manifestó que al momento de expedirse los actos acusados aún se encontraba vigente la Convención Colectiva, pues la misma no fue denunciada por Sintraseguridad social dentro de los términos previstos en el artículo 478 y 479 del Código Sustantivo del Trabajo; razón por la que se entiende prorrogada automáticamente por un período de seis (6) meses.

Que si el juez de primera instancia considera que la convención estuvo vigente hasta el 31 de octubre de 2004, debió reconocer los derechos solicitados hasta esa fecha; pues la demandada debió hacer fue pagar las sumas de dinero que correspondiesen a cada

² Ver folio 491 y ss

uno de los beneficios convencionales por cada mes del periodo comprendido entre el 26 de junio de 2003 y el 31 de octubre de 2004, y posteriormente continuar pagando dichos beneficios.

Que al existir la continuidad en la relación laboral de las personas que venían trabajando en el Instituto de Seguros Sociales en calidad de trabajadores oficiales y pasaron a formar parte de la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado, implicaba la continuidad de los derechos derivados de la convención colectiva de trabajo vigente.

Planteó también que, no se desprende del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, regla alguna que exima o excluya la obligación de denunciar la Convención Colectiva, para darla por terminada, por alguna de las partes o por ambas, circunstancia ésta que el a quo deriva únicamente de su interpretación, afirmando que tales prórrogas se refieren exclusivamente a la Convención Colectiva del Trabajo y su vigencia no se le aplica a los ex trabajadores oficiales del ISS, que pasaron a ser empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado.

En ese sentido, concluyó que a la actora le son aplicables los beneficios de la Convención Colectiva, para la liquidación de la indemnización por supresión de su cargo.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 25 de junio de 2013 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (folio 519).

El 28 de agosto de 2013, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 521).

La parte actora reiteró los argumentos planteados en la demanda y en el recurso de apelación, en su escrito de alegatos visible a folio 522 y siguientes.

La parte demandada hizo lo propio, tal como se advierte a folio 556 y siguientes.

En lo que tiene que ver con el Agente del Ministerio Público, este no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2013 proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se niegan las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Antes de abordar el estudio del recurso de alzada, es necesario precisar que en este caso, la parte demandante tiene la calidad de apelante único, por lo que la Sala no podrá agravar su situación; sólo mejorarla, si encuentra que hay lugar a ello, en virtud del principio de la *no reformatio in pejus* (artículo 31 de la Constitución Política).

2. Caducidad

La demanda de la referencia fue presentada en tiempo, esto es el día 13 de octubre de 2006³, fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de cuatro (4) meses que para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho establece el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, siendo que los actos acusados fueron notificados el 16 de junio de 2006⁴.

3. Los actos acusados

En este caso, se pretende la declaratoria de nulidad de los siguientes actos:

- Resolución No. 000689 del 22 de mayo de 2006 "Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por supresión de un cargo en la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla".⁵

³ Ver folio 1

⁴ Ver folios 21 y 26

⁵ Ver folio 19 – 21

- Resolución No. 000511 del 22 de mayo de 2006 *"Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de prestaciones sociales y otras acreencias laborales por desvinculación de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla"*.⁶

4. Problema jurídico

El problema jurídico consiste en determinar si al demandante le son aplicables los parámetros de la Convención Colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL en el año 2001 y vigente hasta el 31 de octubre de 2004, para efectos de ordenar el reconocimiento, la reliquidación y el pago de la indemnización por supresión del cargo, prestaciones sociales y demás acreencias laborales, por parte de la entidad demandada.

5. Tesis de la Sala

La Sala de Decisión confirmará la sentencia de primera instancia de fecha 22 de enero de 2013, teniendo en cuenta que el actor tenía derecho a que se le aplicara la Convención Colectiva entre julio de 2003 y octubre de 2004, pero no después de esa fecha; toda vez que dejó de ser trabajador oficial del ISS, para convertirse en empleado público de la ESE José Prudencio Padilla; y atendiendo a tal calidad, se restringe para él la aplicación de los beneficios de la Convención.

La anterior tesis se fundamenta, en los argumentos que a continuación se exponen.

6. Análisis del caso.

6.1. Del derecho de los empleados públicos a suscribir y beneficiarse de convenciones colectivas.

El derecho a la negociación colectiva fue consagrado en el artículo 55 de la Constitución Política, en los siguientes términos:

"Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señala la ley.

⁶ Ver folio 24 - 26

Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos de trabajo".

Por su parte, el artículo 416 del C.S. del T. dispone:

"Los sindicatos de empleados públicos no pueden presentar pliegos de peticiones ni celebrar convenciones colectivas, pero los sindicatos de los demás trabajadores oficiales tienen todas las atribuciones de los otros sindicatos de trabajadores, y sus pliegos de peticiones se tramitarán en los mismos términos que los demás, aun cuando no pueden declarar o hacer huelga". (Subrayas fuera de texto)

Mediante sentencia C-1235 de 2005, la Corte Constitucional al hacer un análisis sobre el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos, consideró que la imposibilidad de los empleados públicos de presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas no riñe con el ordenamiento jurídico superior, en la medida en que la negociación colectiva no se identifica con dichos institutos, sino que comprende un mayor campo de acción a través de diversas figuras que sí pueden ser utilizadas por los empleados públicos. De esta forma, expresó la Corte, se deben buscar mecanismos de concertación que permitan equilibrar la tensión existente entre el derecho de los empleados públicos de intervenir en las decisiones que afectan su ejercicio laboral, por un lado; y, la competencia de las autoridades constitucionalmente establecidas en el orden nacional y territorial, para fijar las condiciones laborales de quienes están vinculados al Estado mediante una relación legal y reglamentaria.

De lo hasta aquí expuesto, puede concluirse que los empleados públicos no gozan de un derecho pleno a la negociación colectiva, ya que no tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones ni de celebrar convenciones colectivas. Sin embargo, tampoco se les puede vulnerar su derecho a buscar por diferentes medios de concertación, la participación en la toma de las decisiones que los afectan, sin quebrantar, obviamente, la facultad que ostentan las autoridades constitucional y legalmente establecidas de fijar, de forma unilateral, las condiciones laborales de los empleados públicos.

6.2. De la naturaleza de la vinculación de los trabajadores del ISS y las Empresas Sociales del Estado.

El Instituto de Seguros Sociales fue creado en el año 1946, a través de la Ley 90 de 26 de diciembre del mismo año, como una entidad autónoma con personería jurídica y patrimonio propio, con el objeto de dirigir y vigilar los seguros sociales⁷, los cuales fueron señalados por el artículo 1° para cubrir los siguientes riesgos: enfermedades no profesionales y maternidad; invalidez y vejez; accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; y, muerte.

Los trabajadores vinculados a dicha entidad, a su turno, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Decreto 2324 de 1948, ostentaron la condición de trabajadores particulares. Posteriormente, a través del Decreto 433 de 27 de marzo de 1971⁸, se dispuso que el ISS era una entidad de derecho social, con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonio propio e independiente, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social⁹. Dicho cambio de naturaleza generó, con la expedición del Decreto 1651 de 1977, la existencia en dicha institución de una categoría especial de empleados denominados "*funcionarios de la seguridad social*", correspondientes a aquellos que desempeñaran cargos asistenciales y administrativos¹⁰.

En el año 1992 se dio otro cambio fundamental en la naturaleza del Instituto, pues de conformidad con lo ordenado por el Decreto 2148 de 1992, se convirtió en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Esta condición determinó que luego, con ocasión del estudio de constitucionalidad del párrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-579 de 1996, declarara la inexecutable de dicha categoría en una empresa que, como se anotó, pasó a ser Industrial y Comercial del Estado, cuyo régimen determina que por regla general los servidores vinculados son trabajadores oficiales.

Luego, mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003 se escindió del Instituto de Seguros Sociales, la Vicepresidencia de Prestación de Servicios de Salud, todas las clínicas y centros de atención ambulatoria (artículo 1°) y se crearon siete (7) Empresas Sociales del Estado, como entidades descentralizadas del nivel nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscritas al Ministerio de Protección Social (artículo 2°). Una de ellas fue precisamente la demandada en el presente asunto, la E.S.E. José Prudencio Padilla.

⁷ Artículo 8 de la Ley 90/26

⁸ Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales

⁹ Artículo 9°

¹⁰ Posteriormente, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 413 de 1980, existió la condición de empleados públicos y funcionarios de la seguridad social

Con la entrada en funcionamiento de la E.S.E., la situación laboral de los trabajadores fue modificada sustancialmente, pues a partir de allí, pasaron a ser considerados como empleados públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1750 de 2003. Dicha incorporación a la nueva planta de personal además, al tenor de lo estipulado en el artículo 17 ibídem, fue automática y sin solución de continuidad.

Frente a este aspecto cabe resaltar, que la consagración de la referida regla, esto es, que la naturaleza de la vinculación es la propia de un empleado público, es consonante con el régimen que a partir de la Ley 100 de 1993, concordante con las Leyes 10 de 1990 y 489 de 1998, corresponde a las Empresas Sociales del Estado, las cuales son una categoría especial de entidad descentralizada dentro del engranaje institucional existente en el país.

Sin embargo, en el caso concreto, el Decreto 1750 de 2003 contempló en el artículo 18, lo siguiente:

*"DEL RÉGIMEN DE SALARIOS Y PRESTACIONES. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. **En todo caso se respetarán los derechos adquiridos.** Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas." (Negrilla fuera de texto y el aparte subrayado declarado inexecutable mediante la Sentencia C314 de 2004.)*

En la sentencia C-314 de 2004¹¹, la Corte Constitucional analizó el referido artículo, frente a la posible vulneración del derecho a la negociación colectiva¹² y de los derechos adquiridos. En este sentido, luego de efectuar un análisis de lo que debe considerarse, al amparo de los artículos 53 y 58 de la Constitución Política, como derecho adquirido, concluyó que el aparte subrayado se encuentra viciado por los siguientes motivos: (i) hace referencia sólo a derechos prestacionales, cuando la protección debe abarcar los salariales también; (ii) la definición contenida en dicha

¹¹ M P Marco Gerardo Monroy Cabra

¹² Frente a este aspecto concluyó que el derecho a la negociación colectiva no es absoluto y que está inescindiblemente ligado a la naturaleza de la vinculación, la cual, a su turno no puede considerarse tampoco como un derecho adquirido del trabajador. Al respecto, consideró "Los argumentos de la Sentencia, aunados a los que en esta oportunidad se consignan, permiten concluir que el cambio de régimen jurídico de los trabajadores oficiales que pasan a ser empleados públicos no vulnera el derecho a la negociación colectiva porque ni el mismo es un derecho adquirido, en tanto depende de la naturaleza de la vinculación jurídica del servidor con el Estado, ni es un derecho absoluto que no pueda ser objeto de restricciones justificadas por parte del legislador."

disposición es errática; y, (iii) deja por fuera los derechos derivados de la Convención Colectiva de Trabajo durante el tiempo por el cual fue pactada.

Esta tesis, a su turno, fue reiterada en la Sentencia C-349 de 20 de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, con ocasión del análisis de constitucionalidad de las expresiones "automáticamente" y "sin solución de continuidad" contenidas en el artículo 17 del Decreto 1750 de 2003, en los siguientes términos:

"A juicio de la Corporación, la circunstancia que produce el desconocimiento de derechos laborales no radica en el hecho del que automáticamente y sin solución de continuidad los trabajadores oficiales se incorporen como empleados públicos a la nueva planta de personal (o que simplemente en la misma condición antes ostentada de trabajadores oficiales pasen a formar parte de ella), sino que dicho desconocimiento de garantías proviene de la definición de derechos adquiridos acogida por el legislador en el aparte final del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, la cual, como fue expuesto en la Sentencia C-314 de 2004, implicaba la desprotección de las garantías salariales y de las convencionales. (...)

No obstante, para impedir que las mismas puedan ser interpretadas en el sentido según el cual la automaticidad en el traslado del régimen de trabajadores oficiales a empleados públicos y la incorporación sin solución de continuidad a las nuevas plantas de personal acarrea la pérdida de derechos laborales salariales o prestacionales adquiridos y de garantías convencionales, la Corte declarará su exequibilidad bajo el entendido que se respeten dichos derechos adquiridos, conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-314 de 2004".

Al respecto se resalta que, de conformidad con la copia simple de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL el 31 de octubre de 2001, que obra a folio 28 a 70, la vigencia de la misma se reguló en los siguientes términos:

"Artículo 2°. La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente".¹³

A su turno, el artículo 135 estipuló:

¹³ Ver folio 40

"REVISIÓN DE LA CONVENCION.

La Convención Colectiva se revisará de conformidad con lo establecido en el Artículo 480 del Código Sustantivo del Trabajo.

(..)."

Ahora bien, en cuanto a la aplicación de la convención colectiva mencionada, bajo el argumento que aún se encontraba vigente, en aplicación de la prórroga automática contemplada en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, el Consejo de Estado¹⁴, ha sostenido lo siguiente:

"Esta situación empero, generada por el pronunciamiento de la Corte Constitucional, no puede ser una excusa para que la actora sostenga que con posterioridad al 31 de octubre de 2004 e incluso para el año 2007 aún era beneficiaria de la Convención Colectiva, por cuanto:

- De conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-314 de 2004 la protección de los derechos convencionales por un tiempo, deriva del concepto de derecho adquirido y de la afirmación según la cual la Convención Colectiva es en verdad un instrumento al que se someten las relaciones laborales que se ven afectadas por el mismo durante su vigencia.

- La prórroga automática contenida en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social¹⁵, no encuadra dentro de dicho concepto de derecho adquirido pues ella es una mera posibilidad que ante la actitud pasiva de las partes el instrumento convencional sigue vigente y, en consecuencia, no puede sostenerse que los trabajadores oficiales al 25 de junio de 2003 tenían un verdadero derecho adquirido a que se prorrogara el término de la convención.

- Adicionalmente a ello, no puede perderse de vista que para el 31 de octubre de 2004 la mayoría de trabajadores de la E.S.E., dentro de los cuales se encuentra la accionante, ostentaban la condición de empleados públicos y por lo tanto no podían denunciar la convención, suscribir una nueva o convocar un tribunal de arbitramento.

- Por lo anterior, no es viable avalar la interpretación del Tribunal y tampoco la de la Corte Constitucional sostenida en la Sentencia T-1166 de 2008, pues a la luz de lo expuesto por la misma Alta Corporación en las Sentencias de Constitucionalidad, las cuales tienen efecto erga omnes, la protección deriva del concepto amplio de derecho adquirido.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" Consejero Ponente DR VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA Bogotá D C , siete (7) de abril de dos mil once (2011) Radicación número 05001-23-31-000-2008-00067-01 (0673-2010)

¹⁵ "A menos que se hayan pactado normas diferentes en la convención colectiva, si dentro de los sesenta (60) días inmediatamente anteriores a la expiración de su término las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis (6) en seis (6) meses, que se contarán desde la fecha señalada para su terminación "

- En el mismo sentido, en la providencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1° de octubre de 2009, C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve; radicado interno No. 0212-2008, se sostuvo:

'De acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala considera que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma, conforme con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de Archivo Sindical del Ministerio de la Protección Social.

Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no le siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S.T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por periodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable" (Subrayas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, queda claro que los beneficios consagrados en la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, sólo estuvieron vigentes hasta el 31 de octubre de 2004, toda vez que, por tratarse de empleados públicos, los trabajadores que fueron vinculados a la ESE José Prudencio Padilla, no pueden invocar la prórroga automática de que trata el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo.

Respecto de este tema, la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁶, ha expuesto lo siguiente:

"La Sala ha reiterado que los beneficios derivados de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD, debieron extenderse hasta el 31 de octubre de 2004, fecha en que terminó la vigencia de la misma. Lo anterior, considerando que al mutar la naturaleza jurídica de

¹⁶ Sentencia del 14 de febrero de 2013 Exp 17001-23-31-000-2009-00149-01- Ponencia Gerardo Arenas Monsalve Boletín No. 120 del 20 de marzo de 2013

los trabajadores a empleados públicos y pasar a ser parte de la planta de personal de una empresa social del Estado, no les siguen siendo aplicables las disposiciones del derecho colectivo del trabajo y, por tanto, no pueden válidamente invocar la prórroga automática de la convención a que hace mención el artículo 478 C.S. T., que prevé que si dentro de los 60 días anteriores al vencimiento de su término de expiración las partes o una de ellas no hubiere manifestado por escrito su voluntad de darla por terminada, la convención se entiende prorrogada por períodos sucesivos de seis meses en seis meses; ni mucho menos pueden acudir a la denuncia de la convención por ser empleados públicos y estar vinculados a una entidad pública diferente a la que suscribió la convención colectiva que pretende siga siendo aplicable. Ahora bien, en el texto de la demanda, la actora solicita el reconocimiento y pago de la indemnización por supresión de cargo y el reajuste de las prestaciones sociales desde el 1 de noviembre de 2004 hasta la fecha de la desvinculación, de conformidad con lo ordenado en la convención colectiva. De otro lado, se destaca que la demandante, como consta en la certificación laboral del 5 de diciembre de 2008 (fi. 30), laboró al servicio de la ESE desde el 26 de junio de 2003 hasta el 13 de noviembre de 2008, en el cargo de médica, como empleada pública. Así las cosas, respecto del objeto de la apelación la Sala resalta que la convención colectiva estuvo vigente del 1 de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 y no era procedente su prórroga automática."

Revisados los documentos que obran en el expediente, se encuentra que el señor GASPAR JOSÉ DEL RÍO CONTRERAS, fue nombrado en el cargo de Médico Especialista Grado 38 (Anestesiología) en la Unidad de Quirófanos de la Clínica Enrique de la Vega Seccional Bolívar mediante Resolución No. 5672 del 28 de octubre de 1991¹⁷, cargo del cual tomó posesión mediante Acta No. 1481 del 12 de noviembre de 1991¹⁸; lo que indica que para esa época, ostentaba la calidad de trabajador oficial.

Según se desprende de los actos acusados, el actor fue incorporado automáticamente a la planta de personal de la Empresa Social del Estado José Prudencio Padilla, mediante el Decreto 1750 de 26 de junio de 2003, en el cargo de Médico Especialista,

¹⁷ Ver folios 168 y siguientes cuaderno de pruebas anexo

¹⁸ Ver folio 167 y siguientes cuaderno de pruebas anexo

Código 3120 grado 22, con una intensidad horaria de seis (6) horas, pasando desde ese momento a ser considerado un empleado público¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, el demandante a partir del 2 de junio de 2003, dejó de ser trabajador oficial para convertirse en empleado público, de modo que, a partir de dicho momento no ostentaba el derecho a suscribir convenciones colectivas ni a beneficiarse de ellas.

Se observa además de los actos acusados, que mediante Oficio No. SADRH-No. 0806 el cargo del demandante fue suprimido, quedando desvinculado de la entidad demandada a partir del 30 de abril de 2006.

Mediante Resolución No. 000511 del 22 de mayo de 2006, el Gerente Liquidador de la ESE José Prudencio Padilla, le reconoció y ordenó el pago al señor GASPAR JOSÉ DEL RIO CONTRERAS de las prestaciones sociales, tales como prima de servicios, indemnización de vacaciones, prima de vacaciones adeudadas y proporción de prima de navidad. Igualmente, mediante Resolución No. 000689 del 22 de mayo de 2006, se reconoció y ordenó el pago de una indemnización por supresión del cargo.²⁰

Si bien por vía jurisprudencial, se estableció que a los trabajadores del antiguo ISS, que pasaron a ser empleados públicos de las nuevas Empresas Sociales del Estado, se les garantizó la aplicación de la Convención Colectiva hasta el 31 de octubre de 2004, la desvinculación del actor se produjo el 30 de abril de 2006²¹, fecha para la cual ya había finalizado la aplicación de los beneficios en ella contenidos. De tal modo que no es posible aplicar los parámetros de la convención, para la liquidación de la indemnización del demandante por supresión del cargo que desempeñaba.

De acuerdo con lo anterior, la Sala comparte el fallo de primera instancia al considerar que el actor tenía derecho a que se le aplicara la convención colectiva entre julio de 2003 y octubre de 2004, pero no después de esa fecha, por cuanto, como ha quedado acreditado en este caso, dejó de ser trabajador oficial del ISS, para convertirse en empleado público de la ESE José Prudencio Padilla y atendiendo a tal calidad, se restringe para él la aplicación de los beneficios de la Convención, por consiguiente, no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda.

¹⁹ Ver actos acusados

²⁰ Ver actos acusados

²¹ Según Certificación visible a folio 12 cuaderno de pruebas anexo

En consecuencia, se procederá a confirmar la sentencia de fecha 22 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha 22 de enero de 2013, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

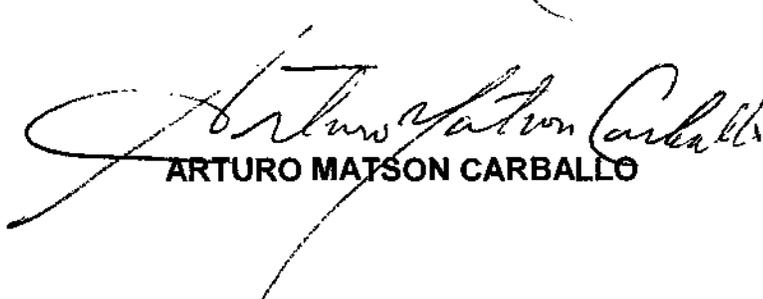
SEGUNDO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, remítase al Juzgado de origen.

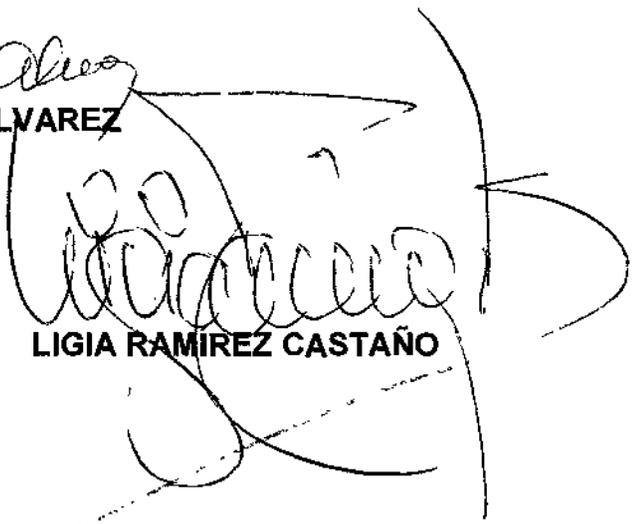
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ-ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Hoja de firmas sentencia de segunda instancia proferida dentro de la demanda instaurada por el señor Gaspar José del Río Contreras por conducto de apoderado judicial en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la ESE José Prudencio Padilla en liquidación, radicado No 13001-33-31-003-2011-00266-01



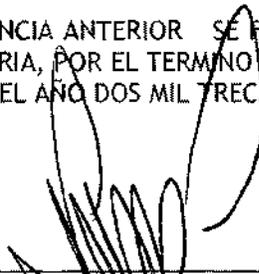
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1225
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: ALBERTO PERNETT ESPAÑA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO - INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO "ICA"
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-002-2002-01504-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



482-506
2/C

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., dieciséis (16) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ

Acción : Reparación directa
Radicación : 13001-33-31-002-2002-01504-01
Demandante : Alberto Pernet España
Demandado : Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo e Instituto
Colombiano Agropecuario - ICA

TEMA: Falla en el servicio – Vacunación de bovinos

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar con base en las facultades que le vienen conferidas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12-9201 de febrero 1º de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura; procede a resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2011 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena que resolvió acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. PRETENSIONES

Solicita la parte demandante que mediante sentencia se declare administrativa y extracontractualmente a la Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y al Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, por los perjuicios ocasionados al demandante con la muerte de siete reses, cinco vacas paridas, un ternero de levante y una ternera o novilla de cría, los cuales eran de su propiedad.

Igualmente, que se les declare responsable por la muerte ocurrida en el 2001 de seis terneras de cría, también de propiedad del demandante; y por la venta de un toro semental en un precio menor del valor real, en un 38.8 %, al no buscar más hembras de su especie para fecundarlas.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a las entidades demandadas a resarcir al demandante por los perjuicios de orden material e inmaterial por el daño causado que le fue ocasionado con la muerte del ganado bovino de su propiedad, por la aplicación de la Vacuna Antiaftosa, Lote 013 de AFTOLIMOR ML, Registro ICA 4481 DB de TECNOQUÍMICAS S.A. el día 30 de noviembre de 2000, ocurrida en la Finca "EL RAICERO" (Corregimiento de Yatí, Municipio de Magangué – Bolívar)

Que la sentencia se ordene dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 172, 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

1.2. HECHOS

Se narra en la demanda, que el demandante es propietario del predio rural "EL RAICERO" ubicado en el corregimiento de Yati del Municipio de Magangué (Bol.), cuyo dominio adquirió desde 1992 mediante proceso de pertenencia.

Que debido a la explotación del bien, recibe unas utilidades, pues éste ha sido utilizado para la ganadería, especialmente de cría, levante, ceba y vacas lecheras, cuya raza predominante es la *Cebú* cruzada con *Bos Taurus*; y que de dicha actividad se lleva de manera informal un libro con registro de cuentas de las salidas y entradas del ganado desde 1996.

Que con ocasión y desarrollo del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa, se llevó a cabo una jornada de vacunación el día 30 de noviembre de 2000 a las 9:00 a.m., a cargo del personal autorizado de la Cooperativa de Mercadeo de Carnícos del Sur COMERCASUR, la cual hacía parte de la infraestructura técnica y administrativa del Programa Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa, establecida por FEDEGAN y autorizada por el ICA según Resolución No. 02667 de 2000.

Que la vacuna aplicada en esa ocasión, fue la Antiaftosa, Lote 013 de AFTOLIMOR MK, Registro ICA 4481 DB elaborada por la Empresa LIMOR DE COLOMBIA LIMITADA para TECNOQUÍMICAS S.A.

Se relata en el libelo que el mismo día de la aplicación de la mencionada vacuna, 17 animales resultaron afectados, pues no ingirieron alimentos durante el día, y que en su mayoría comenzaron a presentar signos nerviosos e incoordinación de movimientos y dificultad para levantarse; y que a partir de las 7:00 p.m. ocurrió la muerte en masa de 7 cabezas de ganado bovino, de las cuales 5 eran vacas paridas y lecheras, las cuales daban en promedio 8 litros diario de leche cada una; las otras dos restantes, eran una novilla y un ternero de levante.

Que además de los anteriores animales, resultaron afectados el resto de animales, en especial 6 terneras cría de vaca de ordeño, las cuales murieron el año siguiente (2001) como consecuencia de la vacuna aplicada.

Que además, un toro semental perdió totalmente el apetito sexual por las hembras de su especie, por lo que tuvo que venderlo en \$700.000 cuando su valor real era de \$1.800.000.00; es decir, en un porcentaje del 38.8 % de su valor real.

Que debido a los hechos antes narrados se dio aviso a las personas encargadas de ejecutar el Programa de Erradicación de la Fiebre Aftosa en la región, por lo que el día 1º de diciembre de 2000, un funcionario autorizado por el ICA realizó inspección ocular a COMERCASUR y selló 368 frascos de AFTOLIMOR MK, biológico del Lote 013 en presentación de 50 dosis. Posteriormente, en fecha 4 de diciembre de 2000 se realizó una visita en el predio del demandante, y se practicó la necropsia de las 7 reses muertas, de donde se comprobó ausencia de malezas tóxicas.

Que en fecha 8 de diciembre de 2000, se llevó a cabo otra visita en la finca de propiedad del actor, por parte del Veterinario Proyecto Local- Magangué COMERCASUR, el Director Científico del Laboratorio fabricante de la vacuna, y el Gerente de Control de Calidad del Laboratorio LIMOR DE COLOMBIA LTDA; y que como resultado de la misma, se concluyó que la muerte posiblemente obedecía a la presencia de maleza de hoja ancha o tóxicas y por la movilización masiva de la población ganadera, y no por una posible reacción anafiláctica por la aplicación de la vacuna.

Se afirma que otros profesionales especializados refutaron el concepto técnico de LIMOR sobre la causa de la muerte de los animales por intoxicación por el consumo de maleza de hoja ancha, y atribuyen la muerte directamente a la reacción de hipersensibilidad o alérgica del biológico aplicado en la vacuna.

Que el ICA en uso de su función de ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos agropecuarios que constituyen un riesgo para la salud animal, no desvirtuó los hechos que motivaron el sellado del lote 013 de las vacunas AFTOLIMOR MK y AFTOSAN, toda vez que en algunas zonas del país, dicho lote 013 presentaba separación de la emulsión y cambio en el color original del producto. Por lo anterior, ordenó el decomiso del lote 013 que contenía las vacunas AFTOLIMOR MK, Registro ICA 4481 DB elaborada por la empresa LIMOR DE COLOMBIA LIMITADA para TECNOQUIMICAS S.A. y la vacuna AFTOSAN Registro ICA 4749 DB de LIMOR DE COLOMBIA LIMITADA, mediante Resolución No. 03519 de fecha 26 de diciembre de 2000.

Finalmente, afirma la parte actora que la pérdida de sus semovientes le causó graves perjuicios, además de no haberse podido beneficiar del Programa Nacional de Erradicación de la Fiebre Aftosa que se encuentra a cargo del Gobierno Nacional en cabeza del Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

2. LA DEFENSA

2.1. Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

Mediante escrito visible a folios 291 y siguientes, el Instituto Colombiano Agropecuario ICA contestó la demanda dentro de la oportunidad procesal, y se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Alega que no le atañe responsabilidad por la aplicación de la vacuna de la fiebre aftosa, por las siguientes razones:

Que mediante la Ley 395 de 1997, se facultó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y al ICA, para establecer las medidas de carácter sanitario y para adoptar el Programa Nacional de Erradicación de la fiebre aftosa, el cual es concertado entre entidades públicas y del sector privado, y estableció que la operación de este sistema

debería regirse por el principio de congestión y concertación, entre el sector público y privado.

Que el ICA expidió la Resolución No. 2667 del 25 de octubre de 2000, por medio de la cual se fijó fecha de realización del segundo ciclo de vacunación y autorizó a ciertas organizaciones ganaderas para llevar a cabo la jornada de vacunación, dando cumplimiento a las directrices de la Comisión Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa. Además, señaló como obligación de todo ganadero que posea una o más fincas, la de vacunar la totalidad de los ganados y registrar la misma a través de la entidad que autoriza para cada una de ellas en forma individual.

Que de conformidad con la Resolución No. 1056 de 1996, estableció el control técnico de los insumos pecuniarios, y estableció como norma general que toda persona natural o jurídica que se dedique a la producción, importación, o el control de calidad de insumos pecuniarios, deberá registrarse en el Instituto Colombiano Agropecuario ICA. Y que además conforme a los artículos 3 a 7 de la aludida resolución, se otorgó a Tecnoquímicas S.A. el registro de venta No. 4.481 DV en calidad de productor por contrato de vacuna del producto Aftolimor MK 2ml, a partir del 27 de abril de 1998 con vigencia indefinida.

Aduce que es responsabilidad de Tecnoquímicas S.A. y Limor de Colombia S.A., mantener la composición de los productos y sus características específicas aprobadas con la expedición de este registro; y que cuando esta composición y características no se encuentren presentes en alguno de dichos productos, la responsabilidad legal recae sobre el productor y no en el ICA.

Señala que una vez obtenido el registro de producción, por tratarse de una vacuna, el ICA realiza controles especiales de bioseguridad, para garantizar la inocuidad de los productos y en específico a cada lote, pues dicho control es necesario antes del registro y distribución de cualquier lote de vacuna contra la fiebre aftosa en Colombia.

Que el control de calidad se basa en pruebas físico-químicas y biológicas que condicionan la aprobación o rechazo de lotes, pruebas que se realizan exclusivamente sobre el producto envasado; y que antes de autorizar su comercialización, todos y cada uno de los lotes es muestreado por el ICA en un número representativo de frascos según presentación, los cuales se utilizan para las pruebas físico-químicas y biológicas.

Cuenta que como quiera que el producto contaba con registro ICA, se efectuaron las respectivas pruebas, las cuales resultaron en su totalidad positivas, por lo que garantizaron la composición y características del lote.

Se narra que con ocasión de los hechos presentados en la finca del actor, el ICA, en uso de las facultades señaladas en la Resolución No. 1056 de 1996 inició investigación ante la sospecha de falta de inocuidad y características del Lote 13 de la vacuna, la cual dio origen a la expedición de la Resolución 3515 del 26 de diciembre de 2000, a través de la cual se ordena un decomiso y su confirmación por la Resolución No. 0045 del 16 de enero de 2001 del ICA.

Que en ejercicio de su función como garante de la sanidad animal y vegetal del país, el ICA impartió las directrices sanitarias necesarias y autorizó a las organizaciones ganaderas llevar a cabo la vacunación. Que además verificó que el lote No. 13 de la Vacuna AFTOLIMOR MK fueran producidas y distribuidas por empresas que contaran con el correspondiente registro ICA, realizó las pruebas necesarias, ordenó la investigación y decomisó el lote una vez se presentaron las sospechas respecto a su calidad. Igualmente, expidió las medidas sanitarias pertinentes para garantizar la sanidad animal del país, por lo que no le es atribuible la falla del servicio en este caso.

Además de lo anterior, manifiesta que en este caso no se probó la deficiencia en la administración, ya que el ICA ejerció todos los controles y pruebas de inocuidad necesarias para la liberación del lote No. 13 de la vacuna, y verificó el registro de producción y de comercialización de la misma.

Alega que el fundamento del decomiso del Lote No. 013 de la vacuna Aftolimor MK con registro ICA 4481 DB, fue la separación de la emulsión y cambio de color original; que tal situación tiene como único efecto la pérdida de la efectividad de la vacuna, y no tiene efectos o reacciones anafilácticas; por lo que la causa de la muerte de las reses no pudo ser la aplicación de la vacuna, pues como se dijo, cuando la estabilidad de la emulsión se pierden, los efectos de la vacuna también, en esa medida se tiene que existieron factores asociados que contribuyeron a la producción del daño.

Que el evento adverso que puede ocurrir al introducir una proteína extraña al organismo, se denomina reacción anafiláctica, la cual se caracteriza por síntomas cutáneos respiratorios y cardiovasculares, los cuales no se evidencian en la

sintomatología reportada; por lo que no hay certeza sobre el elemento preponderante que causó el daño y su causa adecuada.

Que ante la presencia de una reacción anafiláctica, los veterinarios recomiendan la aplicación de medicamentos adrenérgicos, corticoides y antiestamínicos, los cuales contribuyen a minimizar los efectos de dicha reacción y son de uso corriente en las explotaciones ganaderas; por consiguiente, considera el demandado que en el presente asunto, el actor no actuó con diligencia, pues no acudió a tiempo a un médico veterinario y tampoco suministró los medicamentos que minimizarían los posibles efectos que la vacuna hubiera podido tener, contribuyendo así a la producción del daño.

Finalmente la demandada formula la siguiente excepción:

Litisconsorcio necesario: Alega que el responsable de los hechos perjudiciales es el Laboratorio TECNOQUÍMICAS S.A., pues es el dueño del producto, o propietario del registro otorgado por el ICA.

2.2. Ministerio de Agricultura

No contestó la demanda.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia de fecha 31 de octubre de 2011 el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena dispuso declarar patrimonialmente responsable al Instituto Colombiano Agropecuario ICA por los perjuicios materiales causados al demandante como consecuencia de la muerte de 7 reses de ganado bovino de su propiedad, por la aplicación de la vacuna AFTOLIMOR MK – Registro ICA 4841 DB – Lote 13.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condenó al Instituto Colombiano Agropecuario ICA a pagar al demandante por concepto de daños materiales, el valor del ganado que murió (7 reses) y su producción estimada, para cuyo cálculo deberá iniciarse un incidente de liquidación de la condena.

Consideró el juez a-quo, que se encontró acreditado que desde antes de la vacunación efectuada en la finca de propiedad del demandante, el Instituto Colombiano Agropecuario

estaba enterado de las anomalías que presentaba el Lote 013 de la vacuna AFTOLIMOR MK producida por Limor de Colombia S.A. y distribuida por Tecnoquímicas S.A.

Señala que el ICA fue informado sobre los cambios fisicoquímicos que presentaba el Lote 13 de la vacuna Aftolimor, e incluso, conocía sobre las reacciones post-vacunales que se habían reportado, que incluían muerte en algunos bovinos y se identificó con precaución una zona geográfica concreta, esto es, la Costa Atlántica.

Que de acuerdo con las pruebas recaudadas, se verificó que en la inspección que hizo el ICA se dejó constancia que lo único que se le hizo a los animales durante el día fue la aplicación de la vacuna a las 9:00 a.m. y la muerte de estos comenzó a las 7:00 p.m. del mismo día.

Que en el expediente no reposa elemento probatorio que permita afirmar que ese instituto tomó los correctivos del caso para evitar que el biológico se siguiera aplicando en el país, siendo que mediante Resolución No. 2667 del 25 de octubre de 2000 se especificó cuáles eran las organizaciones de ganaderos ejecutoras; que para el caso del Municipio de Magangué se autorizó a la Cooperativa de Mercadeos de Cárnicos del Sur.

Que si la entidad tenía noticia de que la vacuna había causado la muerte bovinos, constituyó una grave falla por omisión, el no haber tomado las medidas que se requerían para suspender la vacunación con ese lote.

Por otro lado, se relevó de responsabilidad al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural por la muerte del ganado del demandante, ya que entre sus funciones no se le impone de manera específica la vigilancia y el control sobre los insumos pecuniarios, que como ya se vio es función del ICA, entidad que tiene personería jurídica y autonomía administrativa.

4. RECURSO DE APELACIÓN

El Instituto Colombiano Agropecuario ICA interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primera instancia¹, del cual se extrae lo siguiente:

Considera que la causa eficiente que produjo los daños no fue la actividad del ICA, pues insiste en afirmar que el fundamento del decomiso del lote 13 de la vacuna Aftolimor MK con registro ICA 4481 DB, fue la separación de la emulsión y cambio de

¹ Ver folios 371 – 383

color original, lo que tiene como único efecto la pérdida de efectividad de la vacuna, y no las reacciones anafilácticas que se invocan en la demanda.

Por consiguiente, señala que la causa de la muerte de las reses del demandante no pudo ser por la aplicación de la vacuna, ya que cuando la estabilidad de la emulsión se pierde, los efectos de la misma también se pierden.

Que en el presente caso hubo factores asociados que contribuyeron a la producción del daño, pero que no hacen de la aplicación de la vacuna la causa adecuada; pues de conformidad con la certificación del veterinario del Proyecto Local Magangué, del Programa de Erradicación de la Fiebre Aftosa, tal proyecto recibió 19.950 dosis de esa vacuna, siendo utilizadas 1550 de ellas. Que las siete reses muertas constituyen un porcentaje del 0.45% de las reses afectadas por la aplicación de la vacuna, lo cual lleva a concluir claramente que la calidad de la vacuna y sus componentes fue uno de los factores que contribuyó a la producción del daño, más no la causa eficiente, pues de haber sido así, el daño habría sido causado a un porcentaje mucho mayor de reses.

Señaló que teniendo en cuenta el tiempo de digestión de los bovinos es de 40 hasta 72 horas, y de acuerdo con la necropsia practicada, se indica que los animales llevaban por lo menos 40 horas sin comer; por lo que dicha situación pudo contribuir con la producción del daño.

Reprocha el recurrente el hecho de no haberse valorado las pruebas solicitadas por el Instituto las cuales fueron practicadas, como lo fue el testimonio del doctor Uriel Esteban Sierra Médico Veterinario especialista en Patología, en el que indica que los síntomas y signos evidenciados en la necropsia no concuerdan con los que produce una reacción anafiláctica; señalando que no es posible que las tales reacciones ocurran entre cinco minutos y una hora después de aplicadas las vacunas.

Que tampoco se probó la diligencia del demandante, ya que en las etiquetas de la vacuna se indicaba claramente que ante una reacción a su aplicación se debía contactar a un médico veterinario, lo cual no fue probado.

Finalmente, indicó el apelante que el juez de primera instancia realizó una errada valoración de la prueba, ya que únicamente tuvo en cuenta que en la necropsia se señaló que lo único que se le había hecho a los bovinos fue la aplicación de la vacuna, y que por dicho informe se apresuró en concluir que la aplicación de la vacuna fue la

causa de la muerte, sin que ello fuera sido corroborado con un dictamen médico veterinario, siendo que el informe del funcionario del ICA no lo afirma.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Agente del Ministerio Público emitió Concepto No. 104 del 2 de octubre de 2012, del cual se extraen los apartes más relevantes:

Consideró que el daño se encontraba acreditado, en lo que respecta a la muerte de 7 semovientes, 5 vacas y dos terneras de levante, hecho que dan cuenta no solo los documentos privados aportados por el demandante, sino también las resoluciones expedidas por el ICA. Sin embargo, no consideró lo mismo en relación a la venta de un torete por un menor precio, pues señaló que dicha circunstancia no fue acreditada en el proceso.

Adujo que el presente caso se estructura bajo la teoría de la responsabilidad subjetiva de la falla probada del servicio.

Que conforme a la normatividad que citó el Instituto Colombiano Agropecuario es el establecimiento encargado de contribuir al desarrollo agropecuario del país, ejerciendo funciones de prevención, vigilancia y control de los riesgos sanitarios, biológicos y químicos para las especies. Que igualmente, tiene dentro de sus funciones las de inspeccionar, vigilar y controlar sobre los insumos pecuarios utilizados para el control de la fiebre aftosa. Por consiguiente, está revestido de facultades para el control de la producción y comercialización de la vacuna que fue aplicada al ganado de propiedad del actor que derivó la muerte del mismo.

Aclaró que si bien la obligación directa de aplicar la vacuna radica en el propietario del ganado y en las asociaciones ganaderas; también dicha obligación radica en cabeza del ICA, entidad ésta que con anterioridad a la fecha de la vacunación del ganado del demandante tenía conocimiento de que tal vacuna venía presentando anomalías.

Que conociendo el ICA, las inconsistencias presentadas por el insumo pecuario, bien pudo informar a la Cooperativa para que se abstuviera de utilizar el lote 013 de la vacuna y no lo hizo; por lo que consideró probada a falla de la administración que derivó un perjuicio al demandante.

II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 20 de marzo de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (folio 411).

Que por auto de fecha 27 de abril de 2012 corrió traslado para alegar de conclusión (folio 413).

La parte actora presenta sus alegatos mediante escrito visible a folio 431 a 454; en tanto, que la parte demandada los formula de folios 418 a 430.

El Agente del Ministerio Público emitió concepto dentro de este asunto, tal como se advierte a folio 455 a 474.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 31 de octubre de 2011, por medio de la cual se conceden las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

2. Caducidad

La demanda que nos ocupa fue presentada oportunamente en fecha 28 de noviembre de 2002², es decir, dentro del término de caducidad de dos (2) años que prescribe el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo; teniendo en cuenta que los hechos objeto de la presente acción ocurrieron, según se pudo establecer, el 30 de noviembre de 2000.

3. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar en los términos del recurso de apelación, si es imputable a la Nación – Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, el daño causado al

² Ver reverso del folio 28, constancia de presentación de la demanda ante la Oficina Judicial

demandante por la muerte de los semovientes por la aplicación de la vacuna AFTOLIMOR MK con Registro ICA 4481 DB.

4. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, atendiendo a que la muerte ocurrida en los semovientes de propiedad del demandante, se debió a la falla en el servicio por omisión del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, quien conociendo las irregularidades que presentaba la vacuna AFTOLIMOR MK del Lote No. 013, no tomó las medidas necesarias para evitar que ésta se siguiera aplicando.

La anterior tesis se fundamenta, en los argumentos que a continuación se exponen.

5. Análisis del caso

La acción de Reparación Directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 31 de la Ley 446 de 1998, busca exclusivamente la indemnización del daño causado a la persona o a sus bienes, con ocasión de la realización de la actividad de la Administración, ya sea por un hecho, una omisión, o una operación administrativa.

Lo anterior, encuentra su sustento constitucional en el artículo 90 de la Constitución Política, que establece:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

Esta responsabilidad del Estado se hace patente, cuando se configura un daño el cual deriva su calificación de antijurídico atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio. Los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño antijurídico y su imputación a la

administración, por la vía de la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta y el daño.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado³ ha dicho, que cuando el daño se produce por un mal funcionamiento de la administración, como consecuencia de una violación –conducta activa u omisiva- del contenido obligacional, determinado en la Constitución Política y en la ley, a cargo del Estado, el litigio deberá ser decidido con arreglo al título de imputación de **falla del servicio probada**, en el marco del cual el demandante estará obligado a demostrar (i) el daño, (ii) la falla del servicio y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos. En esta hipótesis, la entidad pública demandada podrá exonerarse de una declaratoria de responsabilidad si prueba que su actuación no constituyó una vulneración a ese contenido obligacional que le era exigible, es decir que acató los deberes a los cuales se encontraba obligada o si acredita la configuración de una causa extraña.

De acuerdo con lo anterior, la Sala precisará los hechos que resultaron probados dentro de este asunto, para determinar la responsabilidad o no imputada al Instituto Colombiano Agropecuario ICA.

5.1. Hechos probados:

En el sub examine se recaudaron los siguientes elementos probatorios:

- Que en fecha 14 de enero de 1992 según sentencia de pertenencia dictada en el Juzgado Civil del Circuito de Magangué, el señor Alberto Pernet España adquirió el Predio Rural denominado “RAICERO”.⁴
- Que de acuerdo con la Certificación suscrita por el Asistente de Impuesto de la Alcaldía Municipal de Magangué (Bol), el señor Alberto Pernet España registró el hierro quemador folio # 0241 del libro de hierro # 14 de su propiedad.⁵
- Que mediante Resolución No. 02667 del 25 de octubre de 2000, el Gerente General del Instituto Colombiano Agropecuario “ICA”, en ejecución de las medidas adoptadas por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para el desarrollo del Programa

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 8 de 2007, Exp 15971, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

⁴ Ver folio 30 y reverso

⁵ Ver folio 31

Nacional para la Erradicación de la Fiebre Aftosa; estableció el segundo ciclo de vacunación contra la Fiebre Aftosa desde el día 30 de octubre hasta el 13 de diciembre del año 2000.

Dicho acto administrativo indicó que la vacunación, la supervisión, y el registro ante el ICA serían de carácter obligatorio; y que se realizaría por las organizaciones ganaderas, cooperativas y otras organizaciones que formaran parte de la infraestructura técnica y administrativa para dicho programa. Específicamente, para Bolívar – Municipio de Magangué, autorizó a la Cooperativa Mercados Cárnicos Sur - COOMERCASUR.⁶

- Que según Memorando 741 del 28 de noviembre de 2000⁷, aportado con la contestación del ICA, el cual fue enviado por la Jefe de División de Sanidad Animal de dicha entidad y dirigido al Jefe de División de insumos Pecuarios, al Subgerente de Prevención y Control; y al Coordinador del Proyecto de Fiebre Aftosa; se comunicaron los problemas en la Vacuna Antiaftosa así:

“Por información de la Coordinación Epidemiológica de Cundinamarca y FEDEGAN – Fondo Nacional del Ganado, hemos sido enterados que la vacuna antiaftosa correspondiente al Lote No. 13 de Laboratorios MK Tecnoquímicas, está presentando separación de la emulsión y muchos frascos cambian de color continuamente. Esta situación ha sido reportada en algunos municipios de Cundinamarca, Sucre y Córdoba.

De otra parte, se han reportado varias reacciones post-vacunales a este mismo lote, inclusive muertes en algunos bovinos y lo más preocupante, las reacciones que se están presentando en la Costa Atlántica donde han sido poco frecuentes.

Se requiere definir urgente, si este lote está adecuado para su aplicación o es necesario retirarlo del mercado.”

- Que en fecha 29 de noviembre de 2000, el Jefe de División de Insumos Pecuarios del ICA comunica al Director Científico de LIMOR DE COLOMBIA LTDA, que el lote No. 013 de la vacuna AFTOLIMOR MK, había presentado en algunas áreas del país separación de la emulsión y cambio en el color original del producto, y que por tal

⁶ Ver folios 41 a 49

⁷ Documento aportado con la contestación de la demanda Ver folio 288

motivo se procedía al sellado de los frascos que presentaran tales características. Igualmente comunicó que se habían presentado varias reacciones postvacunales a ese lote incluyendo muerte de algunos bovinos.⁸

- Que según Oficios de fecha 1 de diciembre de 2000 sin constancia visible de haber sido recibidos, la Cooperativa COOMERCASUR informa al Director del ICA y al Laboratorio TECNOQUIMICAS, que en fecha 30 de noviembre de 2000 a las 9:00 a.m. fueron vacunados 101 Bovinos de los cuales 11 presentaron posteriormente reacción a la vacuna, que 7 de ellos murieron (5 vacas y 2 terneros de levante); y que dichos animales fueron vacunados con el lote No. 013 de dicho laboratorio.⁹

- Que según Acta de Sellado de Insumos Pecuarios, en fecha 1º de diciembre de 2000, un funcionario del Instituto Colombiano Agropecuario ICA - Regional Bolívar, se hizo presente en la Cooperativa Cárnicos del Sur para una inspección ocular en la que encontró que el medicamento AFTOLIMOR MK LOTE 013 de Licencia 4481 DB en cantidad de 18.400 dosis causó una reacción posterior a la vacunación y la muerte de 7 animales bovinos. Por consiguiente, se indicó en las observaciones que: *“Se realizó el sellado de 368 frascos de Aftolimor MK en presentación de 50 dosis, las cuales quedan en la cava de la Cooperativa Cárnicos del Sur – COMERCASUR todo el biológico sellado corresponde al Lote 013.”*¹⁰

- Que según Oficio No. 012 de fecha 4 de diciembre de 2000 el Jefe de la Oficina ICA Magangué¹¹, comunica al Veterinario del Proyecto Local Magangué – COMERCASUR, que atendiendo a la solicitud de visita en el predio “EL RAICERO” ubicada en la vereda de Yati del Municipio de Magangué (Bol), se encontró lo siguiente:

“1. Bovinos muertos: Cinco (5) vacas paridas, un ternero de levante y una (1) cría, ordené encerrar todos los animales de la finca, se le hizo una inspección general, encontrándose que dos (2) vacas todavía presentaban signos nerviosos e incoordinación de los movimientos y dificultad para levantarse.

En la necropsia presentaron órganos normales en cuanto al tamaño, pero el hígado presentaba una coloración muy pálida y los intestinos estaban

⁸ Ver folio 289

⁹ Ver folios 50 y 51

¹⁰ Ver folio 52

¹¹ Ver folios 53 y 54

completamente vacíos, dando la sensación de que los animales no ingirieron alimentos durante el día.

2. Se hizo un recorrido de la finca para indagar sobre presencia de malezas tóxicas, lo cual resultó nulo, o sea que lo único que se les hizo a los animales durante el día fue la aplicación de la vacuna de MK lote 013.

Los animales fueron vacunados a las 9:00 am y la muerte de estos comenzó a las 07:00 pm del mismo día.”

- Que en fecha 4 de diciembre de 2000¹² el Jefe de División de Insumos Pecuarios del ICA, comunica al Representante Legal de TECNOQUÍMICAS, que teniendo en cuenta las irregularidades físico-químicas presentada en el lote No. 013 de la vacuna AFTOLIMOR MK, se ha ordenado el sellado de las existencias de dicho lote.

- Que en fecha 5 de diciembre de 2000, el laboratorio LIMOR DE COLOMBIA LTDA, comunica al ICA – División de Insumos Pecuarios, que recoja todas las vacunas AFTOLIMOR MK LOTE 013 y las envíe a la cava de Limor; y que la que presente separación de fases sea destruida en coordinación con el ICA.¹³

- Que según oficio en copia autenticada de fecha 15 de diciembre de 2000, dirigido al Subdirector Técnico del Fondo Nacional del Ganado – FEDEGAN (sin constancia de recibo), suscrito por el Gerente de COMERCASUR, el Coordinador del Programa Agrosilvopastoreo, y el Coordinador del Proyecto Local Magangué de Fedegan; se realizan algunas consideraciones respecto del informe de visita efectuada a la finca El Raicero ubicada en la vereda Yati del Municipio de Magangué (Bol), de las cuales se destacan algunos apartes:

“3. En lo referente a los hallazgos de necropsia, todos conocemos que estos tóxicos interfieren en el proceso de oxigenación de la sangre; en el caso de ácido cianhídrico se produce una anoxia histotóxica que ocasiona congestión y hemorragia en tráquea, pulmones, hígado y riñones; en el caso de intoxicación por nitratos y nitritos, estos ejercen una acción cáustica directa sobre la mucosa digestiva, con la gastroenteritis consecuente, una metahemoglobinemia y los mismos hallazgos de la intoxicación anterior, en tráquea, pulmones e hígado; sin embargo, en el informe de necropsia del Dr. HERNANDO LARA de la Oficina Local ICA Magangué, manifiesta que

¹² Ver folio 287

¹³ Ver folio 286

“presentaron órganos normales en cuanto al tamaño, pero el hígado presentaba una coloración muy pálida”, sin que se reportara congestión, inflamación o hemorragia de ninguna índole. (...)

4. Extraña que en ninguna parte del informe se hable del cambio de coloración del biológico y su precipitación; somos lo suficientemente honestos para no atender contra el rigor científico, lanzando hipótesis temerarias al respecto, pero valdría la pena que se analizara en laboratorio, si este cambio de características físicas puso obedecer a algún tipo de contaminación, de pronto no en todo el lote, sino en algunos frascos, que a su vez pudieran ocasionar en algunos animales reacciones anormales o alergias tardías, y en nuestro caso la muerte de siete de ellos.

(...)

6. Igualmente en ningún momento se hace referencia a los casos de hipersensibilidad retardada, que es un aspecto que se puede presentar entre 8 y 24 horas después de la aplicación de un antígeno y que puede tener una duración hasta de 72 horas, situación que puede encajar frente al referente caso.

7. Todo lo anterior nos lleva a concluir que el diagnóstico, parte del supuesto de que todas las malezas de hoja ancha presentes en la finca tienen altos contenidos de nitrato y nitritos y de ácido cianhídrico, cuando, como ya se mencionó, en esta región, sólo el bejuco mataganado es el causante de mortalidad por este síndrome tóxico y no existe en la finca ni en sus alrededores; hablan además que hubo movilización, pero ésta fue a voluntad de los animales, en una distancia muy corta, y sin que los animales fueran arreados por vaqueros; los hallazgos de necropsia son también muy inespecíficos, pero la ausencia de congestión a nivel de órganos internos y de líquidos por los ollares y boca, nos aleja más de esa posible etiología, planteada por los profesionales de Limor. (...) (Subrayas fuera del texto)

- Que según Resolución No. 03513 de 26 de diciembre de 2000¹⁴, se ordena el decomiso del lote 013 de las vacunas AFTOLIMOR MK, Registro ICA 4481 DB de TECNOQUIMICAS S.A. y AFTOSAN Registro ICA 4749 DB de LIMOR DE COLOMBIA

¹⁴ Ver folio 60-61

LIMITADA. Según los considerandos de dicho acto administrativo, tal decisión se debió a lo siguiente:

“Que mediante oficio 12411 del 29 de noviembre del año 2000 la División de Insumos Pecuarios comunicó a la empresa LIMOR DE COLOMBIA LIMITADA que en algunas zonas del país el lote 013 presentaba separación de la emulsión y cambio en el color original del producto y se le concedió a la empresa un término de 5 días para hacer las aclaraciones pertinentes.

Que las anteriores alteraciones físico-químicas constituyen riesgo para la sanidad animal del país. (...)

Que las explicaciones presentadas por la empresa LIMOR DE COLOMBIA LIMITADA en los plazos estipulados no desvirtúan los hechos que motivaron el sellado y por tanto es procedente el decomiso.”

- La anterior resolución fue comunicada a Comercasur mediante Oficio No. 001 de fecha 6 de febrero de 2001, para sugerencia de prevención y control.¹⁵ y en fecha 7 de febrero de 2001, el ICA levantó Acta de Decomiso de Insumos.¹⁶

- Que mediante declaración recibida en el proceso, el señor Álvaro Palomino Luna, quien era matarife, compró al demandante un Torete cuando éste se encontraba achacado en el año 2001, razón por la cual lo pagó en \$700.000, que era la mitad del precio que costaba.¹⁷

- Que según declaración del señor Rafael España Luna, fue testigo presencial de la muerte de los animales de propiedad del demandante, pues afirmó tener un predio cercano al del demandante pues está dedicado a la ganadería; y que debido a lo ocurrido en el predio del actor desistió de solicitar la vacunación de sus animales.¹⁸

- Que según el testimonio del señor Uriel Esteban Sierra Zuleta¹⁹, médico veterinario responsable del área de diagnóstico de rumiantes del ICA, en cuyo relato manifiesta que de acuerdo con la necropsia practicada a los animales muertos, pudo descifrar que la muerte no correspondió a una anafilaxia o hipersensibilidad tipo uno, en donde los

¹⁵ Ver folio 62

¹⁶ Ver folio 64

¹⁷ Ver folios 106-107

¹⁸ Ver folios 117-119

¹⁹ Ver folio 57 a 60 cuaderno anexo Despacho Comisorio

órganos blanco del shock son el pulmón, el sistema cardiovascular, sistema digestivo y la piel, los cuales son hallazgos que son evidentes cuando hay un shock anafiláctico.

Agregó el declarante, que no estaba involucrado en el programa de erradicación de la fiebre aftosa sino que hacía parte del área de diagnóstico de esta enfermedad. Por lo tanto, aclaró el testigo, el concepto de **anafilaxia** así: *“es una reacción alérgica que también se le conoce con el término de hipersensibilidad tipo I es una reacción mediada inmunológicamente por una proteína denominada inmonoglobulina E reacción que afecta todo el organismo y que causa la muerte del animal si no se aplica un tratamiento, la reacción de hipersensibilidad tipo I es una reacción inmediata.”*

Además de lo anterior, precisó que: “la anafilaxia se produce cuando el organismo ha sido sensibilizado (expuesto) a un alérgeno que puede estar en un medicamento o en un alimento y cuando este organismo se le administra nuevamente ese medicamento o ese alimento para el cual ya estaba sensibilizado desencadena la reacción alérgica la cual se manifiesta clínicamente por un cuadro clínico llamado shock anafiláctico”.

Finalmente, adujo que las reacciones de hipersensibilidad son individuales, es decir que la condición de cada individuo predispone que se presente o no alergia; y que no se habían presentado casos que fueran atribuibles a defectos de la vacuna.

- Según la declaración rendida por el señor Benito Eugenio Gutierrez²⁰, quien se dedica a la producción de vacunas veterinarias, con énfasis en la vacuna de la fiebre aftosa, y quien para la época de su relato laboraba con el Laboratorio LIMOR, la muerte de los bovinos de propiedad del demandante se debió a un problema de toxicidad atribuible a maleza encontrada en el predio del actor. Acompañó el testigo con su relato, un informe²¹ realizado por el laboratorio fabricante, de la visita practicada en la Finca “El Raicero”, en el que se concluyó que: *“... el episodio ocurrió en una finca con problemas de malezas de hoja ancha y la muerte de los animales se presentó masivamente luego de que hubo movilización; los signos prodrómicos son todos compatibles con envenenamiento por plantas tóxicas, frecuentes en la región.”*

Debe destacar la Sala, que el anterior informe aun cuando fue aportado por el testigo válidamente, no se le dio el traslado a que se refiere el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil; y en esa medida, la anterior prueba, no pudo ser controvertida por la parte contraria, por lo que no podrá ser tenida en cuenta.

²⁰ Cuaderno anexo de Despacho Comisorio. Ver folios 61 – 65

²¹ Cuaderno anexo de Despacho Comisorio. Ver folios 71

De acuerdo con los hechos antes relacionados, y teniendo en cuenta que el título de imputación que se realiza en este caso es el de la falla probada, analizará la Sala los elementos de la responsabilidad, a fin de dilucidar el problema jurídico planteado.

i) El Daño

El daño antijurídico, entendido como la lesión a un derecho o bien jurídico o interés legítimo que el demandante no está obligado a soportar, se encuentra suficientemente acreditado con la muerte de los bovinos de propiedad del demandante, discriminados en cinco (5) vacas paridas, un (1) ternero de levante y una (1) cría; tal como fue señalado mediante informe rendido mediante Oficio No. 012 de fecha 4 de diciembre de 2000 suscrito por el Jefe de la Oficina ICA Magangué.²²

Ahora bien, el hecho de que se encuentre establecido el daño, no significa que el mismo de manera automática sea imputable fáctica y jurídicamente a la entidad demandada; motivo por el cual, la Sala abordará el respectivo análisis con miras a establecer si, en el caso concreto, se produjo la falla del servicio invocada en el libelo introductorio o, si por el contrario, el resultado no es atribuible a la entidad demandada.

ii) Falla del servicio

Con el fin de determinar la existencia o no de este elemento, es preciso analizar la normatividad que regula el Instituto Colombiano Agropecuario ICA, a saber:

La Ley 101 de 1993, en su artículo 65, consagra:

“ARTÍCULO 65. <Artículo modificado por el artículo 112 del Decreto 2150 de 1995. El nuevo texto es el siguiente:> El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por intermedio del Instituto Agropecuario, ICA, deberá desarrollar las políticas y planes tendientes a la protección de la sanidad, la producción y la productividad agropecuarias del país. Por lo tanto, será el responsable de ejercer acciones de sanidad agropecuaria y el control técnico de las importaciones, exportaciones, manufactura, comercialización y uso de los insumos agropecuarios destinados a proteger la producción agropecuaria nacional y a minimizar los riesgos alimentarios y ambientales que provengan del empleo de los mismos y a facilitar el acceso de los productos nacionales al mercado internacional.

²² Ver folios 53 y 54

*Para la ejecución de las acciones relacionadas con la sanidad agropecuaria y el control técnico de los insumos agropecuarios, el ICA podrá realizar sus actividades directamente o por intermedio de personas naturales o jurídicas oficiales o particulares, mediante la celebración de contratos o convenios o por delegación para el caso de las personas jurídicas oficiales. Para este efecto, coordinará las acciones pertinentes con los Ministerios de Salud y del Medio Ambiente y con las demás entidades competentes. (...)*²³

El Decreto núm. 2141 de 1992, que dispone en su artículo 3°:

“Artículo 3°. FUNCIONES. Son funciones del Instituto Agropecuario, ICA, las siguientes:

(...)

11. Ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos agropecuarios que constituyan un riesgo para la producción y la sanidad agropecuarias.

12. Adoptar, de acuerdo con la ley, las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el control de la sanidad animal y vegetal y la prevención de riesgos biológicos y químicos.”

Por otro lado, la Ley 395 de 1997 declara de interés social nacional, y como prioridad sanitaria la erradicación de la fiebre aftosa en todo el territorio colombiano y establece otras medidas encaminadas a este fin, dispuso en su artículo 6° como funciones del ICA, las siguientes:

“c) Realizar en forma permanente el diagnóstico etiológico de fiebre aftosa en el país;

d) Establecer la fecha de los ciclos de vacunación;

(...)

j) Controlar la calidad del biológico utilizado para la erradicación de la fiebre aftosa.”

De igual modo, el artículo 9° ibídem, dispuso:

“Artículo 9°. Del registro único de vacunación. La vigilancia y control de la vacunación estarán, a cargo del ICA. Las organizaciones de ganaderos y

²³ Subrayas fuera del texto

demás entidades autorizadas establecerán registros de vacunación en sus áreas de influencia bajo la supervisión del ICA y deberán informar de estos registros al ICA.”

Conforme con la normatividad citada, se precisa que al Instituto Colombiano Agropecuario ICA en ejercicio de su funciones, le corresponde ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos que constituyan un riesgo para la producción y la sanidad agropecuarias; en virtud de lo cual, debe realizar todas las acciones y disposiciones necesarias para la prevención, control, supervisión, en los productos destinados para la erradicación, y el manejo de las enfermedades de los animales.

En el *sub examine*, se acreditó que en fecha anterior a la vacunación realizada en el predio de propiedad del demandante, el ICA conocía de las irregularidades que había presentado la vacuna AFTOLIMOR MK del Lote No. 013 en algunos animales, en especial en la Costa Atlántica, donde incluso había producido la muerte de bovinos; y aún así no tomó las acciones necesarias para evitar que se continuara su aplicación teniendo la potestad legal para hacerlo.

Aunado a lo anterior, se demostró que tal situación le fue comunicada al Director Científico del laboratorio fabricante por parte del ICA aún antes de la fecha preestablecida para la campaña de vacunación en el Municipio de Magangué (29 de noviembre de 2000). Tal como se evidenció en aquella comunicación, el Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, indicó al Representante del laboratorio mencionado, que se había procedido al sellamiento de los frascos los cuales habían presentado cambios en el color original, o separación de la emulsión.

Lo anterior evidencia, que la entidad demandada conocía los posibles riesgos que ocasionaba la aplicación de la vacuna AFTOLIMOR MK del Lote No. 013, y aun así permitió que la Cooperativa COMERCASUR -a la que le había delegado la función de vacunación-, continuara con la jornada preestablecida, pese a las irregularidades que se venían presentando en otros sitios con tal implemento vacuno.

Por consiguiente, comparte la Sala la postura del juez de primera instancia, al declarar estructurada la responsabilidad de la entidad demandada y por consiguiente, la falla en el servicio; pues teniendo la autoridad para tomar las acciones tendientes a evitar que el

biólogo se siguiera aplicando, no lo hizo, provocando con tal omisión los hechos dañinos que ahora se reclaman.

Ahora, debe decir la Sala, que no es posible entrar a valorar la declaración del señor Uriel Esteban Sierra Zuleta, como lo pretende el recurrente; pues siendo el testigo empleado de la demandada, al indicar en su relato que no se habían presentado casos de hipersensibilidad o alergias que fueran atribuibles a defectos de la vacuna, se contradice con los propios documentos provenientes del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, en los que se manifiesta que debido a irregularidades presentadas con la vacuna, debían sellarse los frascos que la contenían. Lo anterior, se debió a que en algunos casos, había mostrado separación de la emulsión, y en otros, había presentado un cambio en su coloración; características estas detectadas en las muestras que produjeron reacciones adversas a las pretendidas con el Programa de Erradicación de la fiebre aftosa.

Tampoco es de recibo, la declaración del señor Benito Eugenio Gutiérrez, quien consideró que la muerte de los bovinos se debió a un problema de toxicidad atribuible a una alta presencia de maleza; pues acorde con el informe realizado por la inspección practicada en el predio del demandante, el cual fue suscrito por el Gerente de COMERCASUR, el Coordinador del Programa Agrosilvopastoreo, y el Coordinador del Proyecto Local Magangué de Fedegan, y dirigido al Subdirector Técnico del Fondo Nacional del Ganado – FEDEGAN en fecha 15 de diciembre de 2000; *“sólo el bejuco mataganado es el causante de mortalidad por este síndrome tóxico y no existe en la finca ni en sus alrededores”*.

Hay que destacar, que acorde con la citada Resolución No. 02667 del 25 de octubre de 2000, el Programa Nacional para la erradicación de la Fiebre Aftosa, estaba establecido por Fedegan, y que el mismo Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, había autorizado a COMERCASUR para que formara parte de la infraestructura técnica y administrativa de dicho programa; por lo tanto, a través de ellas se ejecutaría la campaña antiaftosa, lo cual impide que se desconozca el análisis que sus delegados realizaron en el anterior informe; toda vez que tales entidades eran conocedoras de la zona, y de la maleza a la cual eran vulnerables los bovinos del sector, la cual no fue encontrada en el predio del actor.

Los anteriores hechos, cobran aun más relevancia, al verificarse por la propia entidad demandada, el decomiso de la vacuna AFTOLIMOR MK del Lote No. 013, mediante

Resolución No. 03513 de 26 de diciembre de 2000²⁴, decisión que se justificaba en el hecho de que dicho producto había presentado una separación en la emulsión, y un cambio en la coloración, que había traído problemas incluso de muerte en otras zonas del país.

iii) Nexo causal

De acuerdo con lo antes expuesto, no existe duda para la Sala que la muerte ocurrida en los semovientes de propiedad del demandante, se debió a la falla en el servicio por omisión del Instituto Colombiano Agropecuario - ICA, quien conociendo las irregularidades que presentaba la vacuna AFTOLIMOR MK del Lote No. 013, no tomó las medidas necesarias para evitar que ésta se siguiera aplicando.

Más aun teniendo en cuenta que la muerte de los animales ocurrió pocas horas después de aplicada la vacuna, y ante la ausencia de otros alimentos que se comprobó en la necropsia practicada, así como la inexistencia de vegetación tóxica en la zona.

5.2. Conclusiones finales

Conforme con lo antes analizado, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, que declaró probada la falla en el servicio por parte del Instituto Colombiano Agropecuario – ICA, pues resultó acreditado que tal entidad omitió su deber legal de garantizar las jornadas de vacunación para la prevención de la fiebre aftosa, con la garantía de que el material vacuno empleado, cumpliera con los estándares de calidad que respondieran a los objetivos de la campaña antiaftosa creada por el Gobierno Nacional. Por tal motivo, se causó la muerte de los animales de propiedad del demandante, los cuales deberá indemnizar.

Comparte esta Corporación la postura del Juez *A quo* en reconocer únicamente la indemnización a la parte actora por los siete (7) bovinos que fallecieron el mismo día de la vacunación (30 de noviembre de 2000), pues el deceso de los que murieron con posterioridad no se acreditó que se debiera a la aplicación de la vacuna AFTOLIMOR MK del Lote No. 013. Igual suerte puede predicarse, de la pretensión a la indemnización por la venta de un torete que padecía de pérdida sexual, y que tuvo que

²⁴ Ver folio 60-61

venderse por un precio menor, ya que no se acreditó que tales consecuencias devinieran de la aludida jornada de vacunación.

También respalda la Sala, la condena en abstracto en esta ocasión, pues no existe prueba en el expediente que pueda establecer el valor del perjuicio causado al actor, ya que conforme lo dijo el Juez de primera instancia, tales daños solo pueden ser estimados por conocimientos técnicos, por lo que deberá liquidarse la condena conforme lo dispone el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo.

IV. LA DECISIÓN

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

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la providencia de fecha 31 de octubre de 2011 proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTANO

(Hoja de firmas: Sentencia de segunda instancia, proceso Rad No. 13001-23-31-003-2002-01504-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**
EDICTO N° 1226
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE GRUPO
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	CARMEN LUCIA PEREZ FANG
DEMANDANTE	: MORIS ANAYA LLORENTE Y OTROS
DEMANDADO	: NACION- RAMA JUDICIAL Y OTROS
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-004-2007-00127-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, 10 de Octubre de 2013

Magistrada Ponente (conjuer) : CARMEN LUCIA PEREZ FANG

Demandante: ANAYA LLORENTE MORIS y otros

Demandado: LA NACIÓN , RAMA EJECUTIVA, RAMA LEGISLATIVA, RAMA JUDICIAL, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO , DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA , FISCALIA GENERAL DE LA NACION , CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA .

Radicación: 13-001 -33-31-004-2007-00127-02

Referencia: Acción de Grupo

Procede la sala a resolver recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de fecha del 29 de julio de 2009, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTE

Demanda y tramite en primera instancia.

• LLA DEMANDA fue presentada el 14 de diciembre de 2006 .

• L.1 PRETENSIONES

" Condenar a 1- LA NACIÓN , 2- RAMA EJECUTIVA, 3.-RAMA LEGISLATIVA,4.- RAMA JUDICIAL,5.- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO ,6.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ,8.- FISCALIA GENERAL DE LA NACION 8 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA o a quien resulte responsable , a cancelar al grupo de demandante de indemnización compensatoria y moratoria y los perjuicios morales causados a los integrantes del grupo con la "omisión" o "el incumplimiento" de la obligación contenida en el PAPAGRAFO DEL ARTICULO 14º DE LA LEY 4 DE 1992 , QUE LE ORDENO AL Gobierno Nacional en cabeza del señor Presidente de la República, revisar el sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad, con efectos fiscales a partir del 1º de enero de 1993 y, por la discriminación odiosa e injustificada en que incurrió el presidente al expedir el Decreto No.610 de 26 de marzo de 1998, al excluir del esquema establecido para superar la desigualdad económica que existía entre la remuneración de los magistrados de las Altas cortes con respecto a los magistrados de los diferentes Tribunales, y de estos con los jueces del Circuito que existía entre los funcionarios y entre los empleados de la rama judicial, en cuanto que inobservados el claro mandato contenido en el párrafo del artículo 14 de la ley 4ª de 1992 , únicamente se superó la desigualdad reinante entre los Magistrados de las Altas Cortes con respecto a los Magistrados de Tribunales de Distrito, pero no la que existía y la que hoy existe con mayor profundidad entre estos y los diferentes jueces de la República y demás funcionarios y empleados y por ende con los empleados y funcionarios o servidores públicos de la Fiscalía General de la Nación, lo cual, obviamente, atenta contra los derechos de los funcionarios de menor rango, contra principios y derechos constitucionales, afectando de manera grave su propio bienestar y el de sus familias, indemnización que se solicita se decrete de conformidad a lo dispuesto en el ARTICULO 14 PARAGRAFO . - Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.

Señalar los requisitos que den cumplir los demás integrantes del grupo actor que no han estado presente en esta acción, a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente.

Condenar a la demandada al pago de las costas, incluidas las agencias en derecho correspondiente. Para ello, se tendrán en cuenta lo dispuesto en los numerales 5 y 6 DEL ARTÍCULO 65 DE LA LEY 472 DE 1968.

1.2 En apoyo de las pretensiones se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

Todos los actores que conforman el grupo demandante, son funcionarios o empleados de la rama judicial del poder público.

El congreso de la República, con fundamento en el artículo 150, numeral 19, literales e) y F) de la Constitución, expidió la ley 4ª de mayo 18 de 1992 "mediante la cual se señalan normas, objetivos y criterios que deban observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de los miembros del Congreso, y de la fuerza pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales y se dictan otras disposiciones"

El Gobierno Nacional, con fundamento en la ley 4ª de 1992, expidió el Decreto No.610 de 1998, por el cual creó una bonificación por compensación, con carácter permanente, a partir del 1º de enero de 1999, para, entre otros empleados, los Magistrados de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial,

Contencioso Administrativo, Nacional y superior Militar, a los Magistrados Auxiliares de la Corte Suprema de Justicia, La Corte Constitucional, y el Consejo Superior de la Judicatura, a los abogados Auxiliares del Consejo de Estado; a los Fiscales y Jefes de Unidad ante El Tribunal Nacional; a los Fiscales del Tribunal Superior Militar, los Fiscales ante el Tribunal del Distrito, y los Jefes de Unidad de Fiscalías ante El Tribunal de Distrito; excluyendo a todos los demás funcionarios y empleados de la rama judicial, inclusive a los jueces de la República.

A través del decreto 1239 de 1998, se adicionó el decreto 610 de 1998, extendiendo el beneficio laboral de la bonificación a otros cargos y excluyendo injustificadamente a los miembros del grupo actor.

Mediante decreto 2668 de 1998, el Gobierno Nacional derogó los decretos 610 y 1239 de 1998, profiriéndose luego el decreto 664 de 1999, que creó un nuevo sistema de bonificaciones por compensación, que en la práctica implicaba un porcentaje inferior del 60%,70% y 80% señalado en el Decreto 610 de 1998 con efectos fiscales a partir del 1 de septiembre de 1999.

El consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2001 expediente No.395 00, actor Pablo Julio Cáceres Corrales, Conjuez Ponente: Doctor Álvaro Lecompte Luna, declaró la nulidad del decreto No.2668 de 1998. Para la parte actora el Decreto 610 de 1998, en virtud de la declaración de nulidad del decreto No.2668 del mismo año y que lo había derogado, recobró su



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

vigencia con toda su integridad jurídica, por unidad de materia y eficacia normativa, con sus correspondientes efectos fiscales desde el 1 de enero de 1999 y en los porcentajes señalados en el decreto para ese año como para los subsiguientes.

La Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, ha pagado total o parcialmente a los magistrados de los diferentes Tribunales Superiores, los derechos laborales ordenados en los decretos señalados. Así mismo los diferentes Tribunales Administrativos ante acciones de nulidad y restablecimiento del derecho han ordenado a la nación a reconocer y pagar, a esos funcionarios, la prima de bonificación por compensación en sus diferentes porcentajes, durante los años 1999, 2000, 2001 y subsiguientes, sobre los ingresos que por todo concepto perciban los Magistrados de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Concejo Superior de la Judicatura y del Consejo de Estado.

Para el actor, siendo así las cosas debe concluirse que el Gobierno nacional al no aplicar la ley 4 de 1992, afectó y sigue afectando el equilibrio de la relación laboral que tiene con sus empleados, en especial de jueces civiles del circuito hacia abajo y demás funcionarios, cuyos salarios son inferiores a que los valores que devengan los Magistrados de los tribunales y de las altas cortes, configurándose una discriminación injustificada, causante de los perjuicios que reclama el grupo actor.

El perjuicio o daño reclamado por los actores, tratándose de obligaciones laborales de carácter salarial, por ser una obligación social del orden constitucional, el simple hecho de incumplimiento hace presumir la existencia del perjuicio y los medios de prueba que lo soportan son generales y colectivos, ya que sirven de soporte probatorio a todos los perjudicados, como es el caso de la corrección monetaria determinada por el IPC, las tasas de los intereses moratorios, etc.

Para los demandantes el daño emergente correspondería a los dineros dejados de percibir por ellos, a título de indemnización por los perjuicios causados, al asumir sus salarios sin la aplicación del parágrafo 14 de la ley 4 de 1992, es decir si habiéndose efectuado la revisión del sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial y de la Fiscalía General de la Nación, atendiendo criterios de equidad.

Por último, para el actor, se constituye por los intereses de mora adeudados, por no haber sido cancelada la obligación salarial de manera completa, es decir debidamente indexada, desde el día en que se debió efectuar sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad, desde el año 1993 hasta que el pago se realice (sic).

2. La demanda fue admitida el 17 de febrero de 2007 y notificada en debida forma.

Todos los jueces se declararon impedidos para su conocimiento, basados en la causal 1 del artículo 150 del CPC, ante estos impedimentos fue designado por el Tribunal administrativo de Bolívar Juez Ad-Hoc, mediante auto de 11 de octubre de 2007, hasta el 3 de noviembre de 2009. Mediante acuerdo PSAA09-6298 de 2009 y PSAA11-7889 del 28 de febrero de 2011 expedidos por el



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

Consejo Superior de la Judicatura fue creado Juzgado adjunto al juzgado 4 Administrativo, para el conocimiento de la presente acción.

3. Defensa.

3.1 El Departamento administrativo de La Presidencia de la República y/o El presidente de la República en el escrito de contestación alegó la acción de grupo no es la vía o mecanismo idónea para lograr el cumplimiento de una norma, cuyo desconocimiento se asegura les causa un perjuicio. Así mismo sostuvo que los hechos alegados apuntan a controvertir las motivaciones de los decretos por los cuales el Gobierno Nacional ha reconocido prestaciones económicas a algunos servidores de la rama y bajo ninguna circunstancia demuestran o conllevaría a afirmar que se les ha causado algún perjuicio que deba ser resarcido por los accionados.

Por su parte, la Nación - Rama Judicial se opuso a las pretensiones de la demanda puesto que en este caso lo que se pretende es el cobro de indemnizaciones laborales por la supuesta mora en el pago de unos ajustes salariales retroactivos y no se puede afirmar que se trate de pretensiones puramente indemnizatorias, por lo tanto no pueden ser reclamadas ejerciendo la acción de grupo, si no que, su reclamación corresponde hacerlas a través de otros mecanismos jurídicos tales como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en caso de que reclamen dicho aumento a su nominador y este se lo niegue y el otro evento sería ejercer la acción de cumplimiento contra el Presidente de la República en caso de que existiera una ley que le impusiera el deber de aplicar obligatoriamente el incremento reclamado. Igualmente, alega la defensa de la Nación - Rama Judicial que en la presente reclamación hay ausencia de repercusión social del daño, puesto que todos los reclamantes o por lo menos la gran mayoría laboran con la rama Judicial y tienen sus prestaciones y salarios "bueno" (sic), por lo que sus condiciones y las dimensiones las consecuencias del supuesto perjuicio, nunca podrían ser nefasta y por su poca repercusión e intensidad, nunca podrían llegar a considerarse como daño alguno, condición esta que no cumple el grupo demandante, por lo que tampoco podría prosperar la acción de grupo. Por último argumenta el apoderado de la Nación - Rama Judicial las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva o falta de representación, caducidad y prescripción.

La Fiscalía General de la Nación, alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva o falta de representación.

El Congreso, sostuvo que la acción que se estudia es improcedente contra el Congreso de la República, por carecer ella de personería jurídica, y a quien deben demandar no es a ellos si no a la Nación y además alega que de los hechos de la acción que se estudia, es imposible estructurar y llegara determinar perjuicio alguno causado por la Nación, por la supuesta no realización de actuaciones por parte del Gobierno nacional (expedición de decretos), por último alegó las excepciones de caducidad de la acción y prescripción.

Por su parte La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, alega la improcedencia de la acción de grupo, en tanto que lo que pretenden los accionantes mediante esta acción es el pago de una indemnización que denominan



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

“compensatoria”, pero que no tiene otra finalidad que el pago de los salarios y prestaciones sociales dejada de percibir y no una indemnización por perjuicios recibidos que repare el daño causado, igualmente alegó la caducidad de la acción y falta de legitimación en la causa, por no ser el Ministerio de Hacienda y crédito público nominador a quien se le pueda atribuir la indemnización de un daño presuntamente causado.

Departamento Administrativo de la Función Pública, La contestación de la demanda fue extemporánea.

4. Audiencia de conciliación, alegaciones, resolución de excepciones. La audiencia de Conciliación se llevó a cabo el 5 de agosto de 2011, se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio de las partes.

4.1. Resolución de excepciones. Las excepciones de Improcedencia de la acción, trámite indebido y caducidad, fueron resueltas mediante auto de 15 de abril de 2010, declarándolas no probadas.

4.2. Mediante auto de 22 de septiembre de 2010, se abrió el periodo probatorio y una vez concluida, el 30 de mayo de 2011 se corrió traslado para alegar de conclusión.

La parte demandante en sus alegatos reitera sus peticiones, con los fundamentos de hecho y de derecho manifestados en su demanda, insiste en que lo pretendido es el pago de perjuicios causados por los demandados y que no pretende el pago de acreencias laborales, civiles ni comerciales.

La parte demanda alegó así :

- La Nación - Congreso de la República (fl. 1394-1400)
- Departamento Administrativo de la Función Pública (fl. 571-591)
- Fiscalía general de la Nación (fl.1433-1437).
- En los alegatos de conclusión reiteró todos los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl.1451-1453)
- Los alegatos fueron presentados extemporáneamente el 21 de junio de 2011.
- Concepto del Ministerio Público (fl. 1456-1466).

El Agente del Ministerio Público solicita desestimar las pretensiones de la demanda. En cuanto a las excepciones, sostiene que la Rama Legislativa, Rama Judicial, la Fiscalía y el Consejo Superior de la Judicatura, no están legitimados en la causa

por pasiva, pues el régimen salarial, en lo que hace referencia a la expedición de los decretos ejecutivos que lo regulan, es de competencia exclusiva del Gobierno Nacional (art 115 C.P)

Sobre la naturaleza de las acciones de grupo, resalta su carácter indemnizatorio, a partir de lo cual, es necesario que lo que se pretenda con la demanda sea la



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

reparación de los perjuicios sufridos con el incumplimiento de tales obligaciones y no su declaración o reconocimiento. Bajo los anteriores supuestos se argumentó, que cuando la acción de grupo se ejerce con la finalidad de obtener la indemnización de perjuicios originados por la omisión o mora en el pago de acreencias laborales, resulta procedente, en tanto que lo pretendido no es el reconocimiento ni el pago de derechos laborales.

Respecto a la competencia para establecer el valor de la bonificación por compensación, precisó que le corresponde exclusivamente al Gobierno Nacional (art. 115 CP), por lo tanto, para establecer el valor legal de tales perjuicios debe establecerse previamente el valor del derecho legal, lo cual no es competencia del Juez de acción de grupo, por tratarse de una acción indemnizatoria, en la que el fallador debe limitarse a verificar la existencia del hecho dañoso y el valor del mismo.

I. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA:

Respecto de la excepción de merito propuestas de falta de legitimación en la causa por pasiva propuestas por el Ministerio de Hacienda y Fiscalía, el despacho consideró que es indispensable analizar si es posible o no, la imputación o atribución de hechos o deberes a los demandados en cuyo incumplimiento se funda la pretensión resarcitoria, por lo cual habría que verificar si los demandados sería responsables por la omisión que se les imputa, siendo que, para el despacho se evidencia que sí existe una relación real entre la omisión que fundamenta la demanda y las funciones del Ministerio de Hacienda. Por ende de proferirse una eventual condena contra la Nación, cabría su representación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para lo cual habrá que verificarse si es responsable por la omisión que se le imputa. Por lo tanto la excepción no prospera.

En cuanto a la Fiscalía, para el despacho tampoco procede la excepción planteada, por cuanto de proferirse una eventual condena, podría vincularse al cumplimiento de la misma de acuerdo a la responsabilidad que se encuentre probada, toda vez que le corresponde solicitar al gobierno los traslados dentro de los respectivos programas presupuestales de la Fiscalía General de la Nación y las adiciones presupuestales que considere pertinentes de conformidad con las normas generales del presupuesto.

En cuanto a la Prescripción y a la excepción de inexistencia de las obligaciones de la demanda, se resolvieron con el fondo del asunto, y para el despacho, la primera solo sería procedente para el despacho si las pretensiones prosperaran, puesto que esta afecta el derecho y no el ejercicio de la acción.

Respecto a la improcedencia de la acción, el despacho considera que no tiene vocación de prosperar, por no haberse tramitado la demanda, en ejercicio de la acción de cumplimiento de que trata el artículo 87 de la C.P, puesto que lo pretendido por la presenta acción, no es el cumplimiento del parágrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992, si no la indemnización por compensación moratoria, cuyo origen se cimenta en la omisión de un deber. En este orden de ideas, para el despacho, de encontrarse configurada la omisión, y hallarse probados los elementos de la responsabilidad atribuible al Estado, por la cual sea declarado administrativamente responsable, será procedente establecer la indemnización por



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

compensación moratoria sin limitación alguna, más que la demostración del daño antijurídico, cierto y consolidado, por parte del grupo .

El despacho negó las pretensiones de la acción , argumentando que la conducta que se le indilga a los accionados como omisión , si bien está contemplada como imperativo en el parágrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992, no ocurre lo mismo con los criterios o forma, como se deben hacer la revisión del sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la rama judicial .

Así mismo , consideró , que los decretos 610 y 1239 de 1998 no violan el principio de igualdad, porque la proporción existente entre el régimen salarial de los servidores públicos que se benefician con la bonificación , no es producto de la aplicación del criterio de comparación matemática predicable de toda la escala salarial de la rama judicial , por el simple hecho de pertenecer a la misma , si no que parte de la relación objetiva existente entre las funciones asignadas a quienes desempeñan los cargos, para los cuales se crearon las respectivas bonificaciones ; por lo que, el trato diferente establecido para los beneficiarios de las bonificaciones respecto a los demandantes , no es discriminatorio, ni vulnera la Constitución Política, por ser objetivo y razonable .

Por último , estima el a quo , respecto a los cargos de ilegalidad planteados , considera que este no es el escenario , pues esto implicaría el desbordamiento de las competencias del juez de acción de grupo, propios del juez Contencioso administrativo , en ejercicio de la acción de nulidad.

II RECURSO DE APELACIÓN

El actor en escrito del 12 de agosto de 2011 interpuso recurso de apelación contra el auto que negó las pretensiones la demanda, el cual fue concedido en auto del 30 de agosto de 2010.

Argumenta el recurrente, que la acción de grupo que se escogió , es la adecuada , que la acción de grupo es la que corresponde, esta sí es legal, no busca el pago de acreencias laborales, no busca el pago de acreencias civiles, y no busca el pago de acreencias comerciales , lo que el busca y/o persigue es la reparación de un perjuicio por un daño común ocasionado a un número plural de personas, lo que ellos buscan es el pago de la indemnización de perjuicios causados a los Jueces del Circuito y de ahí para abajo en rango, grado y cargo de los demás servidores públicos de la Rama Judicial y Fiscalía General, todos esos perjuicios, según el actor, derivados, por los salarios de unos son muy bajos. Muy desiguales, muy desproporcionados, muy bajos respecto a los Magistrados de Tribunales y Cortes, y no se aplica el principio universal de : a trabajo igual salario igual .

Menciona el apelante que no se cumplió, por parte del Gobierno nacional lo estipulado en el artículo 14 de la ley 4 de 1992, al no ser revisado el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la rama judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad, es decir nada se dijo respecto a los demandantes. Hace una relación de los incrementos que han tenido los sueldos de los magistrados de las altas cortes y de los demandantes y afirma que la aplicación de los aumentos de que tratan los decretos 3131 de 2005, 2460



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

de 2006 no se tuvieron en cuenta los criterios de equidad para hacer la nivelación que se les hizo a los demandantes en los mencionados decretos.

Concluye que el demandado debe responder por vulnerar la confianza legítima, por expedir leyes violatorias de las normas internacionales y comunitarias y que el estado es responsable por la comisión legislativa constitucional.

Finalmente solicita que se le amparen los derechos fundamentales, de los derechos a la nivelación, al salario justo, a la equidad, a la igualdad, a las garantías constitucionales, y muchos otros y que se le condene a las demandadas en todas las peticiones o pretensiones de la demanda.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA .

- Por auto del 24 de octubre de 2011 se admitió recurso de apelación folio 1576- cuaderno 2 .

- Por auto de 07 de diciembre de 2011 se corrió traslado para alegar . Folio 1588 - cuaderno 2 .

- El demandante y dos de los demandados – LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL y LA NACIÓN - CONGRESO DE LA REPÚBLICA hicieron uso de estos derechos , El Ministerio Público desistió de emitir concepto, folio 1613 cuaderno 2 .

Alegatos de la segunda instancia :

El demandante, repite los fundamentos de hecho y de derecho de sus pretensiones .

El apoderado de la NACIÓN - RAMA JUDICIAL, reitera su oposición a las pretensiones de la demanda y los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, resaltando especialmente que, dentro de esta acción : *" no se demostró que existiera un perjuicio susceptible de ser indemnizado por la mera existencia de los decretos 610 de 1998 y 1239 de 1998 , pues la asignación salarial de los empleados de la rama judicial no dependen de la mera comparación matemática y que por el contrario la ley ordena al Gobierno nacional efectuar la nivelación salarial de este tipo de empleados, atendiendo criterios equidad dejando al entender de esa entidad su correcta aplicación, sin que la norma establezca cuales o que se debe entender por ellos; sin que pueda bajo ninguna circunstancia, el juez de la acción de grupo , arrogarse tal facultad"* .

Por su parte el apoderado de la NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, destacando entre otros aspectos que :

" En cuanto a la prueba de la existencia del daño , por regla general , la víctima debe demostrar la existencia del perjuicio de la cual reclama su indemnización , por cualquiera de los medios probatorios , y en este caso que nos ocupa, el actor nunca pudo probar el daño por parte del Congreso de la República, elemento esencial de la responsabilidad, por lo tanto si no se demuestra el daño individualmente considerado, la demanda por ausencia de este requisito no esta llamada a prosperar " .



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN

- Todos los Magistrados del Tribunal Administrativo de Bolívar se declararon impedidos para conocer del recurso de apelación de la sentencia de 29 de julio de 2011, basados en la causal 1 del artículo 150 del CPC, ante estos impedimentos fueron designados por el Tribunal Administrativo de Bolívar CONJUECES, mediante auto de 16 de abril de 2013, para el conocimiento de la presente recurso.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia recurrida será confirmada, dado que no se acreditó el daño antijurídico sufrido por el grupo demandante imputable a la accionada con ocasión de la no nivelación salarial reclamada, por la no aplicación del parágrafo del artículo 14 de la ley 4 de 1992.

Para resolver el recurso se tratarán en su orden las siguientes cuestiones:

I. En relación con la naturaleza de la acción de grupo. Según lo establece el art. 88 de la Constitución Política y desarrollada por la ley 472 de 1998, la acción de grupo tiene un carácter reparatorio. Así lo dice el art. 3 de dicha ley, reiterado por el artículo 46 cuando señalan que ésta, se ejercerá exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios. (ver sentencia del 20 de junio de 2002, expediente: AG-17001233100020020079-01). No obstante que en dicha ley se fijó un número mínimo de 20 personas para formular la acción de grupo, lo que se pretende proteger con esta acción es el interés de un número plural de personas, en consideración a sus condiciones y dimensión, tal como lo ha destacado la Corte Constitucional, en sus reiterados pronunciamientos:

"Ahora bien, el inciso segundo del citado artículo 88 de la Carta prevé otro mecanismo de sustancial importancia dentro del campo de las garantías judiciales de los derechos de las personas, conocido como las Acciones de Clase o de Grupo. Estas, igualmente regulables por la ley, no hacen referencia exclusiva a los Derechos Constitucionales Fundamentales, ni solo a los Derechos Colectivos, pues también comprenden a los Derechos Subjetivos de origen constitucional o legal y necesariamente suponen la existencia, reclamo y demostración de un perjuicio o daño causado y cuya reparación se puede pedir ante el juez; empero, exigen siempre que este daño sea de los que son causados en ciertos eventos a un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios. El acceso a la justicia es también en estos casos preocupación fundamental del constituyente, que al consagrarlos da nuevas herramientas a la sociedad para la protección de los derechos de las personas en sus distintos ámbitos, y a esta hipótesis de protección judicial de los derechos se hace referencia también con el propósito de promover su entendimiento y su ejercicio." (Subrayas fuera del original).

¹ Sentencias T-528 de 1992, SU-007 de 1993, C-215 de 1999 y C-1062 de 2000



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISION

Conviene valorar en cada caso la procedencia de la acción de grupo, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la ley 472 de 1998; es decir, siempre que de las circunstancias se derive una especial dificultad o inconveniencia para lograr la comparecencia de todos los miembros del grupo al proceso, se entiende cumplido este requisito. Lo más juicioso es definir en cada caso si se configura o no un grupo legitimado para intentar la acción, teniendo el cuidado de revisar de que no se trate de una simple acumulación subjetiva de pretensiones.

Por lo que la acción de grupo no puede equipararse a una acción en la que simplemente se acumulen las pretensiones de por lo menos 20 demandantes, si esta además no alcanza los objetivos que ha trazado la ley y que la jurisprudencia de la corte Constitucional ha reafirmado, no podría ejercerse.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-1062 del 16 de agosto de 2000, ha determinado los principales objetivos que se pretende alcanzar al estatuirse esta clase de acciones y sin los cuales la acción de grupo perdería su esencia y no sería factible su ejercicio:

1. *La economía procesal, ya que en muchos casos de estos existen miles o incluso millones de individuos cuya tutela procesal a través de los mecanismos judiciales ordinarios sería muy difícil o imposible de lograr.*
2. *Al emitir una única decisión frente a una multitud de controversias se evitan fallos contradictorios y por contera se obtiene la realización del derecho a la igualdad, porque hará posible "garantizar el resarcimiento de aquellos perjuicios bajo el entendido de que a igual supuesto de hecho, igual debe ser la consecuencia jurídica".*
3. *Permitir el acceso a la justicia de los asuntos de pequeña cuantía (small claims) que no se reclamarían a través de las acciones ordinarias porque el beneficio no justificaría el costo y tiempo que las mismas demandan. Así mismo, la posibilidad de obtener, al menos en parte, el restablecimiento de su derecho es más real, pues los bienes del demandado no se verán afectados por los demandantes que primero iniciaron la acción sino que se destinarán a cubrir la indemnización del grupo, a prorrata de sus daños y hasta donde su cuantía alcance.*
4. *Finalmente se señala que la acción no solo representa beneficio para los actores sino también para el demandado, pues debe atender a un único proceso y no a una multiplicidad significativa de estos.*

En este asunto, se trata un número plural de personas que tienen un interés común que consideran que una misma causa les está causando un perjuicio, intentando esta reclamación conjunta aplican el principio de economía procesal, con esta acción todos sus integrantes tiene acceso a la administración de justicia. Ahora, veamos si al grupo le asiste razón en sus peticiones:

² Sentencia de la Corte Constitucional C-1062 del 16 de agosto de 2000

³ "Esto supone un inconveniente para el perjudicado como individuo, sin embargo, protege al perjudicado como colectivo ("no se cobra todo, pero todos cobran") lo cual es, a fin de cuentas, más justo a la par que "evita" una competición ante los tribunales para obtener una sentencia estimatoria antes" CARLOS DE MIGUEL PERALES *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente* Madrid, Ed Civitas, 1997 2ª ed. Pág. 317



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

II. En el caso concreto, los accionantes pretenden la indemnización por los perjuicios compensatorios, moratorios y morales, sufridos por los jueces, fiscales y demás empleados de la Rama Judicial que no fueron beneficiados con la bonificación establecida mediante decretos 610 y 1239 de 1998, en cumplimiento de lo previsto en el parágrafo del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, que le ordenó al Gobierno Nacional revisar el sistema de remuneración de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad.

El Juzgado Adjunto Cuarto Administrativo de Cartagena consideró negar las pretensiones de la demanda toda vez que el desarrollo del artículo 14 de la ley 4 de 1992 corresponde al Gobierno Nacional, quien es el que debe realizar la nivelación salarial de que trata ese artículo, con sujeción a una serie de objetivos y criterios que solamente puede establecer de manera concreta el ejecutivo y bajo ninguna circunstancia otra autoridad puede arrogarse la potestad de definirla, en este caso el juez de la acción de grupo y menos puede el juez de acción de grupo entrara a hacer la verificación de la correcta o incorrecta aplicación de esa norma por parte del Gobierno Nacional .

Para la sala es evidente que, coincidiendo con el a quo, no puede, en este evento el juez de acción de grupo arrogarse la potestad de definir los valores de los aumentos que el Gobierno Nacional está obligado a reconocer en virtud de la norma mencionada, por lo que le resulta imposible determinar cuál sería la indemnización de perjuicios por la mora en el pago de un incremento salarial. Máxime que los accionantes en su demanda no mencionan ni cuantifican cuales serían los perjuicios que se les causó o causa con el incompleto y/o desfavorable aumento que se les hizo y/o no se les ha hecho.

Por lo que, para el despacho es claro que, en el fondo lo que se busca con la demanda presentada es, el pago de acreencias laborales que, según los demandantes, el Gobierno Nacional está obligado a reconocer en virtud de la norma mencionada. Por lo tanto, la satisfacción de las reclamaciones planteadas por los actores en su demanda corresponde al ámbito típico propio del derecho administrativo laboral individual y no, a la de las acciones de grupo, correspondiéndole a los accionantes utilizar otro medio de defensa para satisfacer esta clase de pretensiones; aunque los afectados sean muchos y aunque el trámite de una sola demanda, pueda satisfacer los principios de economía procesal, igualdad en las decisiones y facilidades para el demandado. Es necesario que lo que se pretenda con la demanda sea la reparación de los perjuicios sufridos con el incumplimiento de tales obligaciones y no su declaración o reconocimiento, como ocurre en este asunto.

Respecto a la indemnización de perjuicios que se persiguen con esta acción , es importante destacar que :

"...en la Sentencia C-1062 de 2000, la Corte Constitucional tuvo oportunidad de precisar i) que "la acción de clase o de grupo se configura a partir de la preexistencia de un daño que se busca reparar pecuniariamente y en forma individualizada, por todos aquellos que se han visto afectados", y ii) que su ejercicio "está sometido a unos requisitos sustanciales específicos, en cuanto a la legitimación activa y pasiva de la acción, la determinación de



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DECISIÓN

la responsabilidad que se pretende determinar y el objeto que pretende proteger". Expuso la Corte al respecto, en la misma providencia anotada, que legitimación activa en las acciones de grupo radica en "las personas que se han visto afectadas en un interés jurídico", obligadas a "compartir la misma situación respecto de la causa que originó los perjuicios individuales y frente a los demás elementos atribuibles a la responsabilidad". Esto último entendido en el sentido de que "el hecho generador del daño sea idéntico, que ese hecho haya sido cometido por el mismo agente, o sea referido a un mismo responsable, y que exista una relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el perjuicio por el cual el grupo puede dirigir la acción tendiente a la reparación de los perjuicios sufridos".

En este caso para que el pago de la indemnización sea viable, la función del juez debe limitarse a verificar la existencia del hecho dañoso y el valor del perjuicio sufrido, pero, nunca entrar primero a determinar un derecho que el órgano competente para ello, aún no ha concretado y luego a determinar si hay derecho a indemnización o no, actuaciones estas vedadas para el Juez de acción de grupo.

Para reclamar el pago de perjuicios, no basta únicamente que se afirme, por parte de los actores, que se tiene derecho a estos, Sobre el particular el tratadista JUAN CARLOS HENAO, manifiesta en su libro EL DAÑO pag 36, que " *Si no hubo daño o no se puede determinar o no se puede evaluar, hasta allí debe llegarse, todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultaría necio e inútil* "

De las afirmaciones hechas por los accionantes, es decir la mala aplicación del artículo 14 de la ley 4 de 1992, no se puede inferir el daño efectivamente causado a ellos por los demandados, por lo que para determinar el valor de los supuestos perjuicios reclamados por los accionantes, tocaría establecerse previamente el valor del derecho legal (valor del aumento que le correspondería efectivamente a cada demandante), lo cual no es competencia del juez de la acción de grupo, por tratarse de una acción indemnizatoria, como ya se señaló, en la cual el juez debe limitarse a verificar la existencia del hecho dañoso, el nexo causal y el valor del perjuicio sufrido y no a declarar un derecho que el órgano competente (Gobierno Nacional) no ha concretado así. Para establecer que se tiene derecho a indemnización de perjuicios es fundamental demostrar que sea un hecho cierto, consolidado y subsistente, que comprometa la responsabilidad de los demandados, presupuestos estos que no se cumplen en el presente caso.

Observamos que en la demanda no se especifica cuál es el daño antijurídico, ni su prueba, ni su valor, en el que incurren los accionados, por tanto quien no ha sido dañado no tiene porque ser favorecido con una condena.

Como se señaló antes, la acción de grupo tiene naturaleza exclusivamente reparatoria. A través de esta acción sólo pueden resolverse las demandas dirigidas a obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios sufridos por un número plural de personas, que por "sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidas con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios". El perjuicio sufrido debe provenir de una misma causa y el número de afectados debe ser tal que haga impracticable, aunque no imposible, la integración del litiscorsorcio.



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

Por eso, es claro que esta acción privilegiada y de rango constitucional no constituye una simple acumulación subjetiva de pretensiones de al menos 20 demandantes, requisito este que si cumple el presente caso, pero que lo que busca no es que se le paguen unos perjuicios causados por los demandantes, si no, que, como ya se dijo lo que pretenden es el pago de unos aumentos laborales que el Gobierno Nacional no ha hecho o ha hecho mal, según las afirmaciones de los demandantes.

De tal manera que pretensiones orientadas a obtener el pago de obligaciones civiles, comerciales, laborales o de cualquier otra naturaleza, no pueden proponerse a través de la acción de grupo, aunque los demandantes sean muchos; es necesario que lo que se pretenda con la demanda sea la reparación de los perjuicios, efectivamente, sufridos con el incumplimiento de tales obligaciones y no su declaración o reconocimiento; que es lo que en últimas pretenden los demandantes en esta acción.

Aunque el apoderado de los demandantes, en su apelación, afirme que, en este caso no se persigue el reconocimiento de derecho laboral alguno y, por el contrario, sus pretensiones son neta y absolutamente indemnizatorias, dirigida a obtener el reconocimiento de los perjuicios que se han causado a los demandantes con el incumplimiento del artículo 14 de la ley 4ª de 1992, veamos realmente que, lo que se pretende con esta acción es el cobro de un derecho a un aumento laboral que ellos consideran se les ha liquidado mal, porque a ellos se les aumentaron sus sueldos con un porcentaje inferior al aumento que les hicieron a los Magistrados de las altas cortes. El Consejo de Estado se ha Pronunciado, reiteradamente, sobre este asunto así .

"Advierte la sala que, la ley 4ª de 1992 es una ley marco o cuadro (art. 150-19 Constitución Política), mediante la cual se faculta al legislador para definir el régimen salarial y prestacional de los empleados del sector público, incluidos los funcionarios de la rama judicial. Esta clase de leyes constituye una forma de colaboración armónica de los poderes públicos, en las cuales el legislador señala los objetivos y criterios de la regulación y el ejecutivo adecua esas reglas a las necesidades, tal como lo señaló la Corte Constitucional:

"Las leyes marco, son una técnica legislativa que partiendo de la colaboración armónica de los poderes públicos, organiza una concurrencia entre el poder legislativo y el poder ejecutivo, de manera que el primero dictará normas generales y señalará objetivos y criterios, y el segundo adecuará las anteriores materias a las necesidades de ejecución mediante decretos reglamentarios que deben someterse a aquellas. La flexibilidad exigida en este tipo de funciones, sumada a las exigencias casuísticas y extremas de la regulación que debe ordenarlas, ha justificado la adopción de la mentada técnica legislativa; pero no puede entenderse ésta como un privilegio legislativo del Gobierno sobre el órgano legislativo, el cual conserva la competencia para avanzar en la elaboración de las leyes marco

¹ Así lo consideró la Corte Constitucional en sentencia C-276 de 1996, mediante la cual resolvió la demanda de inexecutableidad formulada contra los artículos 14 y 15 de dicha ley



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

*hasta el detalle, fijando objetivos y criterios que según la generalidad propia de ese tipo de leyes puede ser de mayor o menor alcance*⁸.

De lo expuesto se puede concluir que los decretos ejecutivos necesarios para reclamar los derechos pretendidos son de exclusiva competencia del Gobierno Nacional, y bajo ninguna circunstancia le es dable al juez de acción de grupo entrar a asumir competencias que ni la constitución ni las leyes le han otorgado, al respecto el Consejo de Estado al resolver un caso similar al que nos ocupa, se pronunció así:

"...En consecuencia, si bien el legislador creó en el artículo 14 de la ley 4ª de 1992 una prima a favor de los funcionarios de la rama judicial, incluidos los jueces⁹, corresponde al Gobierno Nacional establecer el valor de dicha prima atendiendo criterios de necesidad. No puede en tal evento el juez arrogarse la potestad de definir tales valores, en los términos señalados en la demanda al fijar el valor del perjuicio compensatorio "en los mismos porcentajes aplicados a la remuneración de los magistrados de tribunal, esto es, el 60% para 1999, 70% para el 2000 y el 80% para el 2001 en adelante", pues esto implicaría usurpar funciones que no se le han atribuido." 25000-23-24-000-2003-014553-01(AG).

Vemos que, como la prima establecida a favor de los jueces y demás empleados de la Rama Judicial, fue creada mediante la ley 4ª de 1992, es al Gobierno Nacional a quien le corresponde establecer su valor de acuerdo a criterios de necesidad, y si algún ciudadano considera que esos decretos son ilegales o injustos, la acción de grupo no es el medio de defensa para su inaplicación.

En cuanto a la afirmación que hace el apoderado de los accionantes que lo pretendido con su acción es la reparación de un perjuicio por un daño común a un número plural de personas derivados de la diferencia desproporcionada de salarios respecto a los Magistrados de Tribunales y Cortes, y la falta de aplicación del principio universal de "a trabajo igual Salario igual", cabe recordar lo que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha dicho:

"En reiterada jurisprudencia emanada de ésta Corporación¹⁰, se ha señalado que el derecho a la igualdad, preconizado por el artículo 13 de la Carta Política, no plantea una igualdad matemática, sino una igualdad real, que busca un trato igual a las personas que se encuentran bajo unas mismas condiciones, y que justifica un trato diferente sólo cuando se encuentran bajo distintas condiciones.

Con base en este derecho fundamental contenido en la Carta Política es que se ha dado desarrollo al principio de "a trabajo igual, salario igual".

⁸ Sentencia C-108 de 1994

⁹ Dicha norma establece "Artículo 14 El Gobierno Nacional establecerá una prima no inferior al 30% ni superior al 60% del salario básico, sin carácter salarial para los Magistrados de todo orden de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y Contencioso Administrativo, Agentes del Ministerio Público delegados ante la Rama Judicial y para los Jueces de la República, incluidos los Magistrados y Fiscales del Tribunal Superior Militar, Auditores de Guerra y Jueces de Instrucción Penal Militar, excepto los que opten por la escala de salarios de la Fiscalía General de la Nación, con efectos a partir del primero (1o) de enero de 1993. Párrafo Dentro del mismo término revisará el sistema de remuneración de funcionarios y empleados de la Rama Judicial sobre la base de la nivelación o reclasificación atendiendo criterios de equidad"



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

Es por esto, que no se puede dar un trato discriminatorio entre trabajadores, que cumpliendo una misma labor con las mismas responsabilidades, sean objeto de una remuneración diferente. Al respecto cabe señalar que no se puede dejar en manos del mismo empleador, la posibilidad de que éste desarrolle criterios, subjetivos, amañados y caprichosos que pretendan justificar un trato discriminatorio entre trabajadores que desarrollan la misma actividad. En este sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-079 del 28 de febrero de 1995, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, señaló lo siguiente:

"Es obvio que la discriminación salarial atenta contra la IGUALDAD como derecho fundamental constitucionalmente protegido e inherente a la relación laboral. Lo cual implica, en principio, que habrá discriminación cuando ante situaciones iguales se da un trato jurídico diferente, por eso se proclama el principio A TRABAJO IGUAL SALARIO IGUAL.

"(...).

Dentro del expediente, no existe prueba que funcionarios -DEMANDANTES, que pertenezcan a un mismo nivel jerárquico, con funciones iguales estén recibiendo un salario diferente (inferior) al que recibe otro funcionario en sus mismas condiciones, es decir que dos funcionarios de la misma categoría, grado y que esté realizando las mismas actividades, reciban trato diferente, por parte de los demandados, en cuanto a su asignación salarial.

Como este hecho no se demostró en el expediente, no podría el Juez de acción de grupo declarar que los demandados, con su proceder están violando a los accionantes el principio de derecho que dice que "a trabajo igual salario igual", por lo que tampoco cabría decretar en contra de los demandados y a favor de los demandantes condena alguna, por este razón.

Por último, entrar a definir si los porcentajes establecidos por la autoridad competente, en los decretos 610 y 1239 de 1998 son legales o ilegales, justos o injustos, tampoco es factible mediante acción de grupo, puesto que como se ha venido repitiendo la acción de grupo es una acción netamente indemnizatoria, en la cual se busca el resarcimiento de un perjuicio concreto causado por el demandado a los accionantes, actuar de manera diferente sería desbordar las competencias del Juez de la acción de Grupo, para entrar a usurpar las competencias propias del Juez Contencioso Administrativo, en ejercicio del medio de control de nulidad, por lo cual el escenario idóneo para enjuiciar la legalidad o no de una norma que establece porcentajes de aumento de sueldos de los empleados de la rama judicial o de otra rama no es la acción de grupo.

Por lo anterior, se confirmará la providencia impugnada.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

RESUELVE:

CONFIRMASE la Sentencia de fecha del 29 de julio de 2009, proferida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

NOTIFIQUESE CUMPLASE Y DEVIÉLVASE



CARMEN LUCIA PEREZ FANG
Conjuez Ponente

NESTOR OSORIO MORENO
Conjuez
(IMPEDIMENTO)



GERMAN GUTIERREZ FRIAS
Conjuez



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR
SALA DE DECISIÓN

Cartagena de Indias D., T. y C., 10 de octubre de 2013

Clase de acción: Acción de Grupo

Radicación : 13-001 -33-31-004-2007-00127-02

Demandante : ANAYA LLORENTE MORIS y otros

Demandado : LA NACIÓN, RAMA EJECUTIVA, RAMA LEGISLATIVA, RAMA JUDICIAL, MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PÚBLICO , DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA , FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN , CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA .

CONSIDERACIONES

En atención a lo manifestado por el Dr. NESTOR OSORIO MORENO , en sala de fecha 8 de octubre de 2013, procede la Despacho a resolver sobre la aceptación del impedimento manifestado por el conjuer Dr. Néstor Osorio Moreno en sala de conjueres , cuyo fundamento fáctico se hace consistir en que tiene relación de parentesco en el cuarto grado de consanguinidad con los señores ALFREDO MORENO DIAZ, MILEYDIS OLIVEROS OSORIO Y JUAN CARLOS OLIVEROS OSORIO, quienes laboran como Juez Séptimo Administrativo de Cartagena , Juez Doce Civil Municipal de Cartagena y empleado del Juzgado Doce Civil Municipal de Cartagena , respectivamente , quienes pertenecen a la Rama Judicial , parte demandada dentro de este asunto y ellos a su vez son parte demandante , por tanto tendrían interés directo e indirecto en las resultas del proceso .

Para efectos de resolver asunto que nos ocupa, la sala abordará el análisis de la causal alegadas, de la siguiente manera:

- **Numeral 1º, artículo 150 C.P.C.**

"1. *Tener el juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil interés directo o indirecto en el proceso .*

Analizados los fundamentos fácticos aducidos por el conjuer Dr. Néstor Osorio Moreno, observamos que, entre él y los señores ALFREDO MORENO DIAZ, MILEYDIS OLIVEROS OSORIO Y JUAN CARLOS OLIVEROS OSORIO, existe el parentesco de que habla la norma mencionada. Igualmente está demostrado que los señores ALFREDO MORENO DIAZ, MILEYDIS OLIVEROS OSORIO Y JUAN CARLOS OLIVEROS OSORIO, laboran en la rama Judicial y tienen interés en el resultado del presente asunto.

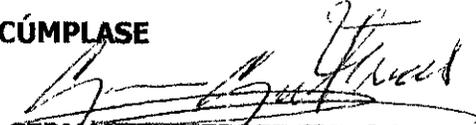
La anterior razón se considera válida y ajustada a la causal invocada, en consecuencia, aceptará esta sala el impedimento manifestado por el Dr. Néstor Osorio Moreno, con fundamento en ella. En mérito de lo expuesto, la sala resuelve:

PRIMERO: Aceptar el impedimento invocado con fundamento en el numeral 1 del artículo 150 del C.P.C., por el Dr. Nestor Osorio Moreno, Conjuer dentro del asunto en referencia.

SEGUNDO: Continuar con el conocimiento del proceso de la referencia.


CARMEN LUCIA PEREZ FANG
Conjuer-ponente

CÚMPLASE


GERMAN GUTIERREZ FRIAS
Conjuer

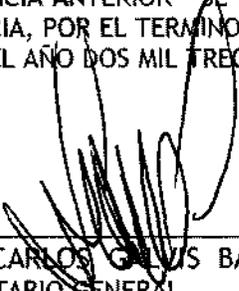


TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
EDICTO N° 1227
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	MARCELA DE JESUS LOPEZ ALVAREZ
DEMANDANTE	: RAIZA AYOLA RIPOLL
DEMANDADO	: MUNICIPIO DE CLEMENCIA BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2003-01872-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISIETE(17) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SALA DE DESCONGESTIÓN

Cartagena de Indias, D. T. y C., diecisiete (17) octubre de dos mil trece (2013).

Sentencia de Segunda Instancia

Magistrado Ponente : **MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ.**
Clase de Acción : **Reparación Directa.**
Radicación : **13001-33-31-000-2003-01872-01.**
Demandante : **RAIZA AYOLA RIPOLL**
Demandado : **MUNICIPIO DE CLEMENCIA, BOLÍVAR**

La Sala de Descongestión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar debidamente facultada por el Acuerdo No. PSAA12-9524, PSAA12-9537 emanados del Consejo Superior de la Judicatura Sala Administrativa, y la Circular No. 013 de 2012 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura Sala Administrativa, entra a resolver la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia de fecha treinta (30) de Mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.

La señora RAIZA AYOLA RIPOLL, a través de apoderado judicial, presentó demanda de Reparación Directa contra el MUNICIPIO DE CLEMENCIA, tendientes a obtener las siguientes:

PRETENSIONES.

La parte demandante señala como pretensiones de su demanda las siguientes:

“PRIMERA: Declarar Administrativamente Responsable al Municipio de Clemencia-Bolívar, de los perjuicios causados al demandante con motivo del No pago Oportuno de las Cesantías y prestaciones sociales a que tiene derecho mi



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

representado. por haberse desempeñado como trabajador durante el periodo comprendido de el (sic) día 16 de Enero del 2001. hasta el día 6 del mes de diciembre del 2000, y del 10 de enero del 2001 al 04 de octubre del 2001.

SEGUNDA: *Que como consecuencia de lo anterior se condene al Municipio de Clemencia-Bolívar a pagar a favor de mi representado un (1) día de salario por cada día de retardo, por el no pago oportuno de las Cesantías, tanto parciales como definitivas, mas(sic) la indexación y corrección monetaria, conforme a lo preceptuado a la ley 244 del año 1.995.*

TERCERA: *Que se condene al Municipio de Clemencia-Bolívar al pago de las Costas, Agencias en derecho y Gastos que demande la presenta acción, ya que de manera injustificada no ha cancelado las obligaciones aquí requeridas.*

CUARTA: *Que se condene al Municipio de Clemencia Bolívar, a pagar como reparación del daño ocasionado a mi representado, por el no pago oportuno de las Cesantías y demás prestaciones a que tiene derecho, por los perjuicios Morales y materiales causados, las siguientes sumas de dineros.*

-Perjuicios Morales-

La cantidad equivalente en pesos colombianos a mil gramos de oro fino, en el equivalente al precio del oro que para la fecha de ejecutoria de la sentencia se tenga señalado, según certificación expedida por el Banco de la republica (sic), debido a la grave afección sicológica sufrida por mi representado y que un hecho de esa naturaleza supone.

-Perjuicios Materiales.

*Por daño emergente y lucro cesante presente, teniendo en cuenta la fecha de ingreso de mi poderdante a la Entidad Demandada, es de notoriedad la **Omisión** del Municipio de Clemencia Bolívar, de no consignar las Cesantías parciales que le corresponden a mi apadrinada, de conformidad con la ley 344/96, razón por la cual la Entidad Demandada está en la obligación de pagar a mi patrocinada la sanción de un día de salario por cada día de retardo a partir de la expedición de la*



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Resolución No. 0309 del 26 de Octubre de 2001, que ordena el reconocimiento y pago de las Cesantías y prestaciones sociales, hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, de conformidad con la ley 244/95, con su respectiva indexación y corrección monetaria.

QUINTA: *Que se condene al Municipio de Clemencia Bolívar a pagar a favor de mi representado los dineros que le correspondan, por sanción a la Entidad Demandada por la no consignación de las Cesantías, en los fondos de Cesantías y pensiones, de conformidad con la ley 344 del año 1996 y su decreto reglamentario 1582 de 1.998."*

HECHOS

La parte demandante expone como hechos que sustentan sus pretensiones los siguientes:

Que la señora **RAIZA AYOLA RIPOLL** empezó a laborar en el Municipio de Clemencia Bolívar, desempeñándose como Secretaria del Fondo de Vivienda Municipal, iniciando dicha relación laboral el día 16 de Enero de 2001 hasta el día 04 de Octubre de 2001, fecha en la cual fue retirada del cargo por reestructuración, siendo el último salario la suma de **TRECIENTOS TRES MIL PESOS (\$303.000.00)**.

Continua argumentando que a la fecha de la presentación de la demanda no le habían cancelado a la demandante el valor correspondiente a sus cesantías definitivas, las cuales habían sido reconocidas mediante Resolución No. 0309 del 26 de Octubre de 2001.

Confirma que en virtud de lo anterior, inicia proceso ejecutivo laboral, correspondiéndole por reparto al Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, y hasta la presentación de la demanda, la entidad demandada no ha efectuado el pago de las cesantías y demás prestaciones sociales.

Concluye, la demandante que ha sufrido perjuicios económicos que deben ser resarcidos por la demandada, tales como la pérdida de poder adquisitivo de los



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

valores reconocidos en la Resolución sin número, ni fecha, perjuicios de carácter moral que han generados desinterés, sufrimiento, penas hechos o circunstancias que repercuten en el desarrollo económico presente y futuro.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Revisada la actuación procesal se tiene, que la parte accionada contestó la demanda dentro de la oportunidad legal mediante escrito visible a folios 55 a 64 bajo los siguientes argumentos:

Considera que ya se le habían pagado las cesantías y los valores reclamados, dentro del proceso ejecutivo laboral, seguido en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, cuyo radicado es el 0297/02, en el cual, ya se le entregó el título judicial por la suma de \$42.984.580.

Por último, propone las excepciones de caducidad, indebida acumulación de pretensiones, no agotamiento del requisito de procedibilidad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fls.425 a 452).

El Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante sentencia de fecha treinta (30) de Mayo de dos mil doce (2012), accedió a las pretensiones de la demanda, señalando los siguientes argumentos:

Consideró la Juez *a quo*, que en cumplimiento de la sentencia fecha 27 de marzo de 2007, Consejero Ponente: JESÚS MARÍA LEMUS BUSTAMANTE, este proceso de reparación directa por haber iniciado antes de la expedición y ejecutoria de la sentencia de unificación, mediante la cual se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria prevista en el parágrafo del artículo segundo Ley 244 de 1.995, en ejercicio de la acción de reparación directa, se deberá fallar bajo ese tipo de acción, pues de lo contrario se estaría castigando injustamente al accionante que se vio envuelto por las múltiples interpretaciones jurisprudenciales que se destacaron en aras de encontrar la acción idónea en este tipo de situaciones.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

*“ En el caso de la señora Ayola Ripoll se observa a folio 23 que le fue reconocida las prestaciones sociales mediante Resolución No. 0309 de 26 de octubre de 2001 y, según se deduce del libelo introductor se encuentra conforme a su contenido, razón por la cual el contenido misma podía ser reclamado por vía ejecutiva, sin embargo, como quiera que la demanda fue **presentada en el 2003**, antes de la expedición y ejecutoria de la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado, Consejero Ponente: JESUS MARIA LEMUS BUSTAMANTE, de conformidad con esa misma sentencia, este proceso de reparación que inició antes de su expedición y su ejecutoria, en el que se pretende el reconocimiento y pago de la sanción moratoria referenciada, se deberá fallar bajo esa misma cuerda en aras de proteger como principios el de confianza legítima, seguridad jurídica y derechos fundamentales como el debido proceso, acceso a la administración, entre otros.*

De igual manera, acoge el criterio de la providencia de fecha 19 de julio de 2007, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, Sección Tercera del Consejo de Estado, quien sigue la posición asumida por la Sala Plena de esa Corporación.

Por otro lado, manifiesta que la excepción de caducidad propuesta por el apoderado de la parte demandada, no prosperaba, toda vez que la Resolución No. 0309 de 26 de octubre de 2001 le fue notificada personalmente al demandante el día 7 de noviembre de 2001 y la demanda fue presentada el día 8 de octubre de 2003.

Respecto de la excepción de incumplimiento del Requisito de Procedibilidad, el juez a quo, acoge el criterio del señor Procurador, en el sentido de que dichos derechos ciertos e indiscutibles no eran susceptibles de ser conciliados, por lo tanto no prosperan.

La excepción de indebida acumulación de pretensiones, expresa: *“sea lo primero en señalar que los argumentos que al respecto expone el demandante no conllevan a la declaratoria de probada de la mencionada excepción, puesto que se refieren es a una razón de defensa, ya que en el evento de que le asista razón*



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

al demandante se entrará a establecer si tiene o no derecho a los perjuicios reclamados."

En virtud de lo anterior, el despacho consideró que fueron debidamente acumuladas puesto que no se excluyen entre sí, por lo que no prosperó la excepción.

Ahora bien, el Juez al analizar el caso bajo estudio, consideró que quedaba demostrado que la señora **RAIZA AYOLA RIPOLL**, laboró para el Municipio de Clemencia ostentando el cargo de Secretaria del Fondo de Vivienda Municipal desde el 16 de enero de 2001 al 4 de octubre de 2001, devengando un salario de \$303.000, sin haber recibido hasta la fecha el monto correspondiente a sus cesantías, las cuales no le fueron consignadas en el fondo de pensiones, por ende, se entienden cumplidos los requisitos para que se condene al Municipio a pagar la sanción moratoria, máxime si se tiene en cuenta contrario a lo afirmado por el ente demandado, que la señora **AYOLA RIPOLL** no fungió como demandante dentro del proceso radicado bajo el No. 00297 de 2002, tal y como consta en la certificación¹ suscrita por el secretario del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena.

Concluye el juez a quo, que le corresponde determinar cuál es el monto a cancelar por concepto de sanción moratoria, que se determinará de conformidad con el Art. 2º de la Ley 244 de 1995, el cual nos habla de un cobro a partir de los 45 días hábiles siguientes al momento en que quedó en firme el acto por medio del cual se reconocen las cesantías finales. La Resolución a través de la cual se le reconocen de manera definitiva las cesantías finales al accionante fue emitida el día 26 de octubre de 2001, quedó en firme el día 8 de noviembre de misma anualidad, los 45 días hábiles señalados en la ley deber ser contados desde el 8 de noviembre hasta el 15 de enero de 2001, a partir del 16 de Enero de 2001 inicia la sanción moratoria correspondiente a pesos diarios (\$10.100), equivalentes a un día de trabajo de la señora **RAISA AYOLA RIPOLL**, esta suma se multiplica por 4.151 días de mora que han sido contados hasta la fecha en que se dicta la presente sentencia, obteniendo como resultado la suma de Cuarenta y

¹ Visible a folio 124



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Un Millones Novecientos Veinticinco Mil Pesos (\$41.925.100.00), suma que deberá ser cancelada por la Alcaldía de Clemencia a favor del interesado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad demandada, a través de apoderado, interpuso el recurso de apelación visible a folios (174 a 177) argumentando lo siguiente:

Que la sentencia apelada, *“fulminó de manera tajante (sic) las pretensiones de la demanda, acogiendo los planteamientos realizados por el apoderado de la señora Raysa Ayola Ripoll y la tesis presentada por el representante del Ministerio Público, criterios que son equívocos”... porque se apartan del precedente judicial del Consejo de Estado.*”

Sostiene, que el agotamiento de la vía gubernativa no se equipara a una conciliación, puesto que no se trataba de que este cediera o no parte de los derechos que reclamaba, sino que el agotamiento de la vía gubernativa, supone una reclamación prejudicial a efectos de intentar el reconocimiento y pago de lo reclamado.

Sustenta sus argumentos, en el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y la sentencia radicada con el número 4100-2331-000-1998-00792-01(0792-06) emitida en el año 2010. Por ello, manifiesta que para acceder a la vía jurisdiccional a reclamar los derechos solicitados, debía agotar primero la vía gubernativa.

Por otro lado, señala que la excepción de indebida acumulación de pretensiones aunque se hubiese señalado erróneamente, el Juez de conocimiento debió adoptar las consideraciones expuestas a la realidad existente, sin importar el nombre que se le hubiere dado, es decir, ubicar el razonamiento con la realidad fáctica y procesal que se da en el proceso.

Aunado a lo anterior, arguye que la anterior formulación tiene fundamento legal y probatorio, porque desconoce el lucro injustificado y desbordado que se le



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

reconoció con la sentencia, señala que esta constituye una acción viciada por la vía de hecho, porque se aparta de un hecho que comporta una relevancia tal que daría al traste con todo el proceso, es decir, que si ya dicho emolumento requerido judicialmente había sido reconocido y pagado en otro proceso judicial, conlleva no solo a un enriquecimiento injustificado, sino también a un fraude procesal, pues se ventiló la misma pretensión en dos jurisdicciones.

De igual manera, señala que es irreconocible el razonamiento del a quo en establecer que la formulación del apoderado de la entidad, constituía una razón de defensa y no una excepción, puesto que da al traste con el principio de orden constitucional que señala que el formalismo no puede primar sobre lo sustancial, habida cuenta del incontrovertible reconocimiento y pago dado en el otro proceso judicial.

Continúa argumentando, que a la fecha se le han reconocido doblemente los emolumentos pretendidos por la demandante, a pesar de que existen pruebas que demostrar lo contraria, la cuales no se refirió el juez.

Recalca que si era necesario agotar la vía gubernativa, puesto que ni la norma procedimental laboral excluye esa posibilidad, aun tratándose de derechos laborales irrenunciables, pues asimilar está a la conciliación, es confundir dos actuaciones jurídicas con finalidades diferentes.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

De parte de los demandante

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en esta instancia visibles a folio 196 a 204 del expediente con los siguientes argumentos:

Ratifica lo expuesto en el libelo de la demanda y adiciona en sus alegatos, que para el caso en concreto se tenga en cuenta la sentencia de fecha 17 de Febrero de 2012, proferida por esta corporación con ponencia de la Dra. MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ radicado No.13-001-23-31-000-2003-01653-01.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

De parte de la entidad accionada – Municipio de Clemencia, Bolívar.

La parte accionada no presentó alegatos de conclusión en esta instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

La Señora Agente del Ministerio Público en esta oportunidad procesal desistió de emitir concepto de fondo visible a folio 195.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Por auto de fecha catorce (14) de Febrero de dos mil trece (2013). se admite el recurso de apelación contra la sentencia de fecha treinta (30) de Mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena (fl.193).

Por auto de fecha veintidós (22) de Marzo de dos mil trece (2013) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, vencido éste, al Ministerio Público, para que emita concepto si eventualmente lo solicitaba (fl.195).

Finalmente, según Informe Secretarial el proceso entra al Despacho para fallo el día veinticinco (25) de Septiembre de dos mil trece (2013) (fl.205).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia.

De conformidad con lo establecido en el inciso 1° del Artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha treinta (30) de Mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Caducidad.

En la presente demanda se tiene que la Resolución No. 0309 de fecha 26 de octubre de 2001² le fue notificada personalmente a la demandante el día 7 de noviembre de 2001, y la demanda fue presentada el día 8 de octubre de 2003, es decir, dentro del término de dos años dispuesto en el numeral 9 del Artículo 136 del C.C.A.

Problema jurídico.

En el presente caso el problema jurídico se contrae a determinar si se configura la excepción de incumplimiento del requisito de procedibilidad. De encontrarse demostrada tal excepción, se deberá establecer si la entidad demandada extinguió la obligación cuyo reconocimiento aquí se reclama, dentro del proceso ejecutivo laboral que supuestamente cursó en el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito.

De lo probado dentro del proceso

Al expediente se allegó copia de los siguientes documentos:

- Original de la Resolución No.0309 de fecha 26 de Octubre de 2001.³
- Copia simple de Acta de Posesión de la Señora Raiza Ayola Ripoll.⁴
- Certificación del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, donde consta que en el proceso radicado No.00297 de 2002, instaurado por el señor JAIME BERMUDEZ MERCADO Y OTROS, contra el MUNICIPIO DE CLEMENCIA no aparece como demandante la señora RAIZA AYOLA RIPOLL.⁵

MARCO NORMATIVO

² Ver folio 11

³ Véase folio 11

⁴ Véase folio 12.

⁵ Véase folio 124



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

La sanción moratoria por el no pago de cesantías

La cesantía definitiva, tratándose de los empleados públicos, como su nombre lo indica, es la prestación social que se reconoce y paga cuando se rompe el vínculo entre el funcionario y el Estado, es decir, cuando éste se retira del servicio, Sobre las cesantías el H. Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“La cesantía es una prestación social creada a cargo del empleador y a favor del trabajador, es una figura jurídica con clara orientación social en el desarrollo de las relaciones obrero patronales, pues busca retribuir la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de actividades definitivo⁶”.

En general, el auxilio de cesantía en Colombia, tiene el siguiente marco normativo:

a) La Ley 6 de 19 de febrero 1945 en su artículo 17 estableció el auxilio de cesantía a razón de un mes de sueldo por cada año de servicios.

b) El artículo 1° de la ley 65 de 1946, que dispuso:

“Los asalariados de carácter permanente, al servicio de la Nación en cualquiera de las Ramas del Poder Público, hállese o no escalafonados en la carrera administrativa, tendrán derecho al auxilio de cesantía por todo el tiempo trabajado continua o discontinuamente, a partir del 1o. de enero de 1942 en adelante, cualquiera sea la causa del retiro...”

c) El Artículo 6o. del Decreto 1160 de 28 de marzo de 1947, por el cual se modificaron disposiciones sobre cesantías, prescribió:

“De conformidad con lo dispuesto por el Decreto número 2567 de 31 de agosto de 1946, para liquidar el auxilio de cesantía a que tengan derecho

⁶ C.E. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 6 de marzo de 2008 C.P. Gustavo Gómez Aranguren.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

los asalariados nacionales, departamentales, intendenciales, municipales y particulares, se tomará como base el último salario o jornal devengado, a menos que el sueldo o jornal haya tenido modificaciones en los tres (3) últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce (12) meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor a doce (12) meses..."

d) El Decreto 3118 de 1968, que creó el Fondo Nacional del Ahorro, en su artículo 27 estableció:

"Artículo 27. Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1° de enero de 1969 los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, liquidarán la cesantía que anualmente se cause a favor de sus trabajadores o empleados.

La liquidación anual así practicada, tendrá carácter definitivo y no podrá revisarse aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador'.

e) En el artículo 33 de la referida norma se establecieron intereses a favor de los trabajadores en el 9% anual sobre las cantidades que al 31 de diciembre figuraban a favor de cada empleado público, porcentaje que ascendió a la suma del 12% en virtud del artículo 3° de la Ley 41 de 1975.

f) Con la expedición del Decreto 3118 de 1968 empieza en el sector público, el desmonte de la retroactividad de la cesantía, para dar paso a su liquidación anual, y previo el pago de intereses de la misma con cargo al Fondo Nacional del Ahorro.

g) La Ley 41 de 1975 dispuso:

Artículo 3°. El artículo 33 del Decreto 3118 de 26 de diciembre quedará así: El Fondo Nacional de Ahorro liquidará y abonará en cuenta intereses del 12 por ciento anual sobre las cantidades que el 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público o trabajador oficial, inclusive sobre la parte de cesantías que se encuentren en poder de



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

establecimientos públicos o empresas industriales o comerciales del Estado que gocen del plazo previsto en el artículo 47 del Decreto 3118 de 1968.

h) El Decreto 1045 de 1978, fijó reglas generales para la administración pública del orden nacional sobre prestaciones sociales y señaló los factores sobre los cuales debe liquidarse el auxilio de cesantía.

i) La Ley 91 de 28 de diciembre de 1989 creó el Fondo Nacional del Magisterio, y en su artículo 5° dispuso que las prestaciones sociales de personal nacional causadas hasta la fecha deben pagarse según los Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

j) Con la Ley 344 de 1996 se estableció el nuevo régimen de cesantías de los nuevos empleados públicos y trabajadores oficiales, salvo el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, según el cual, a 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o fracción correspondiente.

El Artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sobre el sistema de liquidación anual prescribe lo siguiente:

“El nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

1.- El 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

2.- El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

3.- *El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.*

4.- *Si al término de la relación laboral existen saldos de cesantías a favor del trabajador que no hayan sido entregados al fondo, el empleador se los pagará directamente con los intereses legales respectivos.*

5.- *Todo trabajador podrá trasladar su saldo de un fondo de cesantía a otro de la misma naturaleza. El gobierno fijará el procedimiento que deba seguirse para el efecto...”*

A su vez la Ley 344 de 1996 estableció el nuevo régimen de cesantías de los nuevos empleados públicos y trabajadores oficiales, salvo el personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, según el cual, a 31 de diciembre de cada año se hará liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o fracción correspondiente.

Con el Decreto 1582 de 1998 se reguló la posibilidad de afiliación de empleados públicos y trabajadores oficiales a los fondos privados de cesantías y mediante la ley 432 de 1998, se permite la afiliación voluntaria de trabajadores particulares al Fondo Nacional del Ahorro.

Por otro lado, término dentro del cual las entidades públicas deben proferir la resolución de liquidación de cesantías, se encuentra regulado en la ley 244 de 1995⁷ (antes de ser subrogada por la ley 1071 de 2006), que señala en su artículo 1° lo siguiente:

“Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las Cesantías Definitivas, por parte de los servidores públicos de todos los órdenes, la entidad patronal deberá

⁷ Por medio de la se fijan términos para el pago oportuno de cesantías para los servidores públicos, se establecen sanciones y se dictan otras disposiciones.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

expedir la Resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la Ley.

PARÁGRAFO. En caso de que la entidad observe que la solicitud está incompleta, deberá informárselo al peticionario dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo de la solicitud, señalándole expresamente qué requisitos le hacen falta anexar. Una vez aportados los requisitos faltantes, la solicitud deberá ser resuelta en los términos señalados en el inciso primero de este artículo.”

En el Artículo 2° de la ley en comento, se señala el término dentro del cual deben ser canceladas las cesantías y la denominada sanción moratoria por no pago de cesantías:

ARTÍCULO 2o. La entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la fecha de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las Cesantías Definitivas del servidor público, para cancelar esta prestación social.

PARÁGRAFO. En caso de mora en el pago de las cesantías de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a éste”.

De las normas citadas anteriormente la Sala concluye que el empleador está obligado a liquidar anualmente las cesantías de sus trabajadores y consignar a más tardar el 14 de febrero de cada año el importe correspondiente, y si a la terminación de la relación laboral quedan saldos pendientes que no hayan sido consignadas en el fondo las mismas, deberán ser canceladas directamente al servidor con recursos provenientes del empleador.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

De igual forma las entidades públicas pagadoras tienen un plazo máximo de **45 días hábiles** a partir de la fecha en que queda en firme el acto que reconoce las cesantías y en el evento en que se incurra en mora deberá pagar de sus propios recursos un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas.

Análisis del caso.

Se ocupará la Sala de establecer, en los términos de la apelación, si prospera no la excepción del requisito de procedibilidad y pago total de la obligación. De no prosperar dichas excepciones, habrá de confirmarse la sentencia adiada 30 de Mayo de 2012 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Cartagena, mediante la cual declaró extracontractualmente responsable al Municipio de Clemencia por la mora en el pago de las cesantías de a la demandante.

Para dar respuesta al problema jurídico anteriormente planteado la Sala entrara a examinar por separado en el caso concreto el requisito de procedibilidad y las consecuencias que devienen por el incumplimiento de no haber agotado dicho requisito y, el pago total de la obligación.

De la excepción de incumplimiento de requisito de procedibilidad.

Sea lo primero precisar que en cuanto a la sanción por no pago oportuno de cesantías, se trata de un derecho incierto y discutible, de donde deviene inaplicable respecto de este concepto, el argumento bajo el cual la Juez de Primera Instancia, despacho favorablemente esta excepción; no obstante, éste medio de defensa no tiene vocación de prosperar por las razones que a continuación se explican:

Debe recordarse que para la época en que fue presentada la demanda en el año 2003, no era necesario agotar el requisito de procedibilidad, debido a que el Ministerio de Justicia y del Derecho, en ese periodo, suspendió la aplicación de esta figura, regulada en el Artículo 35 de la Ley 640 de 2001.



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

En efecto, según la norma en cita, cuando una persona quiera interponer una demanda ante la jurisdicción civil, administrativa o de familia, primero debe intentar conciliar con la otra parte ante un conciliador debidamente facultado. Es decir, la conciliación es requisito para poder acceder a la justicia formal del Estado.

Sin embargo, el Decreto No. 2771 de 2001, expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia señaló la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad y lo limitó inicialmente en materia civil y de familia. Y solo hasta la entrada en vigencia de la Ley 1285 de 2009 (22 de enero de 2009) se estableció su obligatoriedad para los asuntos conciliables en la jurisdicción contenciosa.

Según se observa en el expediente, la demanda fue presentada el día 8 de octubre de 2003, antes de la vigencia de la citada Ley 1285 de 2009, por lo que no era obligatoria la citación a conciliación prejudicial, y en esa medida se desestima la excepción formulada por la parte demandada.

Por otro lado, con respecto a la excepción de pago total de la obligación, encuentra Sala que si bien es cierto se expidió una resolución en la cual se dice reconocer el pago por concepto de cesantías y prestaciones sociales no existe prueba siquiera sumaria dentro del plenario que permita comprobar que estos hayan sido consignados efectivamente en el fondo de cesantías o entregados a la señora RAIZA AYOLA RIPOLL, como tampoco aparece ésta como demandante dentro del proceso ejecutivo que cursó en el Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena, tal y como lo certificó el Secretario de ese juzgado⁸, en virtud del cual, como quiera que el reconocimiento no cumplió con la carga de probar el hecho alegado como excepción, debía despacharse en forma desfavorable como lo hizo el fallo que se revisa.

En consecuencia, atendiendo a que los argumentos expuestos en el recurso de apelación, no desvirtúan lo decidido en la primera instancia, esta Sala procederá a confirmar en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Primero

⁸ Véase certificación expedida por el Secretario del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cartagena. (Fl.124)



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, mediante la cual declaró extracontractualmente responsable al Municipio de Clemencia por la mora en el pago de las cesantías de la señora RAIZA AYOLA RIPOLL.

En mérito de lo expuesto, la Sala Especial de Descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha treinta (30) de Mayo de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

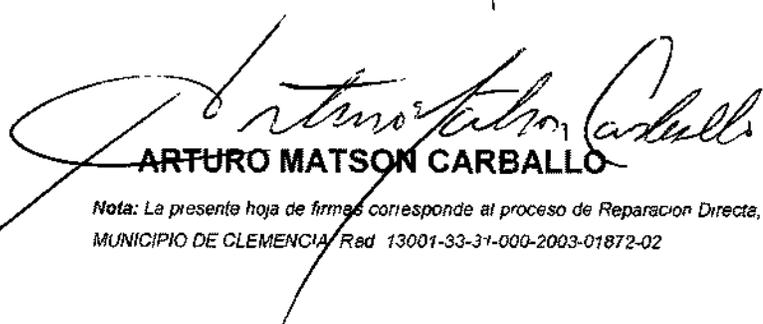
SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión de la fecha.

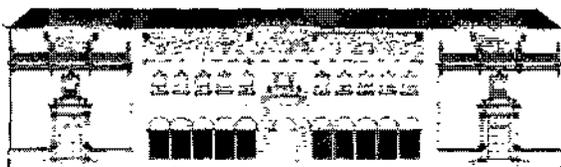
LOS MAGISTRADOS


MARCELA LÓPEZ ALVAREZ


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Nota: La presente hoja de firmas corresponde al proceso de Reparación Directa, promovido por la señora RAIZA AYOLA RIPOLL, contra el MUNICIPIO DE CLEMENCIA. Red 13001-33-31-000-2003-01872-02



TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
EDICTO N° 1228
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL- MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO- DEPARTAMENTO DE BOLIVAR
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-010-2005-02249-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002

SALA DE DECISIÓN No 004

SENTENCIA No 272/2013

Cartagena de Indias, D. T y C., Octubre Dieciséis (16) de dos mil trece (2013)

Tema: *Intervención Administrativa*

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO

Clase de Acción: ACCION DE REPARACION DIRECTA
Radicado N°: 13-001-23-31-010-2005-02249-01
Accionante: EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA
Accionado: NACION - MINPROTECCION – MINHACIENDA –
DEPARTAMENTO DE BOLIVAR

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio de 2011 y PSSA12 9201 de febrero de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, NACION- MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL contra la sentencia de fecha quince (15) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias D.T. y C., que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

A través de apoderado judicial, el señor EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA ha incoado demanda, en ejercicio de la ACCION DE REPARACION DIRECTA, contra la NACION – MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO Y EL DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, para que previo el trámite del proceso ordinario administrativo, se acceda a las siguientes pretensiones:

"PRIMERA: Que la Nación **MINISTERIOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO** y el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, son responsables administrativamente de la totalidad de los perjuicios materiales y morales causados al demandante: **EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA**, quien es trabajador del **INSTITUTO OFTALMOLOGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES DE CARTAGENA**, debido a que la Nación, Ministerio de la Protección, antes Ministerio de Salud tiene intervenida, a través del Servicio de Salud de Bolívar, hoy Secretaría de Salud Departamental de Bolívar a dicha Clínica, técnica y administrativamente, desde el 27 de abril de 1.978.

SEGUNDA. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la Nación **MINISTERIOS DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y el **DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR**, a pagar al demandante: **EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA**, lo siguiente:

2.2.1.- POR PERJUICIOS MORALES.-

Por el equivalente en pesos, a la fecha de ejecutoria de la Sentencia, de CIEN (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales, vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia respectiva.

2.2.2.- POR DAÑO MATERIAL

Por Daño Emergente, la cantidad de (\$19.600.435.00) m.l.

Salarios y prestaciones, causados a su favor y no cancelados hasta julio de 2.005, y desde el mes de julio de 2.003 \$7.106.314.00

Salarios y prestaciones, causados a su favor y no cancelados hasta julio de 2.003 \$12.494.121.00

Por razón de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda, el daño (o perjuicio actual) debe ser reparado en dinero de, igual valor; por consiguiente, deberá actualizarse de acuerdo con la fórmula de las matemáticas financieras.

La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo dispuesto en el Art. 178 de, C.C.A., y se reconocerán los intereses desde la fecha de ocurrencia de los hechos, hasta cuando se le dé cabal cumplimiento a la Sentencia que dé fin al proceso, ó hasta que quede ejecutoriado el Fallo con el cual concluya el proceso. Todo pago así lo expresara (sic) el fallo, se imputara (sic) a intereses.

2.2.3.- La parte demandada dará cumplimiento a la Sentencia, en los términos de los Arts. 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo".

2. Los hechos de la demanda.

Se narra en la demanda que el señor **EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA** es trabajador del **INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES**

DECARTAGENA, entidad ésta sin ánimo de lucro, pero que desde el año 1.978 viene intervenida por intermedio del Servicio Seccional de Salud de Bolívar asumiendo la dirección técnica y administrativa de la referida fundación. Se afirma que en abril 26 de 2.002 la Coordinación del Grupo de Recursos Fiscales del Ministerio de Salud, rindió informe al Jefe de la Oficina Jurídica y de Apoyo Legislativo de dicha entidad, precisándole que: *"El monto de la deuda prestacional y los porcentajes de concurrencia, fueron avalados por las dependencias competentes de los Ministerios de Salud y Hacienda y Crédito Público y aprobados por el Consejo Administrador del Fondo de Pasivo Prestacional, en reunión celebrada el 14 de septiembre de 2001, continuando con el trámite, esta dependencia emitió a la oficina jurídica varios proyectos de resolución, entre ellos el de la Clínica en, mención, para reconocer la calidad de beneficiarios, el monto de la deuda y los porcentajes de concurrencia para su pago, siendo \$17.338.253.161 el monto global del pasivo de la clínica (...)"*. El 2 de diciembre de 2.002 el señor Director del **INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES DE CARTAGENA**, fue enterado de que el Ministerio expedirá resolución mediante la cual se reconoce la calidad de beneficiarios, se determina el monto de la deuda y se fija la concurrencia para su pago por parte de la Nación, el Departamento de Bolívar y la Institución.

Agrega el apoderado del actor que, se le adeudan salarios y prestaciones sociales, que desde el año 1999 la mencionada entidad fue clausurada y cerrada llevando a incoar acciones de tutela en contra de las entidades llamadas a responder de sus acreencias laborales, Consejo Superior de la Judicatura, Seccional Bolívar la cual concedió la tutela sólo contra el referido Instituto Oftalmológico entidad ésta que carece en absoluto de medios para cumplir las obligaciones a favor de los tutelantes, lo que impuso el deber de impugnar el fallo y el H. Consejo Superior de la Judicatura modificó la decisión atacada tutelando los derechos reclamados por los actores obligando a todas las entidades mencionadas a situar los dineros correspondientes para satisfacer las obligaciones salariales.

Según la sentencia T-456/05, de mayo 04 de 2.005 la H. Corte Constitucional confirmó parcialmente la parte resolutive del H. Consejo Superior de la Judicatura, tutelando sus derechos como mecanismo transitorio, debiendo

estos promover las respectivas acciones de Reparación Directa en contra de las entidades tuteladas.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

La parte demandante, considera aplicables el preámbulo de la Constitución Nacional y sus artículos 2, 4, 13, 49, 58, 78, 79, 90, 124 y 365, y el artículo 1613 del C.C.

II. CAMBIO DE COMPETENCIAS

En desarrollo de las previsiones contenidas en el Acuerdo PSAA06-3345 de 2006 emanado del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se crearon los juzgados administrativos en el territorio nacional, el proceso de la referencia fue remitido al Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena por competencia, quien adelantó la primera instancia en este asunto.

III. LA DEFENSA

Dentro la oportunidad procesal para ello, las entidades demandadas concurrieron al proceso para dar contestación a la demanda en los siguientes términos:

1. Contestación por parte del Ministerio de la Protección Social. (folios 60 a 77), A través de apoderada judicial constituida al efecto, se opuso a las pretensiones de la demanda exponiendo los siguientes argumentos de defensa: Que la Constitución Política de Colombia consagró la descentralización administrativa, como un sistema de organización del Estado; igualmente, afirma la Constitución la autonomía de las entidades territoriales, y ejercer sus propias competencias con autonomía administrativa y patrimonio propio, en conclusión la descentralización administrativa, es un proceso jurídico político y administrativo, por medio del cual se otorga competencias a las personas públicas diferentes a los órganos del nivel central del Estado, para que ejerzan bajo su propio nombre y responsabilidad las competencias que les han sido asignadas por Ley.

Que en el marco de las Leyes 10 de 1990, 100 de 1993, 489 de 1998, 790 de 2002, en concordancia con el Decreto 205 de 2003, por el cual se reestructuró el Ministerio de la Protección Social correspondiéndole en consecuencia la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del Sector Salud, en este sentido se aclara que la Nación-Ministerio de la Protección Social, en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de Salud, por esto no es viable jurídicamente que se involucre a un organismo del orden nacional, y se pretenda hacerlo responsable por situaciones que atañen desde el punto legal y constitucional a las Entidades Territoriales.

Afirma que la Fundación Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena fue objeto de la medida de intervención administrativa por parte del Ministerio de Salud de lo que no se puede derivar o asimilar a la citada fundación como una entidad pública del orden nacional o territorial, es pertinente señalar que la medida de intervención fue adoptada al amparo del artículo 39 del Decreto Ley 056 de 1975, expedido por la Ley 9ª de 1973, el cual consagraba: (...) *Sobre el Sistema Nacional de Salud, el Estado por medio de la Dirección del sistema Nacional de Salud podrá tomar, en forma transitoria, la dirección administrativa de los hospitales que por razones de orden público, social, administrativo o técnico, estén funcionando de manera inconveniente.*

En el presente caso, señala además, que el Juez de tutela incurrió en errónea interpretación al asimilar a la Fundación como una entidad pública del orden territorial y al derivar de la intervención administrativa la existencia de una relación laboral o legal cuando ordena a los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público, como entidades demandadas, iniciar las gestiones tendientes a satisfacer las obligaciones salariales, prestacionales y parafiscales de los accionantes, sin determinar el período adeudado por las entidades territoriales situación modificada por la H. Corte Constitucional si se tiene en cuenta que el amparo que se concedió en el fallo fue como mecanismo transitorio a los derechos fundamentales de los accionantes y contra el mismo Instituto Oftalmológico.

Como excepciones propuso las que llamó de Falta de Legitimidad en Causa Pasiva, Inexistencia de la Obligación y Caducidad de la Acción.

2. La contestación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (fls. 92- a 113): A través de apoderado judicial procedió a contestar la demanda de la referencia oponiéndose a las pretensiones de la parte actora y pronunciándose sobre cada uno de los hechos expuestos en la demanda para aceptar que algunos son ciertos y reclamar la probanza de los restantes.

En ejercicio de su defensa, propuso las excepciones de fondo que denominó: Improcedencia de la acción de Reparación Directa, Caducidad de la acción, falta de legitimación por pasiva de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Responsabilidad del Estado por Daño antijurídico, ausencia de responsabilidad de la nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de daño antijurídico, inexistencia de imputabilidad del daño.

3. La Contestación del Departamento de Bolívar(fl. 89-91): Igualmente a través de apoderada judicial concurrió al proceso para expresar que el Departamento de Bolívar no está legitimado en la causa por la pasiva por el solo hecho de actuar como ejecutor de la intervención, pues si bien es cierto, no existe acto administrativo que le haya puesto fin a la intervención ordenada, es mucho más cierto que no existe prueba en el expediente que indique la disolución, liquidación o desaparición jurídica del ente privado (Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena).

Afirma que si bien es cierto el acto jurídico de la intervención le quita autonomía técnica y administrativa al ente intervenido, ello por si solo no convierte al interventor en empleador directo, pues el interventor es la personificación del Estado que por mandato constitucional tiene la facultad no solo de intervenir en la economía sino con mucha más razón a los entes que prestan un servicio público como es de salud, sin que ello implique sustitución patronal que se traduzca en la obligatoriedad de responder por las prestaciones económicas de estos trabajadores.

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 15 de junio de 2012, el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, concedió parcialmente las pretensiones de la demanda, como se lee en la siguiente transcripción de la parte resolutive de dicha decisión:

“FALLA

PRIMERO: - *Declarar no probadas las excepciones propuestas por los demandados.*

SEGUNDO: - *Declarar patrimonialmente responsables en forma solidaria a la NACION- MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL y al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, de los perjuicios causados al señor EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA como consecuencia de la omisión en el pago de sus salarios y prestaciones sociales mientras fue empleado del INSTITUTO OFTALMOLOGICO CLINICA CLUB DE LEONES DE CARTAGENA.*

TERCERO: - *Como consecuencia de lo anterior se condena a la NACION- MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL y al DEPARTAMENTO DE BOLIVAR, a pagar en forma solidaria al doctor EDGAR JOSE MIRANDA MANCILLA la suma de DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$19.600.435) por concepto de daño emergente, resultado de la sumatoria de los perjuicios mensuales causados por la omisión en el pago de sus salarios y prestaciones sociales.*

La cifra equivale a cada uno de los periodos adeudados será actualizada en forma separada desde que se hizo exigible hasta que se verifique la ejecutoria de esta providencia aplicando la siguiente fórmula:

(...)

QUINTO: *Se deniegan las demás prestaciones de la demanda.*

(...)”

Manifestó el Juez *a quo*, que en el presente caso resulta demostrada la existencia de una falla en el servicio derivada de la efectividad de la medida de intervención, pues la actuación de la Administración tuvo directa relación con la causación del daño cuya reparación se pretende.

Afirma que si bien es cierto que con la intervención la administración no adquiere una obligación de resultado, si está obligada a evitar la prolongación de los perjuicios que puedan llegar a causarse, pues justamente este es el propósito de la intervención.

Sostiene que el presente asunto la administración continuó a cargo de la clínica por más de dos décadas en virtud de la intervención hasta que dicho establecimiento no pudo continuar prestando servicios en forma adecuada y tuvo que ser cerrada al público.

Indica que la acción y la omisión de las autoridades que dan lugar al daño antijurídico son las que permiten que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, y en este caso la omisión respecto de los empleados el ente intervenido consistió en no proceder a la liquidación a pesar de la Clínica no estaba en condiciones de prestar el servicio y sin posibilidad de rehabilitación, desconociendo el propósito para el cual se había adoptado la medida.

Agrega que debe tenerse en cuenta que existe un elemento que refuerza la calificación de antijurídico del daño sufrido por los trabajadores de la clínica, y es que la Corte Constitucional se pronunció en sentencia de tutela sobre su situación, ordenando la protección de sus derechos fundamentales. En la medida en que una autoridad vulnera derechos fundamentales, está causando un daño que a todas luces resulta antijurídico.

V. EL RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión fue interpuesto y sustentado recurso de apelación por la parte demandada – Ministerio de la Protección Social- , a través del cual pretende se revoque la sentencia de primera instancia.

Como soporte de su impugnación estima dentro de la decisión adoptada por el a quo, se atribuyen responsabilidades al Ministerio de la Protección Social basados en la intervención efectuada por el Ministerio de Salud al Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena, sin embargo dicha responsabilidad no puede ser atribuida al ente demandado teniendo en cuenta que la responsabilidad de las actuaciones así como de las obligaciones derivadas de las mismas no puede ser endilgada al Ministerio, máxime cuando la intervención a que se hace referencia en el fallo ceso con el plazo pactado, es decir, el 31 de diciembre de 1979.

Afirma que la responsabilidad no puede ser solidaria con el concepto de que el Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena pertenecía al sector salud, que entre otras, si bien prestaba servicios de salud, la parte administrativa y financiera estuvo a cargo del Servicio Seccional de Salud con el auspicio de la Gobernación de Bolívar, mediante la medida de la intervención, entidad que, se repite, decidió cancelarle la personería jurídica y ordenar la liquidación del Instituto.

VI. TRÁMITE EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Con auto adiado el 8 de febrero de 2013 se dispuso la admisión del recurso de apelación interpuesto por la demandada, Ministerio de la Protección Social (fl. 443) y, con providencia del 28 de febrero de esta misma anualidad se corrió traslado a las partes que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emita concepto de fondo(fl. 445).

En esta oportunidad procesal, las partes en litigio guardaron silencio y el Ministerio Público rindió concepto de fondo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA.

El Agente del Ministerio Público, delegado para este asunto, rindió concepto en esta oportunidad procesal, manifestando que el daño antijurídico sufrido por el actor se encuentra probado, el cual es imputable a la demandada, pues la

prueba del daño y la certeza de la imputabilidad del mismo a la demandada, como bien ha sido planteado, tanto por la Corte Constitucional como por el Tribunal Administrativo de Bolívar, sientan el precedente tanto vertical como horizontal, atendible para la resolución de la controversia del *sub examine*.

VII. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en el inciso 1º del artículo 133 del C.C.A., este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del quince (15) de junio de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

Por otra parte, el artículo 357 del C.P.C. señala: "*La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso*". Lo anterior indica que, al conocer el asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto, la competencia del *Ad quem* se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, siendo los fundamentos del recurso de alzada los que fijan el ámbito de competencia del superior y, por otra parte, consagra el denominado principio de la *no reformatio in pejus* según el cual no le es dable al *Ad quem* agravar la situación del apelante único.

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala determinar si existió una falla en el servicio en el proceso de intervención técnica y administrativa del INSTITUTO OFTALMOLOGICO CLINICA CLUB DE LEONES DE CARTAGENA por parte de los entes demandados, y si dicha intervención fue determinante en la falta de pago de los salarios y prestaciones sociales al actor en su calidad de trabajador de la citada Institución.

CUESTIÓN PREVIA

Considera necesario la Sala traer a colación antes de entrar en el fondo del asunto objeto de la apelación, algunas posturas de la Corte Constitucional que se refieren a la intervención del Estado en la salud, la cual siempre ha sido considerada por la jurisprudencia del alto tribunal como **fuerte**.

En sentencia de junio del 2001, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, la Corte sostuvo:

*"La intervención estatal en la economía tiene distinta modulación según el sector económico sobre el cual recaiga, pues mientras en determinadas actividades o servicios públicos considerados **estratégicos puede ser muy intensa** al punto de eliminar la iniciativa privada, en otros sectores tiene un menor grado en forma tal que se faculta a los particulares para desarrollar determinadas actividades económicas con un permiso, autorización o licencia por parte del Estado, e incluso, en **algunos casos no se requiere ningún permiso o autorización previa para el ejercicio de una determinada actividad, industria u oficio, pues allí opera como regla general la libre iniciativa sin permisos previos** (Art. 333 Constitución Política).*

"Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del Estado es intensa y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica, sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones, la intervención del Estado en los servicios públicos en general y la atención de la salud en particular. La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas, el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.

Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurren con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y si estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio.

6. Interesa ahora determinar cuál es la regulación constitucional sobre la prestación del servicio de promoción y prevención en salud por parte de los particulares, es decir, si el legislador podía asignar dicha actividad únicamente a las entidades territoriales o si, por el contrario, ello hace parte de la libertad de empresa no susceptible de restricción sin antes haber dispuesto el pago de una indemnización.

Pues bien, la Constitución autoriza la intervención del Estado en la economía, la cual puede ser muy intensa en ciertos ámbitos y mucho más flexible en otros. Sobre el particular, en la **Sentencia C-1769 de 1996 MP. Alejandro Martínez Caballero**, la Corte dijo lo siguiente:

"La intensidad de la intervención del Estado puede ser mayor en unos campos que en otros. Así, como consecuencia de la protección de la libertad económica, por regla general la Constitución prohíbe que la ley establezca monopolios -salvo que se trate de arbitrios rentísticos- pero la Carta autoriza la constitución de monopolios estatales cuando se trata de servicios públicos o de actividades estratégicas. Es más, en ciertas actividades, la Constitución no sólo autoriza sino que exige una importante intervención estatal y gubernamental, pues si bien permite la prestación de los servicios públicos por los particulares y las comunidades, ordena que el Estado mantenga la regulación, el control y la vigilancia de los mismos.

(...)

La propia Carta establece con nitidez cual es la finalidad de la intervención estatal en las profesiones, en los servicios públicos y, en particular, en el campo de la salud. Así, según la Constitución, el Estado debe controlar los riesgos sociales de la actividad médica, garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes y, específicamente, la atención de la salud, debe estar orientada por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad. Es pues claro para la Corte que esta intervención gubernamental en la medicina prepagada tiene como finalidad preservar los derechos de quienes contratan con las entidades que prestan tales servicios, a fin de garantizar a estos usuarios las prestaciones de salud con la calidad idónea a que tienen derecho."

En igual sentido dentro de la sentencia **C- 791-02**, con ponencia de **EDUARDO MONTEALEGRE LINETT**, se dijo:

...Y en cuanto al tema específico de la seguridad social en salud, la Corte ha reconocido que existe una amplia facultad de injerencia por parte del Estado; al respecto ha señalado¹:

¹Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 MP. Rodrigo Escobar Gil.

"Cuando se trata del servicio público de salud la intervención del **Estado es intensa** y tiene como fundamento constitucional no solo las normas que permiten la intervención general del Estado en los procesos económicos comunes, con la correspondiente limitación de la libertad económica (CP arts 150 ord. 21, 333 y 334), sino también otras disposiciones constitucionales, en particular las relativas a la reglamentación e inspección de las profesiones (CP art. 26) la intervención del Estado en los servicios públicos en general (CP art. 365) y la atención de la salud en particular (CP arts. 48, 49).

La intervención del Estado en el servicio público de salud se funda en el modelo del Estado Social de Derecho, que impone a las autoridades públicas el deber de asumir su prestación, ya sea directamente o por medio de los particulares, y por tratarse de una actividad, en la que se manejan dineros del Sistema General de Salud por entidades privadas (EPS), el control estatal preserva la confianza pública, pues permite que estas entidades cuenten con una estructura administrativa, técnica, financiera y profesional que asegure la prestación regular, continua y eficiente del servicio de salud a los afiliados.

Cuando nuestra Constitución Política permite que particulares concurren con el Estado a prestar el servicio público de salud, no se está reservando el ejercicio de esta actividad, sino que está delegando en los particulares su prestación. Por ello, en este escenario debe existir la libre competencia y el Estado debe velar porque no se presente obstáculos o limitaciones a la concurrencia de los sujetos económicos por la conquista del mercado; y si estas existen deben ser iguales para todas las personas naturales o jurídicas que tengan la capacidad de prestar el servicio."

En la sentencia **C-516-2004**, ponente **Jaime Córdoba Triviño**, la Corte se volvió a pronunciar sobre la salud pública y su intervención por parte del Estado sosteniendo:

"Los sistemas de seguridad social fueron concebidos siguiendo lineamientos distintos a los que configuran la seguridad individual o privada. En ellos la empresa o entidad encargada de su prestación no tiene como prioridad el criterio de eficiencia económica ni la necesidad de ampliarse financieramente a largo plazo, sino que se adoptó una perspectiva que **afirmaba ante todo la importancia de lo social**. Y es el Estado a quien corresponde hacer efectivo ese cometido, para lo cual se le asigna la dirección, coordinación y control del Sistema.

Lo anterior es un claro desarrollo del modelo de Estado Social de Derecho, en el cual el intervencionismo estatal en materias como la seguridad social se explica en la medida en que ese servicio público está a su cargo y es quien debe asumir su prestación, ya sea directamente o a través de entidades privadas. Ello explica la intensidad del intervencionismo estatal en la seguridad social, que pretende superar la tensión existente entre los intereses privados, presentes en el seno las empresas y el interés general

comprometido en esa actividad, mucho más cuando de lo que se trata es precisamente de la prestación de un servicio básico para la sociedad que hace efectivo el derecho irrenunciable que tienen todos los habitantes”.

Señaladas la línea jurisprudencial seguida por la Corte Constitucional al analizar lo referente a la intervención en el campo de la salud, procede la Sala a analizar el caso concreto.

EL CASO EN CONCRETO

El apoderado del Ministerio de la Protección Social, en su recurso de apelación manifestó que la responsabilidad no puede ser solidaria con el concepto de que el Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena pertenecía al sector salud, que entre otras, si bien prestaba servicios de salud, la parte administrativa y financiera estuvo a cargo del Servicio Seccional de Salud con el auspicio de la Gobernación de Bolívar, mediante la medida de la intervención, entidad que, decidió cancelarle la personería jurídica y ordenar la liquidación del Instituto.

Al respecto, se tiene que las razones expuestas por la entidad demandada la Sala no las comparte, por cuanto el hecho dañino como se estudiará más adelante, se configuró por la omisión en el pago de los salarios y prestaciones sociales, como consecuencia de la intervención técnico y administrativa que realizó la administración sobre una institución de salud de carácter privado y que tenían a su cargo la obligación del pago puntual de las obligaciones salariales y prestacionales de todos los empleados de la entidad intervenida.

Ahora bien, con respecto a la insuficiencia de elementos probatorios que constituyan los elementos necesarios de la falla del servicio, resulta necesario analizar el marco normativo y doctrinal pertinente, y verificar si en el caso que nos ocupa concurren los elementos constitutivos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado Colombiano, en cabeza de las entidades demandadas.

Las imputaciones fácticas y jurídicas

A lo largo del proceso, la parte actora ha sostenido y reiterado, que el detrimento de su patrimonio fue determinado por el no pago oportuno de su salario y demás prestaciones sociales, producto de la omisión y actuar irregular

por parte del Departamento de Bolívar y del Ministerio de la Protección Social durante la intervención de hecho de la que fue objeto el Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena por más de 26 años, hasta el 3 de noviembre de 2005, fecha en que se ordenó la liquidación de la entidad.

Considera el actor que por las circunstancias anteriores se constituye la clásica falla en el servicio por omisión.

La falta de pago de los salarios adeudados como Daño Antijurídico sufrido por el señor EDGAR MIRANDA MANCILLA.

En el presente caso, el daño antijurídico, entendido como aquél que no se está jurídicamente en el deber de soportar, lo materializa el accionante en el sentido de que la indebida intervención por parte del Departamento de Bolívar y el Ministerio de Protección Social (Antes Ministerio de Salud) sobre la Clínica Club de Leones de Cartagena ocasionó el no pago oportuno de acreencias laborales durante los años 1995 a 2005, dineros que no llegaron a engrosar su patrimonio, sin tener el deber jurídico de soportarlo, generando un empobrecimiento o merma patrimonial, porque materialmente no recaudó lo que legalmente le correspondía por sus servicios prestados.

Ahora bien, para acreditar el daño dentro del proceso se encuentra la certificación detallada del Director (E) del Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena, en la que establece de manera detallada que no se le han cancelado al accionante los derechos laborales por las sumas de \$7.106.314 y \$12.494.121 (fl. 17-18).

La falta de diligencia e irregularidades que ocurrieron durante el tiempo de intervención de la Clínica, por parte de las entidades demandadas incidió en el derrumbamiento económico y de todo orden del Instituto Oftalmológico Clínica Club de Leones de Cartagena, y fue lo que produjo el daño o perjuicio económico, pues hubo una desmejora un empobrecimiento o merma en el patrimonio del accionante, porque materialmente no recaudó lo que legalmente le correspondía por sus servicios prestados, por lo tanto está demostrado el daño antijurídico sufrido por el actor.

Es más la Corte Constitucional en la sentencia T-456 de 2005, hace referencia a este punto de la siguiente manera:

"Por otro lado estima la Corte, que también existe un daño representado en la ausencia de pago de salarios de los accionantes por parte de la Clínica Oftalmológica Club de Leones de Cartagena; situación ésta que bien puede ser imputable en parte a las autoridades públicas mencionadas por el ejercicio de la administración de la clínica, pues, pruebas allegadas al expediente como el informe de visita de inspección realizada por la Superintendencia Nacional de Salud en octubre de 2000 y el informe de la Oficina de Control Interno de la Gobernación de Bolívar rendida el 23 de julio de 1999 mediante oficio No. CI063 (fls. 136 a 181 C-3), ponen de presente ciertas irregularidades en la administración de la clínica como el desorden en su contabilidad, destrucción de los libros de contabilidad, deterioro físico de la estructura de la clínica, la falta de medios para garantizar la sanidad, y seguridad de los empleados, falta de insumos, falta de planeación en las políticas financieras de la entidad, falta de inventario físico para determinar la cantidad de bienes desaparecidos y deficiencia sobre la vigilancia y control de los ingresos y egresos, que en últimas llevaron al cierre definitivo del establecimiento."

Ahora bien, para la Sala el daño antijurídico está acreditado, con los documentos relacionados anteriormente que dan cuenta de la vinculación laboral del señor **EDGAR MIRANDA MANCILLA** con la clínica y los certificados donde constan los sueldos y prestaciones adeudados al accionante que no llegaron a formar parte de su patrimonio.

Por lo tanto esta Sala de Decisión, comparte las razones expuestas por el fallador de primer grado respecto de la existencia del daño antijurídico sufrido por el accionante.

La intervención irregular del INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES como hecho generador del daño antijurídico sufrido por el parte demandante.

Advierte la Sala que mediante Decreto 1922 de 1994, publicado en el Diario Oficial No. 41.478 del 5 de agosto de 1995, por el cual se reglamentaba la intervención del Ministerio de Salud en el Sistema de Seguridad Social en Salud, conforme a lo dispuesto en el Decreto-Ley 056 de 1975, la Ley 60 de 1993 y el

Decreto 1298 de 1994, se dispuso en el capítulo I, sobre la Intervención para administrar o liquidar las Entidades Promotoras de Salud, artículo 31, lo siguiente:

"Artículo 31. El Ministerio de Salud o la autoridad en quien éste delegue podrá intervenir o tomar posesión de una entidad promotora de salud para liquidarla cuando se haya revocado la autorización para funcionar o haya incurrido en una causal de liquidación de conformidad con sus estatutos o con su régimen legal".

Con posterioridad, mediante Decreto 788 de 1998, publicado en Diario Oficial No. 43.290 del 4 de mayo de 1998, por el cual se modificó el Decreto 1922 de 1994, se trasladó la competencia de la intervención de las EPS e IPS del Ministerio a la Superintendencia de Salud, así lo establece el artículo 1º:

"Artículo 1o. A partir de la vigencia del presente decreto las funciones de intervención en el Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre las Empresas Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Salud cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se ejercerán por la Superintendencia Nacional de Salud, sin perjuicio de las demás facultades atribuidas al Ministerio de Salud en el Decreto 1922 de 1994". (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, mediante la Ley 715 de 2001 se estableció en su artículo 68, que el trámite liquidatorio de las fundaciones sin ánimo de lucro estaría en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, esta norma entró en vigencia a partir de su sanción presidencial el 21 de diciembre de 2001.

"Artículo 68. Inspección y vigilancia. La Superintendencia Nacional de Salud tendrá como competencia realizar la inspección, vigilancia y control del cumplimiento de las normas constitucionales y legales del sector salud y de los recursos del mismo.

Las organizaciones de economía solidaria que realicen funciones de Entidades Promotoras de Salud, administradoras de régimen subsidiado o presten servicios de salud y que reciban recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estarán sometidas a la inspección, vigilancia y control de la Superintendencia Nacional de Salud. La Superintendencia Nacional de Salud ejercerá funciones de inspección, vigilancia y control sobre las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud IPS, en relación con el cumplimiento de las normas técnicas, científicas, administrativas y financieras del sector salud. Los procesos de liquidación de las instituciones prestadoras de servicios de salud, IPS, privadas serán de competencia de la

Superintendencia de Sociedades, con excepción de las fundaciones, corporaciones y demás entidades de utilidad común sin ánimo de lucro, siempre y cuando no hayan manejado recursos públicos o de la Seguridad Social en Salud" (Subraya la Sala)

Finalmente, mediante Decreto 1015 de 2002, publicado en el Diario Oficial No. 44.814 del 28 de mayo de 2002, por el cual se reglamentó parcialmente el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, se dispuso:

"Artículo 1o. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 715 de 2001, la Superintendencia Nacional de Salud aplicará en los procesos de intervención forzosa administrativa, para administrar o para liquidar las entidades vigiladas que cumplan funciones de explotación u operación de monopolios rentísticos cedidos al sector salud, Empresas Promotoras de Salud e Instituciones Prestadoras de Salud de cualquier naturaleza, así como en los de intervención técnica y administrativa de las Direcciones Territoriales de Salud, las normas de procedimiento previstas en el artículo 116 del Decreto-ley 663 de 1993, la Ley 510 de 1999, el Decreto 2418 de 1999 y demás disposiciones que lo modifican y desarrollan.

Artículo 2o. La Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus atribuciones y competencias, señaladas por los artículos 42.8 y 68 de la Ley 715 de 2001 podrá en todo tiempo ejercer la intervención forzosa administrativa para administrar o liquidar las instituciones prestadoras de salud sin ánimo de lucro, con las excepciones allí previstas. Para este efecto, aplicará el procedimiento administrativo respectivo, conforme a las normas a que alude el artículo anterior. Con el propósito de que se adopten las medidas concernientes, la Superintendencia Nacional de Salud, comunicará la decisión administrativa correspondiente". (Subraya la Sala).

Advierte la Sala que en el expediente no obra prueba de la existencia del INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES como Persona Jurídica de Derecho Privado, sin embargo, este hecho se encuentra más que acreditado con las afirmaciones de las partes en los escritos que han presentado en las dos instancias.

A causa del funcionamiento inconveniente y de los deterioros progresivos y acelerados en la administración y prestación del servicio, la Clínica fue intervenida por el Ministerio de Salud de la época, a través del Servicio Seccional de Salud de Bolívar, hoy Secretaría de Salud, mediante la Resolución No. 3761 de 1978, tomando el Ministerio "la dirección técnica y administrativa del Hospital hasta el 31 de diciembre del año en curso".

Sin embargo, vencido el término fijado en la resolución referida anterior, y tras continuar la situación de deficiencia administrativa de la entidad intervenida el Jefe del Servicio de Salud de Bolívar decidió prorrogar la intervención al Instituto hasta tanto se protocolizara el contrato de integración entre esa seccional y el Club de Leones de Cartagena, decisión que fue aprobada por el Ministerio de Salud a través de la Resolución No. 300 del 1 de febrero de 1979.

Posteriormente el Ministerio expidió la Resolución No. 4238 del 5 de junio de 1979, que disponía continuar la intervención de la dirección técnica y administrativa de la clínica hasta el 31 de diciembre de 1979.

De acuerdo a lo anterior, la intervención de la cual fue objeto la Clínica Club de Leones de Cartagena tuvo por disposición de las resoluciones referidas vigencia hasta el 31 de diciembre de 1979, fecha a partir de la cual sino se ordenaba la liquidación de la misma o se autorizaba una nueva prórroga, debía devolverse la administración de la clínica a los administradores naturales de la misma; no obstante, dicha entidad hospitalaria, siguió siendo intervenida de hecho por parte del Departamento de Bolívar, a través de su Servicio Seccional de Salud por más de 26 años, teniendo bajo su dirección la administración técnica y científica de la clínica.

Al respecto de la Intervención sufrida por el INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES la Corte Constitucional en sentencia T-456 de 2005 manifestó lo siguiente:

"Pues bien, en lo que atañe al Ministerio de Salud y a la Gobernación de Bolívar, considera la Sala que incurrieron en un actuar irregular, pues, expirado el término durante el cual debía tener efecto la intervención -31 de diciembre de 1979, según Resolución No. 4238 del 5 de junio de 1979-, la Gobernación de Bolívar continuó de hecho con la dirección técnica y administrativa de la Clínica Oftalmológica Club de Leones de Cartagena a través de su Secretaría Seccional de Salud, mientras que la primera de las autoridades mencionadas permitió que dicha situación irregular se prolongara en el tiempo sin adoptar materialmente las medidas tendientes al restablecimiento de las condiciones normales del centro hospitalario o su liquidación.

"La intervención es por esencia de carácter temporal y tiene como objetivo corregir la situación que la motivó, pero en este caso el Estado, a través de la Gobernación de Bolívar, siguió ejerciendo dicha intervención a pesar de

que el plazo para ello había expirado. Lo anterior, a juicio de la Sala, está acreditado en el expediente porque existe acta de entrega de la Clínica por parte de sus directivas a dicha autoridad administrativa (fl. 516 C.1), pero no hay acta de devolución a los órganos de gobierno de la institución; así, como también demuestran este hecho las actuaciones que hasta fechas recientes realizó la Gobernación de Bolívar como administrador de la institución, tales como el Decreto No. 429 de 2002 por el cual se nombra como directora de la Clínica a Mirna Marrugo Pardo, la Resolución No. 1448 de 1985 por la cual se comisiona al director de la clínica para asistir a un Congreso de actualización de Cardiología, la Resolución No. 539 de 1974 por la cual se nombra como Médico General de la Clínica al Dr. Gabriel Villa Pernel, entre otras actuaciones (fls. 666 a 688 C-1 y Anexos No. 4)" (Fls. 20-52).

Lo anterior demuestra que después de la expiración del plazo de la prórroga de la intervención contenida en la Resolución No. 4238 del 5 de junio de 1979, el Departamento de Bolívar continuó con la intervención material sobre la entidad hospitalaria, teniendo control técnico y administrativo sobre ella, y siendo ejercida de forma irregular y de hecho esa intervención, pues tal como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia T-456 de 2005 "para que la misma cesara total y efectivamente el control de clínica debía ser entregado nuevamente a los órganos directivos establecidos en los estatutos situación que evidentemente no pasó, y fue hasta el año 2005 mediante, la Resolución No. 1423, cuando la Gobernación de Bolívar, a través de la Secretaría Departamental de Salud decidió cancelar la personería jurídica de la Clínica Oftalmológica y ordenar su liquidación, designado para ello gerente liquidador.

En el presente asunto no se puede decir, que el accionante era empleado del Departamento de Bolívar, pero la intervención ejercida por el ente territorial, aunque fuera de hecho, no sólo debió ser administrativa, técnica y científica, sino también económica, para que el mismo velara por la satisfacción de los intereses laborales de la planta de personal vinculada con la clínica durante el proceso de intervención, como es el caso del actor, por cuanto al no tener la clínica autonomía presupuestal y financiera debido a la intervención, era deber del Departamento, satisfacer los gastos o erogaciones de la clínica por concepto de pago de salarios y prestaciones de los trabajadores; deber con el que no cumplió incurrió en la omisión de cancelar las salarios y prestaciones de los empleados de la Clínica.

Lo anterior significa que a pesar de la expiración del término de la prórroga de la intervención, la Clínica siguió bajo el control del Departamento de Bolívar y nada justifica que se haya dado una intervención administrativa para corregir todos los inconvenientes financieros y administrativos por los que estaba atravesando el ente hospitalario, cuando ha habido un caos mayor al incurrir irresponsablemente en la cesación de pagos de empleados de la Clínica, generando un cuantioso pasivo laboral que llevó a la entidad a su liquidación el 3 de noviembre de 2005.

Es claro para esta Sala de Decisión, tal como lo ha dispuesto los precedentes constitucionales a los que se ha hecho referencia a lo largo de la providencia, que la intervención de la cual fue objeto la Clínica Club de Leones de Cartagena tuvo respaldo legal en el artículo 39 del Decreto 056 de 1975, en consideración a la situación por la que atravesada la entidad; sin embargo, dicha medida fue adoptada por el Ministerio de Salud de la época de forma transitoria y señalando en las resoluciones que la ordenaron un término de duración, por ende, no entiende esta Corporación, porque la medida se tornó de manera permanente, y como es obvio sin ningún resultado favorable para la Clínica ni financiero ni administrativo, antes por el contrario, después de 26 años el Departamento de Bolívar tomó la decisión de iniciar su liquidación, dejando al interior de la institución un gran déficit y pasivo financiero.

Lo expresado evidencia que existió falla del servicio por parte del Departamento de Bolívar por continuar de hecho e irregularmente, y de forma permanente, una intervención sobre la Clínica Club de Leones que por disposición del Ministerio de Salud de la época finalizaba el 31 de diciembre de 1979, y del Ministerio de Salud, hoy Ministerio de la Protección Social, en el sentido de que como agente vigilante del cumplimiento de las políticas, planes y programas adoptados para el sector salud e imponer según fuere el caso las sanciones a las que hubiere lugar, según lo establecido en el artículo 8 de la Ley 10 de 1990, debió en cumplimiento de ese deber, evitar que el ente territorial asumiera esa intervención administrativa sobre la clínica de forma permanente, siendo vigilante y ejerciendo control sobre la misma; por lo que dicha omisión de cuidado y control, también generó la falla del servicio.

La Relación de Causalidad existente entre la intervención irregular efectuada al INSTITUTO OFTALMOLÓGICO CLÍNICA CLUB DE LEONES y el no pago de las acreencias salariales adeudadas al Actor.

Para verificar esta circunstancia la Sala debe hacer un ejercicio mental e imaginario, consistente en eliminar la mala administración para evaluar si con la supresión de éste también desaparece el daño ocasionado; si el anterior enunciado ocurre estaremos en presencia de la relación causal entre el incumplimiento del fallo y el daño ocurrido.

Veamos lo que ha dicho el Consejo de Estado con respecto al nexo causal:

“La imputación es el elemento de la responsabilidad que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado la imputación no se identifica con la causalidad material, pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título en razón del cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas) Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público”²

De lo anterior se infiere que el nexo causal consiste en la creencia razonable de que sin la existencia del hecho generador, jamás se hubiese producido el daño antijurídico.

En el caso en estudio es claro para la Sala que la conducta omisa, negligente e irregular de las entidades demandadas respecto de la intervención de la Clínica y que constituyeron la falla del servicio, fue la causa directa del perjuicio material y concreto que sufrió el actor a pesar de haber prestado con juicio sus servicios a la entidad hospitalaria.

Vemos pues, que en el *sub examine* es evidente la concurrencia de los elementos de la Responsabilidad del Estado, tal como lo concluyó el a quo en

² Sentencia del Consejo de Estado, Sección 3 del 16 de Septiembre de 1999, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque Revista JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Tomo XXIX, número 338, pág. 251

el fallo recurrido, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada de fecha quince (15) de junio de 2012, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004 administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de fecha quince (15) de junio de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

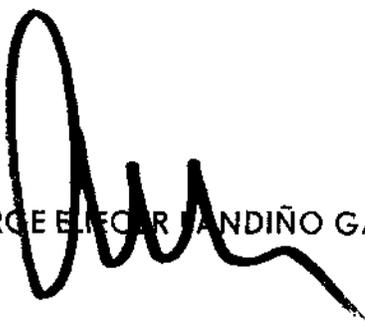
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia El proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMIREZ CASTANO

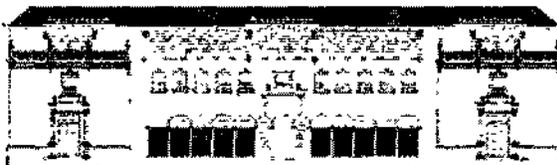


JORGE EL CAR JANDIÑO GALLO

dlbt



MARCELA LÓPEZ ALVAREZ



TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
EDICTO N° 1229
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: TANIA PAJARO MARTINEZ
DEMANDADO	: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO "INPEC"
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2006-01230-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN No. 002

Cartagena de Indias, D.T. y C., Octubre Dieciséis (16) de dos mil trece (2013).

SALA DE DECISIÓN No. 4

SENTENCIA 273-13/2013

1ª instancia

Tema: MUERTE DE RECLUSO

Magistrada de Descongestión: LIGIA DEL CARMEN RAMÍREZ CASTAÑO

Clase de acción : REPARACIÓN DIRECTA.
Referencia : No. 13-001-23-31-000-2006-01230-00.
Demandante : TANIA PAJARO MARTÍNEZ.
Demandado : INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO INPEC.

La Sala de Decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011 y PSSA12 9201 de febrero 1 de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por **TANIA PAJARO MARTÍNEZ**, quien a su vez actúa en representación de sus menores hijas **ANA VICTORIA** y **MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO**; **URIEL ARAQUE ZAPATA** (padre de crianza de la víctima); **JANETH GÓMEZ ZABALA** (madre de la víctima); **ÁNGELA VICTORIA ARAQUE GÓMEZ** y **JULIA EMILCE GÓMEZ ZABALA**, en calidad de hermanos del occiso, **FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ**, contra el **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO I.N.P.E.C.**

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. pretensiones

Las que se resumen a continuación:

1.- Que se declare al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-**, representado por la **DIRECTORA DEL INSTITUTO NACIONAL**

PENITENCIARIO CARCELARIO – INPEC-, administrativamente responsable de la muerte del interno FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ y, por consiguiente de la totalidad de daños y perjuicios causados a TANIA PÁJARO MARTÍNEZ, quien a su vez actúa en representación de sus menores hijas ANA VICTORIA y MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO; URIEL ARAQUE ZAPATA (padre de crianza) de la víctima; JANETH GÓMEZ ZABALA (madre de la víctima); ÁNGELA VICTORIA ARAQUE GÓMEZ y JULIA EMILCE GÓMEZ ZABALA, en calidad de hermanos del occiso, FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ

2.- Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al INPEC, a pagar a los actores o a quienes representen legalmente sus derechos, los perjuicios materiales e inmateriales que se les ocasionaron.

3.- Que la liquidación de los perjuicios se haga con observancia de la indexación o corrección monetaria, conforme a lo dispuesto en los artículos 177 y 178 del C.C.A., y 16 de la ley 446 de 1998.

2. Hechos relevantes:

1- El señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, nació el día 26 de Diciembre de 1980 en el Mpio de Cartagena (Bolpivar), en el hogar conformado mediante unión libre por el señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE SANMARTIN y YANETH GÓMEZ ZABALA. Al momento del fallecimiento tenía una edad de 25 años 06 meses 22 días. Y de acuerdo con las tablas de mortalidad colombiana tenía una expectativa de vida de 48.06 años.

2- De la unión marital anteriormente citada, se procreó a ÁNGELA VICTORIA ARAQUE GOMEZ, hermana carnal legítima del occiso. Con posterioridad la Sra. YANETH GOMEZ ZABALA, dio a luz a JULIA EMILSE GOMEZ ZABALA, hija natural suya, hermana media línea materna de el occiso y de ANGELA VICTORIA, estos a su vez hermanos legítimos de occiso. (...)

3- El señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, tuvo relaciones maritales con la señora TANIA PAJARO MARTINEZ, unión marital de hecho. Vivían bajo un mismo techo, respondía por todas las obligaciones MORALES y MATERIALES, desde el

año 1998 y trajeron al mundo a dos hermosas niñas a quienes nombraron MARÍA FERNANDA, nacida el día 23 de junio de 1.999 y ANA VICTORIA, nacida el día 23 de abril del año 2001; ambas debidamente reconocidas por su señor padre FRANCISCO JAVIER ARAQUE GOMEZ, tal como aparece en los dos registros civiles de nacimiento; tal como lo ordena la Ley. (...)

El señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, respondía moral y materialmente por su compañera e hijas, pues laboraba en calidad de OBRERO de la construcción, devengaba un salario mensual de \$342.000.00, antes de verse envuelto en un episodio que lo llevó tras las rejas.

Y, por ello ganaba el salario mínimo legal mensual vigente (\$342.000.00). Laboraba, percibía dinero, no eran expectativas, y ganaba con ello mensualmente el sustento de su compañera e hijas con los cuales departía y compartía la casa rentada, es decir, pagaba renta servicios, droga, ropa, estudio, alimentación y demás gastos ordinarios que se requieren en un hogar decente colombiano. Hasta el 07 de Agosto del año 2003 que pereció dentro del penal prenombrado, donde se hallaba CONDENADO.

B. LA CONTESTACIÓN

Dentro del término de ley, el apoderado del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO y CARCELARIO INPEC, se opuso a las pretensiones de la demanda, en especial al reconocimiento de perjuicios materiales en inmateriales.

Señaló que el presente caso, si bien es cierto en el caso que nos ocupa se aplica el régimen de responsabilidad objetivo, también lo es que, de los hechos que narran los demandantes, la muerte del señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, se debió a problemas que aquel tenía con otro interno. Explica, que de tal manera se configura en el sub lite la intervención de un tercero que interrumpe el proceso causal entre el daño y el hecho dañoso.

Por esas razones, considera que se debe eximir de toda responsabilidad a su representada.

C. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Con auto de fecha diecinueve (19) de junio de dos mil siete (2007), conforme lo dispuesto por el artículo 209 de C.C.A., se ordenó abrir el proceso a pruebas (fl.125); y, mediante auto de fecha tres (03) de Abril del 2013 (fl.388-389), se corrió traslado a las partes y al representante del Ministerio Público para que presenten alegatos de conclusión y concepto de fondo respectivamente. En esta oportunidad procesal, las partes guardaron silencio; y, e agente Ministerio Público rindió concepto de fondo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, rindió concepto de fondo en esta oportunidad, solicitando que se declare responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO, por los perjuicios ocasionados a los hoy demandantes por la muerte del recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ.

Así lo considera, puesto que del protocolo de necropsia y del acta de levantamiento del cadáver del señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ Q.E.P.D, se logra evidenciar claramente que la muerte de aquel se produjo en las instalaciones de la Cárcel de San Sebastián de Ternera. Señala, que teniendo en cuenta que en los casos de muertes de reclusos al interior de centros carcelarios se aplica un régimen de responsabilidad objetiva, la entidad demandada solo podía exonerarse acreditando la existencia de una causa extraña o el hecho de un tercero; circunstancias que no se evidencian en el *sub lite*.

II. SANEAMIENTO DE LA ACTUACIÓN

Dado que, como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo Art. 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, no se observa causal de nulidad, impedimento alguno o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

III. CONSIDERACIONES

COMPETENCIA

Es competente este Tribunal, para conocer del presente proceso en primera instancia con fundamento en el numeral sexto del artículo 132 del C.C.A., toda vez, que la cuantía de la demanda supera el límite de los 500 smmlv dispuesto por la norma citada, para radicar la competencia en esta Corporación.

CADUCIDAD

La presente acción de reparación directa fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que el hecho que origina la demanda, esto es la muerte del recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, tuvo ocurrencia, el 18 de julio de 2006 y, la demanda se presentó el 28 de agosto de 2006, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que para tal efecto dispone el Art. 136 numeral 8º del C.C.A.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a establecer, si en el presente asunto existe responsabilidad del Estado por la muerte del recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, cuando éste se encontraba cumpliendo pena privativa de la libertad intramural en las instalaciones de la Cárcel san Sebastián de Ternera, bajo el cuidado del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC.

TESIS DE LA SALA

La Sala declarará responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, por la muerte del recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, quien fuera asesinado en las instalaciones de la Cárcel San Sebastián de Ternera a manos de otro interno, mientras cumplía pena privativa de libertad intramural..

La anterior tesis se sustenta en los argumentos que se exponen a continuación.

RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE.

En vigencia de la Constitución de 1991, la responsabilidad del Estado nace del daño antijurídico que le sea imputable, o por acción o por omisión, como lo

prevé el artículo 90 constitucional. Así, en primer lugar, la ACCIÓN que cause el daño antijurídico puede ser de cualquiera naturaleza porque la Carta Fundamental no la cualifica ni de irregular ni de regular y, en segundo lugar, la OMISIÓN que lo produce se finca siempre en la conducta subjetiva negativa del Estado, cuando éste deja de hacer lo impuesto por la Constitución, la Ley y el Reglamento o que por obligación le corresponde.

Con relación al régimen de responsabilidad aplicable, a los casos de muerte de personas privadas de la libertad dentro de establecimientos carcelarios, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha sido variable; por esa razón, es necesario que en este caso se analice la evolución que este tema ha tenido dentro de la Corporación de cierre de la Jurisdicción, partiendo del análisis realizado por la siguiente sentencia¹ así:

En un primer momento dicha sentencia señaló:

"En un primer momento se señaló que frente al retenido el Estado adquiría las obligaciones propias de la figura del depósito necesario de personas, con base en el artículo 157 del C.C., el cual, al regular el divorcio -antes de la reforma de la Ley 1 de 1976- traía entre las medidas cautelares que debía tomar el juez, la del 'depósito necesario' de la mujer, en forma similar a como lo prevén ciertas normas protectoras de menores o de los alienados. Se consideró que esta institución se configuraba en el momento en que las autoridades estatales capturaban al ciudadano y lo ponían, contra su voluntad y la de los suyos, bajo su guarda y vigilancia, para los efectos legales pertinentes, con lo cual los captores y guardadores se convertían en el depositario que debe responder -con obligación de resultado- por la vida e integridad del retenido, para cuya garantía están instituidas dichas autoridades estatales al tenor del entonces vigente artículo 16 de la Constitución Política de 1886 y que, como derecho 'inherente a la persona' en los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos' artículo 6º -

¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá D.C., mayo tres (3) de dos mil siete (2007) Radicación número 25000-23-26-000-1997-05080-01(21511) Actor JOSÉ AGUSTÍN CONTRERAS Y OTROS Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC Referencia ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

ratificado por Colombia por la Ley 74 de 1968- es la primera causa y razón de la existencia y organización del Estado²."

Posteriormente la tesis del depósito necesario fue abandonada y se estableció lo siguiente:

Posteriormente, la teoría del depósito necesario fue rechazada y se consideró que lo que permitía imputar responsabilidad al Estado en ese tipo de casos, era una obligación de carácter legal, ligada a las garantías constitucionales. Se afirmó que toda autoridad militar o de policía en su misión de reprimir la delincuencia, tenía el deber de capturar a las personas cuando sobre ellas pesaba alguna sindicación, pero con la aprehensión no nacía una relación contractual para mantenerlo con vida, sino que frente al detenido el Estado tenía una obligación legal de resultado consistente en respetar su vida, su integridad personal y psíquica³. Frente a la obligación de resultado que en relación con los retenidos tiene el Estado, se consideró, por ejemplo:

"...en torno de la responsabilidad de la administración por daños inferidos a quienes se encuentran privados de su libertad, en distintas oportunidades se ha sostenido el criterio de que los establecimientos carcelarios o penitenciarios asumen frente a los internos una obligación de brindarles seguridad, obligación que se considera de resultado y no simplemente de medio, la cual se traduce en el compromiso de la entidad pública respectiva de regresar a la sociedad al recluso en el mismo estado de salud en que fue recibido para su internamiento, excepto, desde luego, las enfermedades y problemas de salud inherentes ordinariamente a la misma naturaleza del ser humano. De no ser así, se ocasiona un daño antijurídico susceptible de ser indemnizado, según las voces del artículo 90 de la Constitución Política, salvo que por parte de la entidad oficial se compruebe la existencia de alguna causal exonerativa de responsabilidad"⁴.

En muchos casos se argumentó que el incumplimiento de la obligación de resultado que el Estado tenía para con los reclusos, configuraba una falla del

² Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de agosto 21 de 1981, Exp. 2750, C.P. Jorge Valencia.

³ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de diciembre 6 de 1988, Exp. 5187, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de julio 21 de 1995, Exp. 10147, C.P. Daniel Suárez. En igual sentido sentencias de: marzo 25 de 1993, Exp. 8000, C.P. Juan de Dios Montes; noviembre 4 de 1993, Exp. 8335, C.P. Julio César Uribe; noviembre 11 de 1993, Exp. 8684, C.P. Juan de Dios Montes; junio 2 de 1994, Exp. 8784, C.P. Julio César Uribe; julio 8 de 1994, Exp. 9244, C.P. Carlos Betancur; septiembre 5 de 1994, Exp. 9520, C.P. Carlos Betancur; marzo 10 de 1995, Exp. 9990, C.P. Daniel Suárez; marzo 30 de 1995, Exp. 10306, C.P. Julio César Uribe; abril 21 de 1995, Exp. 10547, C.P. Daniel Suárez Hernández.

servicio probada. Tal era el caso del incumplimiento de deberes legales específicos, como el de no ejercer control y vigilancia en los establecimientos carcelarios -Decreto 1817 de 1964, Ley 32 de 1986 y Ley 65 de 1993-, lo que posibilitaría la tenencia de armas por parte de los internos con las consecuentes agresiones entre ellos⁵.

Sin embargo, al mismo tiempo en otras providencias se aceptó que en relación con los daños sufridos por los retenidos, se podía optar por el régimen de la falla presunta⁶. Esta última posición fue constantemente reiterada hasta convertirse en la regla general al fallar este tipo de casos, en los cuales se sostenía que la falla se presumía con la sola demostración de que la víctima no había sido reintegrada a la sociedad en las mismas condiciones en las que había ingresado al lugar de detención. Por su parte, la Administración solo puede exculparse si prueba fehacientemente que actuó con diligencia, prudencia, pericia, etc., es decir, si demuestra que no ha cometido falta alguna."

En otro momento la teoría de la falla presunta del servicio fue desechada, para en su lugar analizar el cumplimiento de las cargas legales que le atañen a los centros carcelarios.

"Ulteriormente, la teoría de la falla presunta fue abandonada en forma definitiva por la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado y en su lugar se señaló que se le imputaba responsabilidad al Estado por los daños padecidos a causa de la muerte o lesiones de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, siempre que el Estado incumpliera los deberes de vigilancia y custodia que el ordenamiento jurídico le imponía. En algunas oportunidades se consideró que dada la evidente falla del servicio que se presentaba en el caso concreto, el régimen aplicable era el de falla probada del servicio⁷, pero, en su defecto, lo pertinente era hablar de la aplicación de un

⁵ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de marzo 25 de 1993, Exp. 8000, de junio 13 de 1993, Exp. 8337; de noviembre 11 de 1993, todas con ponencia de Juan de Dios Montes y, de marzo 10 de 1995, Exp. 9990, C.P. Daniel Suárez, entre otras

⁶ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sent. de febrero 1 de 1996, Exp. 10939, C.P. Jesús María Carrillo.

⁷ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de marzo 23 de 2000, Exp. 12814 y, noviembre 11 de 2002, Exp. 13814, ambas con ponencia de la Consejera María Elena Giraldo

régimen de responsabilidad objetivo⁸ y, en este último caso, en algunas oportunidades se continuó haciendo alusión a la infracción de obligaciones de resultado.”

Ahora bien, luego del análisis jurisprudencial que el H. Consejo de Estado ha dispuesto en diferentes momentos para la determinación del régimen de responsabilidad aplicable, en el caso de la muerte de personas privadas de la libertad bajo la tutela de establecimientos carcelarios, se analizará la tendencia actual de la jurisprudencia de la corporación de cierre de la jurisdicción sobre este tema.

En ese sentido el H. Consejo de Estado⁹ se ha pronunciado así:

“MUERTE DE RECLUSO - Régimen de responsabilidad

En la demanda se pidió la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada por el daño antijurídico consistente en la muerte violenta del señor JOSE JAIME RODRIGUEZ ROA cuando se encontraba interno en la Cárcel Modelo de la ciudad de Bogotá y se pidió así mismo su condena al pago de perjuicios morales y materiales sufridos por los demandantes por la mencionada causa, para lo cual se adujo la falla del servicio de la demandada, consistente en no brindar la protección y seguridad necesarias para garantizar la vida de quien se encontraba bajo su tutela, por hallarse privado de la libertad en virtud de una medida de detención preventiva proferida por un juzgado penal. En estos casos en los que se imponen medidas de privación de la libertad de las personas, el Estado asume frente a ellas obligaciones de custodia y vigilancia que se traducen en una garantía de seguridad personal de los internos, por las especiales condiciones de sujeción en la que éstos se hallan, razón por la cual la jurisprudencia de la Sala ha considerado que el régimen de responsabilidad que procede es el objetivo, en el cual dicha responsabilidad surge independientemente de la conducta de la entidad demandada, por el solo hecho de que una persona confinada en un establecimiento carcelario por cuenta del Estado, pierda la vida o sufra lesiones en su integridad física, de tal manera que la Administración no podrá eximirse de responsabilidad mediante la aportación de pruebas tendientes a acreditar que cumplió las obligaciones a su cargo y que no incurrió en falla del servicio; sólo podría desvirtuar tal responsabilidad, mediante la comprobación de una causa extraña. No obstante lo anterior, la Sala considera que, además de operar la responsabilidad objetiva como título de imputación general en esta clase de eventos, cuando surja comprobada dentro del proceso una falla del servicio como causante del hecho dañoso por el cual se reclama -lesiones

⁸ Consejo de Estado, S C A , Sección Tercera, sentencias de febrero 12 de 2004, Exp. 14955, mayo 20 de 2004, Exp. 22662 y, junio 24 de 2004, Exp. 14950, todas con ponencia del Consejero Ricardo Hoyos

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D C., veintiocho (28) de abril de dos mil diez (2010) Radicación número 25000-23-26-000-1997-03365-01(18271) Actor MYRIAM ROA DUARTE Y OTROS Demandado NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA-INPEC Referencia ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

físicas o deceso de una persona detenida o privada de su libertad-, es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias y adopte los correctivos que considere necesarios, por cuanto para deducir la responsabilidad de la Administración, basta que el daño se haya producido respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo su tutela y cuidado. Es claro entonces, que mientras en la generalidad de los casos en los que se comprueba la falla del servicio, la Administración puede eximirse de responsabilidad mediante la comprobación, no sólo de una causa extraña, como sería la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho también exclusivo y determinante de un tercero, sino también a través de la prueba de su obrar prudente y diligente en el exacto cumplimiento de las obligaciones y deberes a su cargo, en estos casos específicos de daños a personas privadas de la libertad, por tratarse de eventos de responsabilidad objetiva, la única forma en que la Administración se puede liberar de la responsabilidad que surge a su cargo, es precisamente a través de la comprobación de una causa extraña."

La posición anterior ha sido ratificada por el H. Consejo de Estado¹⁰ de la siguiente manera:

"RECLUSOS - Régimen de responsabilidad aplicable / RESPONSABILIDAD OBJETIVA - El Estado asume la seguridad de los internos

En relación con las personas que se encuentran privadas de la libertad, quienes deben soportar tanto la limitación en el ejercicio de sus derechos y libertades como, igualmente, la reducción o eliminación de las posibilidades de ejercer su propia defensa frente a las agresiones de agentes estatales o de terceros respecto de quienes puedan ser víctimas al interior del establecimiento carcelario, el Estado debe garantizar por completo la seguridad de los internos y asumir todos los riesgos que lleguen a presentarse en virtud de dicha circunstancia, razón por la cual esta Sección del Consejo de Estado ha considerado que el régimen de responsabilidad aplicable a los daños causados a las personas privadas de la libertad, en sitios de reclusión oficiales, es objetivo, teniendo en cuenta las condiciones especiales en las cuales se encuentran y con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política. Así pues, ha puesto de presente que en estos casos, entre las personas presas o detenidas y el Estado existen "relaciones especiales de sujeción". Con fundamento en lo anterior, puede concluirse entonces que la privación de la libertad de una persona conlleva, de manera necesaria una subordinación del recluso frente al Estado, amén de que lo pone en una condición de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, razón por la cual se genera entre tales sujetos una relación jurídica especial y, en virtud de ello, el Estado tiene la facultad constitucional y legal de restringir, limitar o modular algunos derechos fundamentales, de acuerdo con los fines de resocialización del interno y con las necesidades de orden y seguridad propias de los centros de reclusión; sin embargo, tal relación implica también que otros derechos fundamentales

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá, D C , veintiséis (26) de mayo de dos mil diez (2010) Radicación número 66001-23-31-000-1998-00454-01(18800) Actor. OFELIA PEREZ DIAZ Y OTROS Demandado INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC Referencia ACCION DE REPARACION DIRECTA APELACION DE SENTENCIA

como la vida e integridad personal no puedan ser limitados o suspendidos de forma alguna, sino que los mismos deben ser respetados y garantizados plenamente por las autoridades, pues –según se consideró anteriormente-, su seguridad depende por completo de la Administración. Así pues, cuando se encuentre acreditado un daño antijurídico causado en la integridad psicofísica del recluso y/o detenido, debe concluirse que el mismo resulta imputable al Estado, bajo un régimen objetivo de responsabilidad. Asimismo, la Sala estima necesario precisar que, si bien el título de imputación de responsabilidad al Estado por excelencia corresponde al de la falla del servicio, régimen de responsabilidad subjetivo que se deriva del incumplimiento de una obligación estatal y que se concreta en un funcionamiento anormal o en una inactividad de la Administración, lo cierto es que en estos eventos, debido a la especial relación jurídica de sujeción a la cual somete el Estado a la persona que priva de su libertad por su cuenta y decisión, el régimen de responsabilidad se torna objetivo, esto es que a pesar de demostrar la diligencia de la Administración, queda comprometida su responsabilidad, pues –bueno es insistir en ello–, el Estado asume por completo la seguridad de los internos. Lo anterior no obsta para que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a reclusos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión– a la Administración Pública.”

Tal como se observa, la posición actual de la corporación de cierre de la jurisdicción, sobre el tema de la muerte de personas privadas de libertad bajo la tutela de centros carcelarios, es la de aplicar un régimen de responsabilidad objetivo, toda vez que, se parte de la premisa que el Estado adquiere la posición de garante respecto de la persona retenida, puesto que se encuentra en un estado absoluto de vulnerabilidad e indefensión. Además de ello, los derechos fundamentales de ese grupo de personas no se extinguen por el hecho de estar privados de la libertad y, por esa razón el Estado debe velar para que aquellos sean respetados.

Ahora bien, la Sala estudiará los elementos que deben demostrarse en el régimen de responsabilidad objetiva, por la muerte de personas privadas de la libertad bajo la guarda de centros carcelarios.

El daño

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en señalar que éste es requisito *sine qua non* para la existencia de la responsabilidad extracontractual del estado, y que, por ende, ante la ausencia del mismo no procede la declaratoria de responsabilidad.

A efectos de demostrar la existencia del daño en el presente proceso, se allegaron al expediente los siguientes documentos.

- Copia auténtica del Registro Civil de Defunción de FRANCISCO JAVIER ARAQUE GOMEZ (FL. 5).
- Acta de levantamiento de cadáver N° 306 del 18 de julio de 2006, del señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ (FL. 141), en el cual se describe, el procedimiento adelantado por miembros de la Fiscalía General de la Nación, luego de la muerte de la víctima en este proceso.
- Copia autentica del Protocolo de Necropsia No. 20006P – 02020200370 de quien en vida respondía al nombre de FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Cartagena (Bol.), en el que se dictamina, que el Recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ fallece como consecuencia de las siguientes lesiones:

“DESCRIPCIÓN HERIDAS POR ARMA CORTOPUNZANTE

- 1.1. 3.5 por 3.5 cm localizada sobre la región deloidea derecha.*
- 1.2. Profundidad: 7cm.*
- 1.3. Lesiones deltoides, pectoral mayor, y ARTERIA SUBCLAVA*
- 1.4. Trayectoria: supero inferior, derecha izquierda, antero posterior.”*

En el presente asunto, este elemento de la responsabilidad del Estado no reviste mayor complejidad en cuanto a su acreditación se refiere, toda vez, que de conformidad con los documentos relacionados anteriormente, se encuentra plenamente sustentado.

Como primera medida, se observa el registro civil de defunción del occiso, el cual se ve refrendado con el protocolo de necropsia que se le realizó al cadáver de la víctima y el acta de levantamiento del cadáver. Son los anteriores documentos, pruebas incontrovertibles que le brindan plena certeza a la Sala sobre la muerte del señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ.

Ahora bien, visto lo anterior es necesario que se estudie la existencia del hecho dañino en este caso.

El hecho causante del daño

Para estudiar este elemento de la responsabilidad, se establecerán en primer lugar las pruebas que resultan evaluables sobre las circunstancias de tiempo, lugar y modo en las que se produjo la muerte al recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, para concluir la existencia o no, de este elemento de la responsabilidad.

Para tales efectos dentro del plenario obra Investigación penal llevada a cabo por la Fiscalía General de la Nación, en la cual reposan diversas entrevistas a familiares de la víctima y reclusos que presenciaron los hechos acaecidos en la Cárcel San Sebastián de Ternera, en la cuales se establecen las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales sucedió el homicidio del recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ. (fl140-171).

En ese mismo sentido, se aportó Copia auténtica del Protocolo de Necropsia No. 2006P – 02020200370 de quien en vida respondía al nombre de FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, emitido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Unidad Básica de Cartagena (Bol.), del cual se puede extraer lo siguiente: (fl. 147-150)

"(...) El caso pertenece un recluso de la cárcel de ternera que fue herido con arma blanca en el en el hombro derecho, hechos sucedidos el día 18-07-06 en dicho centro penitenciario." negrillas de la Sala (...)

Así mismo, se aportó el acta de levantamiento del cadáver N° 306 (fl. 141-142) de quien en vida respondía al nombre de FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, que da cuenta de que aquel fue herido con arma corto punzante estando recluido en el Patio B3 de la Cárcel San Sebastián de Ternera; y que posteriormente se produjo su deceso siendo aproximadamente las 6:20 en la

Clínica Laura Carolina, hechos ocurridos el día 18 de julio de 2006.

Realizando una valoración con base en las reglas de la sana crítica de la investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación, del Protocolo de Necropsia No. 2006P – 02020200370 y del acta de levantamiento de cadáver N° 306, la Sala obtiene plena certeza de la configuración de la existencia del hecho dañino en este caso, como elemento de la responsabilidad del Estado, como quiera que se evidencia de forma clara, las circunstancias de tiempo modo y lugar en las cuales acaeció la muerte del joven FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ , la cual dicho sea de paso, se produjo en las instalaciones de la Cárcel San Sebastián de Ternera el día 18 de julio de 2006, como consecuencia de herida con arma corto punzante, que le ocasionará otro recluso.

Nexo de Causalidad

El nexo causal es la determinación de que un hecho es la causa de un daño. En esa medida, en aras de establecer la existencia del nexo causal es necesario determinar si la conducta imputada a la Administración fue la causa eficiente y determinante del daño que dicen haber sufrido quienes deciden acudir ante el juez con miras a que les sean restablecidos los derechos conculcados.

Pues bien, como quiera que nos encontramos en el *sub judice*, con la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo, este elemento de la responsabilidad se estudiará de la siguiente manera:

En cuanto a la responsabilidad en los casos de muerte de reclusos, se aplica el régimen objetivo, en virtud del deber de protección especial a cargo del Estado respecto de quienes están privados de la libertad por las especiales condiciones de sujeción a las que están sometidos.

En ese sentido La Jurisprudencia del H. Consejo de estado¹¹ ha decantado que cuando se aplica la responsabilidad objetiva, la entidad demandada se exonera probando una causa extraña, es decir, fuerza mayor, culpa exclusiva

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, rad 18271, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

de la víctima o hecho de un tercero. En el *sublite*, a pesar de que el INPEC argumentó que había culpa de la víctima puesto participó en la riña que culminó con su muerte, ninguna prueba se allegó sobre la investigación que dicha entidad debió adelantar internamente por la muerte del recluso FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ; por lo cual no se tiene certeza de las afirmaciones realizadas por la entidad demandada.

De esa forma, era responsabilidad de la entidad demandada de proteger la vida del occiso, como quiera que el hecho de estar sometido a privación de la libertad, no genera la pérdida de sus derechos fundamentales; como ocurre en este caso, que se trasgredió el derecho a la vida de un recluso.

Así las cosas, comprobados los elementos que dan lugar a la aplicación de responsabilidad objetiva, a saber, que se produjo un daño y que éste fue respecto de una persona privada de la libertad y puesta bajo tutela y cuidado del establecimiento carcelario, procede entonces la atribución de responsabilidad a la entidad demandada; en consecuencia se procederá a la respectiva liquidación de los perjuicios.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Daño moral

En cuanto a la estimación de los perjuicios, y en lo tocante al daño moral, el mismo se presume en favor de los parientes más próximos¹², por existir entre ellos por naturaleza mayores lazos de fraternidad, amistad y solidaridad, esa proximidad comprende además de cónyuge, a los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero civil, bien sean ascendientes, descendientes o colaterales, por ello, quedan comprendidos dentro de la presunción los padres, hijos, cónyuges, nietos, abuelos y hermanos; tal como en el presente caso, con los padres, hijos y hermanos del occiso que estuvieron plenamente legitimados, con base en los registros civiles de nacimiento que fueron aportados al expediente en copia auténtica.

En este caso los perjuicios morales fueron tasados en un total 700 smmlv para los hijos y padres de la víctima; y 550 smmlv.. Sin embargo, con relación a la

¹² Consejo de Estado, sección tercera. sentencia de julio 17 de 1992. CP Dr Dantel Suarez Hernández

estimación del perjuicio moral, el H. Consejo de Estado ha determinado, en la mayoría de los casos y en el evento que se presente en su mayor intensidad, como tope máximo para la indemnización por daño moral, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes¹³, estimativo que tomará la Sala como punto de referencia para tasar la indemnización a reconocer a los demandantes por este concepto.

En ese sentido con relación a ANA VICTORIA (fl.8) y MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO (fl.7) (hijas) Y JANETH GÓMEZ ZABALA (madre), se condenará a la entidad demandada a cancelar la suma 100 smmlv por concepto de perjuicios morales; y, 50 smmlv para cada uno de sus hermanos que a continuación se relacionan: ANGELA VICTORIA ARAQUE GÓMEZ (fl.10) y JULIA EMILCE GÓMEZ ZABALA.(fl. 11)

Todo lo anterior encuentra asidero, en los registros civiles de nacimiento que reposan de folio 6 a 11 del expediente.

Sin embargo, con relación al padre de crianza URIEL ARAQUE ZAPATA y a la compañera permanente del occiso TANIA PAJARO MARTINEZ, la Sala se abstendrá de reconocer los perjuicios morales por ellos solicitados, toda vez que aquellos no se encuentran cobijados por la presunción de daño moral que para estos casos ha establecido el H. Consejo de Estado.

Por esa razón aquellos tenían la obligación de acreditar los lazos de fraternidad que los unían con el señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, a través de cualquiera de los medios probatorios establecidos para tal propósito; como quiera que dentro del expediente no se aportó prueba que así lo demostrara, devine en la negativa de esa pretensión, respecto de URIEL ARAQUE ZAPATA y TANIA PÁJARO MARTÍNEZ.

¹³ Al respecto ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29273. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de febrero de 2003. Exp. 12654, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Enriquez. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Exp. 16058. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

Perjuicios materiales: Lucro cesante

En la demanda se solicitó que se condenara al pago de la indemnización por concepto de perjuicios materiales causados en la modalidad de lucro cesante a favor de ANA VICTORIA y MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO en calidad de hijas de la víctima, consistentes en la ayuda económica dejada de percibir en razón de la muerte del señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ.

Igualmente, comoquiera que en la demanda no se solicitó reconocimiento alguno por concepto de daño emergente, salvo lo atinente a la condena en costas, lo cual será objeto de pronunciamiento más adelante, la Sala se ocupará, exclusivamente, de la solicitud de indemnización de perjuicios correspondiente al lucro cesante a favor de ANA VICTORIA y MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO, quienes actúan en calidad de hijas del hoy occiso, FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, reconocimiento que se estima procedente en consideración a que se encuentra demostrado, con fundamento en el testimonio de la señora Beatriz Barreto Balbin y del señor Ignacio Linares Mercado, que el mencionado señor Araque Gómez, antes de ser privado de su libertad, desarrollaba actividades productivas lícitas relacionadas con la venta de frutas en una carreta de su propiedad; así mismo señalaron los testimonios, que la víctima mientras estuvo recluido en la Cárcel San Sebastián de Ternera, desempeñaba labores productivas y lícitas, en aras del sostenimiento de sus hijas así: *"...trabajaba en la cárcel, hacia barquitos y mueblecitos y los mandaba a sus familiares para que los vendieran y así tener el sustento de sus hijos...";* a su vez se demostró que, con los ingresos que percibía, brindaba ayuda económica a sus hijas. (fls. 137 a 138),

Ahora bien, el H. Consejo de estado ha señalado que en los casos en los que se establezca el desarrollo de una actividad productiva pero que no se determine el monto de los ingresos, el perjuicio causado en la modalidad de lucro cesante debe calcularse teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente si se trata de una persona no profesional¹⁴.

¹⁴ Consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 31 de mayo de 2007, expediente 15 170, M P Dr Enrique Gil Botero

De conformidad con lo anterior, la Sala procederá entonces a liquidar las respectivas indemnizaciones debida y futura de la siguiente manera:

En relación con la liquidación de los perjuicios materiales solicitados por los hijos del señor **FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ**, se aplicará el criterio expuesto de forma reiterada por el H. Consejo de Estado, liquidando el lucro cesante, consolidado, con base en el tiempo transcurrido, desde la muerte del señor **FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ**, hasta la fecha de la presente sentencia; y el lucro cesante futuro, a partir de la fecha de esta providencia, hasta el tiempo de vida probable que le reste al occiso desde ese momento, con base en la información estadística que para tales efectos maneja la Superintendencia Bancaria. Para la fecha de los hechos, 18 de julio de 2006, el señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ contaba con 25 años de edad, de conformidad con el registro civil de nacimiento que obra a folio 6 del expediente; y como quiera que la expectativa de vida para una persona 25 años de edad, de conformidad con la tabla de mortalidad que para tales efectos estipula la Superintendencia Bancaria, equivale a 56.85 años, ello representa un total de 688.20 meses a reconocer por ese concepto.

No obstante, en el presente caso la indemnización por lucro cesante futuro, se limitará hasta la fecha en que las hijas del occiso alcancen la edad de 25 años, edad a partir de la cual, con base en las máximas de la experiencia, las personas se independizan de su hogar y subvienen sus necesidades a motu proprio.

En ese sentido, con relación a **MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO**, se tiene que nació el día 23 de junio de 1999, conforme al registro civil de nacimiento que obra a folio 7 del plenario; de tal manera que, aquella alcanzará la edad de 25 años en la anualidad del 2024, esto es, que desde la fecha de esta sentencia, 16 de octubre de 2013 hasta junio de 2024, se genera un periodo a indemnizar por lucro cesante futuro de 127 meses.

En igual sentido, respecto a **ANA VICTORIA ARAQUE PÁJARO**, conforme al registro civil de nacimiento que corre a folio 8 del expediente, nació el día 23 de abril de 2001; por consiguiente aquella alcanzará la edad de los 25 años en el 2026, lo que genera un lapso de indemnización por concepto de lucro cesante futuro de 149 meses.

Así las cosas, previas las salvedades anteriores, se liquidará el perjuicio material de acuerdo con los siguientes datos y operaciones:

Se tomará como ingreso base para la liquidación de los perjuicios al salario mínimo del año en que falleció el señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ, conforme a lo explicado anteriormente, monto que al ser actualizado, resulta inferior al salario mínimo legal mensual que rige para el año 2013 (\$ 589.500) y, por esa razón se tomará el último de ellos para la liquidación, el cual será adicionado en un 25% por concepto de prestaciones sociales, operación que arroja como resultado la suma de \$ \$736.875; no obstante, a dicho monto se le descontará el 25%, el cual corresponde al porcentaje que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala, es la cantidad destinaba por el occiso para atender sus propios gastos personales, arroja el valor de \$ 552.656. .

Ingreso de la víctima: \$ 552.656.00

Expectativa de vida total de la víctima: 56.85 años (688 meses)

Período consolidado: 87 meses

Período futuro: respecto de MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO (octubre de 2013 a junio 23 de 2024, 127 meses) y ANA VICTORIA ARAQUE PÁJARO (octubre de 2013 a abril de 2026, 149 meses)

Consolidado: Desde la fecha de la muerte del señor FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ (julio de 2006), hasta la fecha de expedición de esta sentencia (octubre de 2013), esto es 87 meses, aplicando la siguiente fórmula:

$$S = VA \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$
$$S = \$ 552.656 \frac{(1.004867)^{87} - 1}{0.004867}$$

S = \$ 59.685.209.94

La siguiente suma de dinero, será dividida entre dos, como quiera que el occiso debiera responder simultáneamente por sus hijas, **MARÍA FERNANDA Y ANA**

MARÍA ARAQUE PÁJARO, de lo cual resulta que para cada una de ellas se ordenará al INPEC que cancele la suma de **\$29.842.604.56**, por concepto de **lucro cesante consolidado**.

Futuro: Ahora bien, tal como se determinó, el periodo de vida probable del señor **FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ**, equivale a 688.20 meses, sin embargo, la condena por este rubro se limitara hasta el momento en que las hijas del occiso cumplan la edad de 25 años, conforma a lo explicado anteriormente:

Lucro cesante futuro para MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO

$$S = 552.656 \frac{(1+0.004867)^{127}-1}{0.004867 (1+0.004867)^{127}}$$

S = \$ 52.259.637.06

Tal como se expuso respecto de la indemnización del lucro cesante consolidado, en este caso a la actora le corresponderá por concepto de lucro cesante futuro, el 50% del valor anterior, como quiera que se entiende que el occiso también tenía bajo su cargo a su hermana. Por consiguiente, se ordenará a la entidad demandada a cancelar a **MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO**, la suma de **\$26.129.818.53**, por concepto de **lucro cesante futuro**.

Lucro cesante futuro para ANA VICTORIA ARAQUE PÁJARO

$$S = 552.656 \frac{(1+0.004867)^{149}-1}{0.004867 (1+0.004867)^{149}}$$

S = \$ 58.469.065.

Tal como se expuso respecto de indemnización del lucro cesante consolidado, en este caso a la actora le corresponderá por concepto de lucro cesante futuro, el 50% del valor anterior, como quiera que se entiende que el occiso también tenía bajo su cargo a su hermana. Por consiguiente se ordenará a la entidad demandada a cancelar a **ANA VICTORIA ARAQUE PÁJARO**, la suma de **\$29.234.532**, por concepto de **lucro cesante futuro**.

COSTAS.

Por último, no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandada fundamento para imponerle condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 del C.C.A.

CONSULTA.

En consideración a que la condena impuesta supera los 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, se dispondrá que en el evento de que la presente sentencia no sea apelada se remita al H. Consejo de Estado con el objeto de que surta el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 004, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO I.P.E.C.**, administrativa y patrimonialmente responsable por el daño antijurídico causado a los demandantes dentro del proceso, en virtud del homicidio del señor **FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ**, ocurrido en el interior de la Cárcel San Sebastián de Ternera, ubicada en la Ciudad de Cartagena de Indias

SEGUNDO: Como consecuencia del numeral anterior, **CONDENAR** al **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO I.P.E.C.**, a pagar a título de indemnización las siguientes sumas:

1. Por concepto de daño moral por la muerte del señor **FRANCISCO JAVIER ARAQUE GÓMEZ**: Para **ANA VICTORIA** y **MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO** (hijas) Y **JANETH GÓMEZ ZABALA** (madre), la suma de 100 smlmv para cada una de ellas; y, Para sus hermanas **ANGELA VICTORIA ARAQUE GÓMEZ** y **JULIA EMILCE GÓMEZ ZABALA**, la suma de 50 smlmv para cada una de ellas.

- Por concepto de daño material en la modalidad de **lucro cesante consolidado** para **ANA VICTORIA** y **MARÍA FERNANDA ARAQUE PÁJARO** (hijas),

(\$29.842.604.56)VEINTINUEVE MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS, para cada una de ellas; y por concepto de **lucro cesante futuro** para **ANA VICTORIA PÁJARO ARAQUE** la suma de **VEINTINUEVE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS TREINTA Y DOS PESOS(\$29.234.532)**; así mismo para **MARÍA FERNANDA ARAQUE GÓMEZ** por concepto de **lucro cesante futuro**, la suma de **VEINTISÉIS MILLONES CIENTO VEINTINUEVE MIL OCHOCIENTOS DIECIOCHO PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS. (\$26.129.818.53)**

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: No hay lugar a condenar en costas en esta instancia.

QUINTO: CUMPLIR la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C. C.A.

SEXTO: Si no fuese apelada la presente providencia, acorde con lo dispuesto en el inciso primero del artículo 184 del C.C.A, en consideración al monto de la condena impuesta, consúltese esta sentencia ante el H. Consejo de Estado

SÉPTIMO: Ejecutoriada ésta providencia, expídase copia auténtica para su cumplimiento, haciéndose constar en la primera que presta mérito ejecutivo.

OCTAVO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, procédase al archivo, previas constancias del caso en el sistema siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ENECER FANDINO GALLO

FAB

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
EDICTO N° 1230
(ART. 323 C. P. C.)

CLASE DE PROCESO	: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA
MAGISTRADA PONENTE-DRA:	LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO
DEMANDANTE	: ALFREDO TATIS BENZO Y OTRO
DEMANDADO	: DEPARTAMENTO DE BOLIVAR Y EDURBE S-A
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2010-00004-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
DESPACHO DE DESCONGESTIÓN 002

SALA DE DECISIÓN N° 004

SENTENCIA No. 271 ~~2013~~

Cartagena de Indias, D. T y C., Octubre Dieciséis (16) de dos mil trece (2013)

Tema: Carga de la prueba – Enriquecimiento sin causa.

Magistrada de Descongestión: LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

Radicación: 13-001-33-31-009-2010-00004-01
Clase de proceso: REPARACIÓN DIRECTA
Demandante: ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO IGNACIO SAMUDIO TRALLERO¹
Demandado: DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR - EDURBE

La Sala de decisión No. 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSSA 8347 de Julio 29 de 2011, PSSA12 9201 de febrero 1° de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de octubre 26 de 2012, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena dentro del proceso de REPARACIÓN DIRECTA instaurado a través de apoderado judicial, por ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO IGNACIO SAMUDIO TRALLERO contra el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR EDURBE.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO IGNACIO SAMUDIO TRALLERO, a través de apoderado judicial incoaron demanda de REPARACIÓN DIRECTA contra el el

¹ Mediante Providencia de fecha 14 de octubre de 2010 se aceptó la cesión del derecho litigioso realizada entre los demandantes y en virtud de lo cual se estableció como cedente el señor ALBERTO SAMUDIO TRALLERO y como cesionario ALFREDO TATIS BENZO.

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR EDURBE, formulando las siguientes:

PRETENSIONES:

"PRIMERO: Que se declare administrativamente responsable al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y a la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR "EDURBE" de los perjuicios ocasionados al señor ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO IGNACIO SAMUDIO TRALLERO, como consecuencia del no pago de los Honorarios profesionales por los diseños del contrato celebrado entre EDURBE y el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR el día dos (2) de noviembre de 2007, por enriquecimiento sin justa causa.

SEGUNDO: Que se condene mancomunadamente al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y a la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR "EDURBE" a pagar a favor de ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO IGNACIO SAMUDIO TRALLERO por concepto de Honorarios profesionales y a raíz de los diseños del contrato celebrado entre EDURBE y el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR el día dos (2) de noviembre de 2007, por la suma de VEINTE Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHO PESOS MCTE (\$ 25.947.708.00) a la fecha de ejecutoria del fallo, o la cifra equivalente en el momento de la sentencia favorable.

TERCERO: Que se condene mancomunadamente al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y a la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR "EDURBE" a pagar a favor de ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO IGNACIO SAMUDIO TRALLERO por concepto de perjuicios morales, la suma de diez millones de pesos m/c (\$10.000.000) a la fecha de ejecutoria del fallo, o la cifra equivalente en el momento de la sentencia favorable.

CUARTO: Que el valor de la condena se actualice conforme a lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., incluyéndole a la suma indexada, los intereses legales causados desde cuando se produjeron los daños hasta cuando sean reconocidos los perjuicios materiales, de acuerdo con las formulas que viene aplicando la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

QUINTO: Que a la sentencia se le dé cumplimiento en el término previsto por el artículo 176 del C.C.A., y se haga efectiva de conformidad con el artículo 177 *ibidem*.

SEXTO: Que se condene en costas a la demandada conforme lo permite la ley 446 de 1998.

HECHOS

En lo relevante, los fundamentos fácticos de la demanda son del siguiente tenor:

El DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, con el fin de preservar el espacio público en el área colindante con el PALACIO DE GOBIERNO DEPARTAMENTAL, invitó a profesionales en el área de la arquitectura, para que presentasen proyectos en tal sentido.

El señor ALFREDO TATIS BENZO, atendiendo la anterior invitación, y con la asesoría del arquitecto ALBERTO SAMUDIO TRALLERO, presentó ante Gobernador de Departamento "Proyecto arquitectónico y presupuesto para trabajos de remodelación de la Plaza de la Proclamación".

El día 29 de mayo de 2007, la Directora del Patrimonio Departamental remitió a la División de Patrimonio y Cultura de Cartagena el proyecto "Remodelación de la Plaza de la Proclamación", para su respectivo visto bueno por parte del comité técnico de patrimonio distrital, que, una vez reunido, abordó el tema del proyecto presentado por el señor Tatis y el señor Samudio, el cual se constituyó en el único proyecto analizado, y que posteriormente fue remitido a Planeación Distrital y al Ministerio de Cultura.

El día 29 de octubre de 2007, cuando desde abril del mismo año, ya en la Gobernación de Bolívar se había recibido el proyecto de los mencionados, se remitió a la empresa EDURBE oficio con asunto: *Remodelación Plaza de la Proclamación* y de cuyo texto se podía leer que el Departamento Bolívar estaba interesado en celebrar contrato interadministrativo para la ejecución del proyecto en referencia, invitándose a la presentación de oferta de pliego de condiciones, anexando para los efectos el presupuesto oficial.

Seguidamente, el 2 de noviembre de 2007, entre la Gobernación del Departamento de Bolívar y la empresa EDURBE se celebra contrato con objeto: *Remodelación Plaza de la Proclamación* de acuerdo con las especificaciones técnicas, cantidades de obra y demás condiciones contenidas, tanto en la carta de invitación, como en el documento de proyecto propuesto.

El Proyecto que remitió la Gobernación de Bolívar a EDURBE, es el mismo que fue radicado en sede de la entidad departamental por el señor ALFREDO TATIS, que fue estudiado por el correspondiente Comité Técnico Asesor y posteriormente remitido a Planeación Distrital y al Ministerio de Cultura; siendo a su vez el mismo proyecto contratado por el Departamento de Bolívar con EDURBE, para que esta empresa fuera la que ejecutase, teniendo en cuenta el trabajo del particular TATIS BENZO, sin que el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, cancelase a éste último el valor de su labor profesional, procediendo de otro lado EDURBE a firmar, ejecutar y cobrar el valor de las obras, beneficiándose económicamente ambas entidades de la labor del profesional afectado, quien no ejecutó el proyecto, no celebró contrato, ni recibió compensación alguna por su proyecto, lo que denota mala fe por parte de la administración.

El señor ALFREDO TATIS BENZO, enterándose el día 2 de noviembre de 2007, de que su proyecto de remodelación había sido el contratado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y EDURBE, 11 días después, radicó memorial ante el primer ente, solicitando la devolución de los planos del proyecto, argumentando que el costo del diseño no lo había cobrado, y que pensó que sería él quien ejecutaría las obras, anexándosele a tal memorial cuenta de cobro por honorarios tasados con base en las tarifas mínimas de la sociedad de ingenieros y arquitectos de Colombia, y que ascendían a la suma de \$25.947.708.

El día 29 de mayo de 2009 formuló derecho de petición, a fin de obtener respuesta en torno a la presentación del proyecto de su autoría, y si el mismo fue seleccionado y ejecutado.

El 24 de junio de 2009 el Departamento de Bolívar responde a través del Secretario de Obras Públicas manifestando que desconoce si el proyecto

anunciado fue tramitado y presentado ante la Secretaría de Gobierno, desconociendo igualmente el trámite de selección surtido en torno a la obra ejecutada por EDURBE, y que en los archivos de la entidad no aparece cancelación a persona alguna por este proyecto.

EDURBE también respondió derecho de petición, señalando, que el contrato celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR con esa entidad, tuvo como objeto la remodelación de la Plaza de la Proclamación, y que el proyecto por ella ejecutado fue entregado por la Gobernación de Bolívar, y que por el mismo no se canceló suma alguna de dinero.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Las entidades accionadas comparecieron al proceso para ejercer su derecho de defensa.

DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR:

Manifestó que el demandante no logró probar que el Departamento de Bolívar invitara a profesionales para la presentación de proyectos arquitectónicos para la remodelación de la Plaza de la Proclamación, y que la única invitación de la que se tiene pleno conocimiento en tal sentido, fue la efectuada a EDURBE.

Que el señor ALFREDO TATIS, tan sólo presentó un oficio de fecha 24 de abril de 2007, en el que voluntariamente manifiesta presentar un proyecto y un presupuesto para remodelación de la Plaza de la Proclamación – de conformidad con lo aportado como anexo de la demanda -, sin embargo, debe tenerse en cuenta que para este tipo de proyectos adelantados por cualquier entidad pública, es necesario que medie una convocatoria pública y un proceso de selección definido en el estatuto de la contratación pública, lo que implica presentar proyectos de conformidad a lo estipulado en la ley, acompañado de soportes técnicos y demás exigencias, lo cual no aparece demostrado.

Que no existe forma de establecer, que sea el proyecto arquitectónico de los demandantes el que se presenta para el estudio y visto bueno del IPCC, y que

en términos generales la parte demandante no logra probar que el proyecto ejecutado por EDURBE, sea el mismo presentado por la Gobernación de Bolívar, resultando evidente que entre el Departamento de Bolívar y los señores ALBERTO TATIS BENZO y ALBERTO SAMUDIO TRELLERO no existió relación administrativa, contractual o contraprestacional que los vincule y/o genere obligaciones a cargo de la administración local.

EDURBE:

El escrito de defensa por parte de esta entidad se encuentra orientado a demostrar la falta de legitimación en la causa por pasiva dentro del proceso, afirmando que su actuación se limitó a ejecutar las obras para las cuales fue contratada – en los términos del convenio -, es decir, una vez recibe el diseño establecido por el contratante DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, procede a darle cumplimiento a cada una de sus obligaciones contractuales, como contratista ejecutor de acuerdo a lo pactado mediante convenio interadministrativo N° 353, en el que como objeto se acordó la ejecución de la obra: *REMODELACIÓN PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN CENTRO MUNICIPIO DE CARTAGENA DE INDIAS DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR.*

II. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia de Octubre 26 de 2012, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, puso fin a la primera instancia, decidiendo:

PRIMERO: NIEGANSE las súplicas de la demanda.

SEGUNDO. Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Manifiesta la Juez a – quo a manera de conclusión, previo análisis legal y jurisprudencial sobre la acción escogida, así como de las pruebas que se allegaron a autos; que:

Así las cosas, como quiera que en este caso la pretensión de compensación se fundamenta en una obra intelectual realizada por los demandantes, era necesario que se demostrara sin la menor hesitación que las obras de remodelación de la aludida Plaza se realizaron con base en el diseño por ellos

presentados, situación que como vimos, no pudo acreditarse, ni aún asignando valor probatorio a las Actas de Comité de Patrimonio, en gracia de discusión, pues ni siquiera se probó que el Gobernador extendió una invitación para tal menester a los demandantes.

Entonces, debe concluirse, a partir del análisis probatorio antes efectuado, que no se pudo demostrar la configuración del enriquecimiento sin causa alegado por la parte actora, ante la ausencia en el plenario del primero de los requisitos necesarios para ello, cual es el traslado patrimonial injustificado a favor de la Gobernación con el empobrecimiento correlativo de los aquí demandantes; situación que inevitablemente conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de Octubre 26 de 2012 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del circuito de Cartagena, que negó lo pretendido en la demanda.

Consideró que contrario a lo determinado por la Juez A-quo, sí se presentó un enriquecimiento sin causa por parte de la Gobernación de Bolívar, ya que ejecutó un proyecto para embellecer la ciudad, sin pagar ningún precio por concepto de honorarios del proyecto mencionado, aprovechándose del ingenio y del trabajo de los señores ALFREDO TATIS y ALBERTO SAMUDIO.

Lo anterior queda demostrado con el dictamen del perito nombrado, el cual no fue sometido a una sana crítica cuando se tomó la decisión final, pues el perito VICENTE AMOR MATOS fue muy enfático al decir que el proyecto ejecutado en la plaza de la proclamación por EDURBE fue el mismo proyecto realizado por los demandantes, además analizado y aprobado por Comité Técnico del IPCC.

Que el Despacho basó su decisión en los fundamentos expresados en el concepto técnico rendido por el arquitecto EDWIN CABARCAS BANQUEZ, en el que manifiesta que al gobernador le interesó la obra que se realizaba en el Camellón de los mártires por EDURBE y que por eso le solicitó a esta entidad que presentará propuesta, además manifiesta, que con ese mismo concepto

se procedió a la realización de las obras en la plaza de la proclamación, y que los materiales de ambas plazas son los mismos; sin embargo, debe tenerse en cuenta lo que EDURBE, como entidad que ejecutó el contrato manifiesta, y es que los planos y proyectos realizados le fueron entregados por la Gobernación de Bolívar, surgiendo necesariamente el interrogante: ¿De donde obtuvo el ente departamental los planos y proyectos que se ejecutaron en la plaza de la proclamación?

Que de acuerdo a lo planteado y demostrado en la demanda se responde el anterior interrogante, pues el proyecto ejecutado mediante convenio interadministrativo fue elaborado y presentado por los arquitectos ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO SAMUDIO TRALLERO, lo que da lugar a revocar la sentencia que se apela, y en su lugar reconocer y pagar los honorarios pretendidos con la demanda.

IV. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto adiado en mayo 14 de 2013 se dispuso la admisión del recurso de alzada (F. 251); por auto del 5 de junio de 2013 se dio traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para emitir concepto (F. 253).

Ninguna de las partes alegó de conclusión en la presente instancia.

Concepto del Ministerio Público.

El agente del ministerio público, notificado del traslado para alegar de conclusión, no emitió concepto en la presente instancia tal.

SANEAMIENTO DE LA ACTUACION

Tramitada la segunda instancia y como resultado de la revisión procesal ordenada en el artículo 25 Ley 1285 de 2009 – Modificatoria de la Ley 270 de 1996, advierte la Sala que en este caso, impedimento de la H. Mag. MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ para conocer del proceso de la referencia por haber sido juez fallador de la primera instancia, cuando se desempeñó como titular del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de esta ciudad. Causal que se subsume en la consagrada en el numeral 2º del art. 150 del C.P.C *Haber conocido del proceso*

en instancia anterior, el juez, su cónyuge, o alguno de sus parientes ..., y su participación en este asunto se encuentra debidamente documentada en el plenario.

Con base en lo anterior, es del caso dejar sentado la aceptación de la Sala frente al impedimento al que se ha hecho referencia.

Por lo demás, no se observa causal de nulidad, o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, y se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

Es competente esta Corporación para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, de conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo.

Caducidad

La causa de la referencia fue iniciada en tiempo, si se tiene en cuenta que la acción escogida fue la de reparación directa; y, los hechos de la demanda, dan cuenta de un supuesto enriquecimiento sin justa causa, que se consolidó con el convenio interadministrativo celebrado entre el Departamento de Bolívar y EDURBE S.A., el 2 de noviembre de 2007, de manera que habiéndose presentado solicitud de conciliación el 30 de octubre de octubre de 2009, y que la correspondiente constancia se expidió el 15 de enero de 2010², el tiempo a favor de 2 días que se reactiva a partir de ésta última fecha, permitía demandar hasta el 19 de enero de 2010, por lo que habiéndose presentado la demanda el día 18 de ese mismo mes y año, la acción se tiene como ejercida en tiempo, es decir dentro del término de caducidad de 2 años que prevé el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A.

² Correspondió a día viernes

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que se planteará, está determinado por los motivos objeto de la apelación interpuesta por la parte demandante, la cual ataca la decisión del Juzgado de negar las pretensiones de la demanda; argumentando que sí existen los elementos de prueba que permiten establecer un enriquecimiento injustificado del ente departamental demandado, y un correlativo empobrecimiento por parte de ALFREDO TATIS BENZO, en virtud de la prestación de servicios intelectuales que se encontró desprovista de un contrato estatal, y que posteriormente fueron utilizados por el Departamento de Bolívar para la celebración de un convenio interadministrativo con EDURBE S.A.

Por lo anterior, corresponde verificar en autos, si la decisión de primera instancia estuvo ajustada a la realidad procesal que surge de la revisión del expediente, de cara a determinar si se concreta el supuesto enriquecimiento sin justa causa en el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR, ante el incumplimiento de obligaciones a favor de ALFREDO TATIS BENZO, por servicios que éste le prestara al mencionado ente, antes de la celebración contractual de la que se tiene cuenta entre dos entidades del Estado.

Al respecto, es claro que para que se pueda edificar una decisión, resulta imprescindible valorar las pruebas legal y oportunamente aportadas, y que en el presente caso se constituyen en carga para la actora, en la medida en que está obligada a acreditar los supuestos de hecho en los que basa la responsabilidad invocada, y donde se pone de presente la figura del enriquecimiento sin causa, siendo este un principio general de derecho sustantivo, que prohíbe incrementar el patrimonio sin razón justificada, el cual encuentra como vía procesal a través de la cual se puede obtener la cesación de sus efectos la acción *in rem verso*, cuya finalidad es única y exclusivamente compensatoria.

Así, la Sala efectuará el correspondiente análisis del acervo allegado a autos, teniendo en cuenta el argumento de los apelantes, y dado el deber que tiene de analizar en detalle las conductas de las partes y las particularidades fácticas del caso.

Pruebas existentes en autos³

1. Copia de misiva signada por ALFREDO TATIS BENZO y dirigida al Gobernador del Departamento de Bolívar, visualizándose sello de recibido por la entidad en fecha 30 de abril de 2007, y con la que se anuncia la presentación del proyecto arquitectónico y presupuesto, para trabajos de remodelación de la Plaza de la Proclamación, leyéndose:

"Atentamente me permito presentar el proyecto arquitectónico y presupuesto para los trabajos de remodelación de la Plaza de la Proclamación.

El proyecto permite crear una gran plaza o ágora para la recreación del caminante con pisos combinados entre adoquín y baldosas dúo capa, faroles de estilo republicano y esculturas que enriquezcan el patrimonio cultural.

El proyecto ha sido elaborado con la asesoría del arquitecto Alberto Samudio Trallero, ampliamente conocido por su experiencia en este tipo de proyectos."

El valor de las obras es de TRESCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS UN MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS M/CTE. (\$ 377.201.305), para su cancelación propongo un pago del 60% como anticipo y el saldo según el avance de la obra" (F. 13).

2. Copia de Acta: Comité Técnico de Patrimonio Histórico y Cultural de fecha 5 de junio de 2007, suscrita por la Representante de los Museos de Cartagena, la Representante de los Residentes del Centro Histórico de Cartagena, el Representante de la Sociedad Colombiana de Arquitectos, el Representante del Ministerio de Cultura, el Representante de las Facultades de Arquitectura, el Representante de la Academia de Historia de Cartagena, y el Alcalde Mayor de Cartagena como Presidente del Comité Técnico de Patrimonio Histórico y Cultural, así como por su Secretario Técnico. (F. 14 a 21).

³ C.P.C. Art. 174 "Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso" Art. 177 "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"

En el acápite: ORDEN DEL DÍA de dicha acta, se enuncia la presentación de proyectos, y dentro de los cuales se consigna: NOMBRE DEL PROYECTO: PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN DIRECCIÓN: FRENTE A LA GOBERNACIÓN Y CATEDRAL DE CARTAGENA. PROPIETARIO: GOBERNACIÓN DE BOLÍVAR. PROFESIONAL RESPONSABLE: ARQ ALBERTO SAMUDIO TRALLERO – ALFREDO TATIS BENZO. REFERENCIA CATASTRAL: ESPACIO PÚBLICO DEL CENTRO HISTÓRICO FECHA DE RADICACIÓN: MAYO 30 DEL 2007 . USO: *Interviene el señor Alcalde, expresando que este proyecto es importante y necesario para la ciudad, le solicita a los miembros del Comité Técnico hacer observaciones...*”.

3. Copia de oficio expedido por la Directora de Patrimonio Departamental al Jefe de la División de Patrimonio – Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena el 29 de mayo de 2007, remitiendo el proyecto: REMODELACIÓN DE LA PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN para visto bueno (F. 28). Figura igualmente original de documento signado por el señor ALFREDO TATIS BENZO con fecha de recibido ante el IPCC el día 30 de mayo de 2007, y por el cual se le hace entrega a la entidad del proyecto: “Plaza de la Proclamación” y copia simple de documento denominado: CONCEPTO PREVIO SOBRE EL PROYECTO ARQUITECTONICO “PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN” de fecha 8 de junio de 2007, expedido por el Comité Técnico de Patrimonio Histórico y Cultural de Cartagena de Indias, señalándose en el mismo como profesionales responsables a los arquitectos ALFREDO TATIS y ALBERTO SAMUDIO, leyéndose: “El Comité Técnico de Patrimonio y Cultural, en uso de sus facultades consagradas en los numerales 4 y 5 del artículo 9º del Acuerdo N° 001 del 04 de febrero de 2003 CERTIFICA que en reunión de fecha 7 de Mayo de 2007, se realizó el estudio técnico del proyecto ARQUITECTONICO “PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN”, el cual se aprobó por mayoría de votos, según lo contenido en los planos remitidos a la Secretaría Técnico de Comité, mediante Acta N° 11 de Junio 8 del 2007.

Este proyecto cuenta con el VISTO BUENO, por parte de la División de Patrimonio, del Instituto de patrimonio y Cultura IPCC, para realizar las obras de CERRAMIENTO correspondiente a la del predio por considerarlo necesario para garantizar la salvaguarda de los peatones que transitan por el frente del predio. Este visto bueno...” (F. 22 y 23 y 29 a 36).

4. Copia de Carta dirigida al Gobernador de Bolívar con sello de recibido del 20 de noviembre de 2007, por ALFREDO TATIS BENZO, en la que se lee: *"Por la presente me dirijo a usted muy respetuosamente con el fin de solicitarle la devolución de los planos del proyecto de diseño denominado "Plaza de la Proclamación" el cual fue diseñado por mí y aprobado por el Instituto de Patrimonio y Cultura de Cartagena, la anterior solicitud está motivada por la siguiente razón. El costo del diseño del proyecto no se cobró debido a que yo ejecutaría la obra, situación que no se dio, porque el presupuesto presentado fue rebajado considerablemente poniendo en riesgo la calidad de la obra y sus acabados, adicionalmente el tiempo en que se ejecutaría la obra sería de 45 días plazo que no es suficiente para el desarrollo normal lo que obligaría para el cumplimiento a realizar trabajos nocturnos horario que no fue incluido en el presupuesto inicial de la obra. Por tal motivo solicito la devolución de mi diseño y la resolución de aprobación del mismo o en caso contrario cancelar los honorarios profesionales correspondientes al diseño arquitectónico."* Como anexo a lo anterior figura documento: LIQUIDACIÓN DE HONORARIOS DE ACUERDO A LAS TARIFAS MÍNIMAS DE LA SOCIEDAD DE INGENIEROS Y ARQUITECTOS DE COLOMBIA. (F. 24 y 25). (Negrillas de la Sala).
5. Copia de oficio de fecha 29 de octubre de 2007, signado por el Gobernador del Departamento de Bolívar y dirigido a EDURBE S.A., en el que se manifiesta el interés del Departamento de Bolívar en celebrar contrato interadministrativo para la ejecución del proyecto: Remodelación Plaza de la Proclamación, y se invita a EDURBE S.A. a presentar oferta de acuerdo al pliego de condiciones. (F. 48). Seguido a lo anterior figura copia simple de documento expedido por la Secretaría de Obras Públicas de la Gobernación de Bolívar, en el que se lee: Presupuesto Oficial Proyecto: Remodelación Plaza de la Proclamación Centro Municipio de Cartagena de Indias, y se relaciona descripción de obras y materiales con sus costos. (F. 49).
6. Copia autentica de contrato interadministrativo SOP N° 353 celebrado entre el DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR y la EMPRESA DE DESARROLLO

URBANO DE BOLÍVAR EDURBE S.A, cuyo objeto se describe como: *REMODELACIÓN PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN CENTRO MUNICIPIO DE CARTAGENA DE INDIAS DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR* valor: \$ 215.493.060.90 y plazo: 45 días. (F. 51 a 58).

7. Copia de Oficio SOP 312-2009, de fecha 24 de junio de 2009, por el cual el Secretario de Obras Públicas de la Gobernación de Bolívar emite respuesta dirigida a ALFREDO TATIS BENZO, ante el antecedente de solicitud efectuada por éste a la entidad. En dicho oficio se manifiesta el desconocimiento acerca del proyecto que se afirma haber sido presentado ante la Secretaría de Gobierno, que la secretaría de obras públicas también desconoce acerca de la selección de proyecto alguno, y que sobre el proyecto: Plaza de la Proclamación, tal obra fue ejecutada por EDURBE S.A.; que una vez revisados los archivos, no aparece cancelación a alguna persona sobre el proyecto del que se da cuenta en la solicitud. (F. 61).
8. Original de oficio de 6 de julio de 2009, por el que EDURBE S.A. también emite respuesta al mencionado señor TATIS BENZO, indicando, que la Gobernación de Bolívar y EDURBE S.A. suscribieron un convenio interadministrativo para la remodelación de la Plaza de la Proclamación, de acuerdo con las especificaciones técnicas, cantidades de obra y demás condiciones contenidas en la cata de invitación firmada por el Secretario de obras públicas de la Gobernación (Departamento de Bolívar), que el diseño del proyecto ejecutado fue entregado por este último ente, que EDURBE no canceló suma alguna por concepto de diseño, y que dicho gasto no estuvo incluido en el presupuesto oficial del citado convenio. (F. 62 y 63). (Subrayado de la Sala).
9. Concepto técnico emitido por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Bolívar, y Certificación del Acta del Comité de Conciliación donde se adopta la decisión sobre la solicitud de conciliación presentada por ALFREDO TATIS BENZO y ALBERTO SAMUDIO TRALLEO. En el primer documento se lee: "El Gobernador de

Bolívar, para ese entonces, Dr. LIBARDO SIMANCAS TORRES, interesado en PEATONALIZAR, la Plaza y tratar de preservar el Espacio Público, propuso al secretario de obras públicas, Ing. Carlos Alvarado Bello, estudiar los trabajos que se venían realizando por parte del DISTRITO DE CARTAGENA en el Diseño de Pisos que se realizaron en el Camellón de los mártires y ver si era posible implementarlo, en la PLAZA DE LA PROCLAMACIÓN, con el fin de entregarles este espacio tan importante a los CARTAGENEROS, para eventos culturales.

Fue así como el Secretario de Obras Públicas, delegó en uno de sus funcionarios, al Arquitecto restaurador Edwin Cabarcas Banquez, para que se encargara de implementar los trabajos a realizar y presupuestar su costo, con el fin de proceder a solicitar la respectiva DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL y garantizar los recursos a dichas obras.

La reunión sostenida en el Despacho del señor Gobernador, donde asistieron el Gobernador, el Secretario de obras Públicas y mi persona, para afinar los trabajos a realizar, el Dr. Libardo Simancas Torres, llamó al señor Alcalde del Municipio de Cartagena, Dr. NICOLAS CURÍ VERGARA, con el fin de indagar, quienes eran los que estaban realizando los trabajos de obras civiles en el Camellón de los Mártires, cuya respuesta fue. LA FMPRFSA DE DESARROLLO URBANO DE BOLÍVAR (EDURBE S.A.) el Gobernador considera prudente convocar a la Directora de EDURBE, Dra. MARLENE ROMERO, y manifestarle el interés del Departamento de Peatonalizar la Plaza de la Proclamación y ver si la Empresa estaría interesada en realizar dichos trabajos. La respuesta de la Dra. Marlene fue positiva, procediéndose a Contratar con dicha Empresa el Trabajo aquí mencionado.

Por esta razón, si analizamos detenidamente las ESPECIFICACIONES TÉCNICAS de los Materiales utilizados en el Paseo Peatonal del Camellón de los Mártires, son idénticas a las que se usaron en la Plaza de la Proclamación y su diseño repito, es IDENTICO.

Quiero referirme agrosomodo en que consistió básicamente el Diseño del Camellón de los Mártires.

1° Una alfombra Central de Color Amarillo con Baldosas en Cuadrícula en su textura de 30.5 * 30.5 Cms.

2° Un anillo a su alrededor de color gris con baldosas en cuadrículas en su textura de 30.5 * 30.5 Cms.

3° A los extremos para rematar el Espacio, se utilizó un ADOQUIN ROJO de 7*15*6 Cms.

Con este mismo Concepto de Diseño, se procedió a realizar los trabajos de la plaza de la proclamación a través de EDURBE S.A. y los materiales son idénticos, con las mismas medidas, es decir, incluso son del mismo fabricante (ver fotografías de los dos sitios en comentario).

Todo lo dicho aquí se puede verificar, visitando los dos espacios, y comprobaremos que la SENSACIÓN es la misma, luego no fueron los convocantes quienes diseñaron los estudios para los trabajos de esta plaza. Se utilizaron los que se aplicaron para el Camellón de los Mártires, por lo tanto, la Gobernación de Bolívar no debe responsabilizarse, ni atender la solicitud de conciliación presentada por los señores Alfredo Tatis Benzo y Alberto Samudio Trallero." (F. 108 a 113).

10. Oficio SOP- 526-2010 de fecha 24 de noviembre de 2010, y expedido por el secretario de obras públicas del Departamento de Bolívar, en el que manifiesta, que una vez revisados los archivos, no se encontró documento alguno referente a carta de invitación al señor Alfredo Tatis Benzo para presentar proyecto de remodelación de la Plaza de la Proclamación. (F. 136).

11. Declaraciones juradas de los señores CARLOS PÉREZ HOYOS y ALFONSO HERAZO CARABALLO rendidas ante el Juzgado Noveno Administrativo, en fecha 18 de enero de 2011. El primero de ellos afirmó trabajar como Coordinador de Obras y proyectos de ALBERTO SAMUDIO, manifestando que los demandantes procedieron a realizar el diseño del proyecto del que se da cuenta en la demanda, por solicitud verbal del ex gobernador Libardo Simancas, bajo la condición de que los costos de tal diseño y estudios pertinentes serían incluidos dentro del costo de la obra, y que estos fueron aprobados por el IPCC – Subdirección Monumentos. Que surtida esta solicitud se le encomendó a los arquitectos un presupuesto para la elaboración de la obra por \$ 450.000.000 para ser ejecutados en 3 meses, y que tal trámite fue dilatado por la ley de garantías, y que una vez transcurrió se le informó al arquitecto ALFREDO TATIS, retomar el tema de la obra, pero con la sorpresa de que el valor estipulado había bajado a \$ 250.000.000 y lo obligaban a ejecutar la obra en 45 días hábiles, lo que imposibilitaba su realización, y daba a entender que era una forma de que el señor ALFREDO TATIS BENZO desistiera de la obra y que así pudiera ejecutarla EDURBE S.A., incumpléndose con ello el compromiso verbalmente pactado, de que la Gobernación pagaría honorarios de diseño, y que estos irían incluidos en los costos de obra, que finalmente realizó EDURBE S.A. utilizando el diseño de quienes demandan. (F. 142-143).

Al igual que el primero, el segundo testigo narró que colaboró en el proyecto de adoquinamiento de la plaza de la proclamación, que fue presentado ante la Gobernación de Bolívar por los demandantes, y

que se reconoce testigo del esfuerzo y las noches en vela que se le invirtieron al proyecto, así como de las reuniones que sostuvo el señor ALFREDO TATIS con el secretario de obras de la Gobernación para hablar sobre el tema del proyecto de la plaza de la proclamación; y que no tiene conocimiento de que los demandantes recibieran dinero por concepto del mismo. (F. 144-145).

12. Informe técnico rendido por el señor VICENTE AMOR MATOS en calidad de perito arquitecto nombrado y posesionado en el proceso de la referencia. En dicha experticia se lee: *"Luego de constar que en el área que se menciona en la demanda, ubicada entre la Arcada del Palacio de la Gobernación de Bolívar y la fachada lateral de la Catedral de Cartagena, llamada Plaza de la Proclamación, se realizaron las obras de las que se trata en la misma; mediante visita que realicé al sitio, de la cual anexo registro fotográfico, y comprobé que los trabajos allí realizados corresponden a los planos aprobados por el Comité Técnico de Patrimonio Histórico y Cultural de Cartagena de Indias, basado en dos copias que me suministró el demandante ante mi pedido, para poder verificar la veracidad de lo aseverado en esa demanda.* (F. 146 a 156).

TESIS DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada deberá revocarse, teniendo en cuenta que aparecen demostrados los elementos para que a título de compensación se emita una sentencia favorable a los intereses del extremo que demanda.

Lo pretendido por la parte actora se concreta a una declaratoria de responsabilidad traducible en un fin compensatorio por la prestación de un servicio de naturaleza intelectual (diseño – proyecto arquitectónico) al Departamento de Bolívar - sin que mediara contrato estatal -, bajo la creencia de que el total de la ejecución de la obra proyectada les sería asignado mediante contratación, donde quedarían incluidos honorarios por concepto de diseño previo.

El fundamento de las anteriores pretensiones parte del supuesto fáctico afirmado por la parte demandante, de que prestó sus servicios intelectuales al presentar un proyecto arquitectónico que tenía como objeto la remodelación de la Plaza de la Proclamación - frente a la Gobernación de Bolívar -, y cuyos honorarios por tal concepto no fueron reconocidos, pese a que tal proyecto fue materializado bajo los parámetros del diseño proveniente de su intelecto, al contratarse la ejecución de la obra con EDURBE S.A.

Al respecto se permite la Sala precisar lo concerniente a la figura del enriquecimiento sin causa.

La aplicación del enriquecimiento sin causa en nuestro ordenamiento se ha justificado en razones de equidad, en la obligación constitucional de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios y en fin, en razones del equilibrio inherente a la convivencia pacífica.

Ahora bien, en el tema específico de la contratación estatal se han expedido normas que inciden sobre la figura del enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*, ante un panorama que evidencia la ejecución de contratos estatales sin el cumplimiento de ciertos requisitos esenciales, o prohíben el pago de hechos cumplidos, es decir, de situaciones que ocurren de facto, o sea, sin la observancia de los preceptos que regulan la materia⁴.

Es decir, es posible que existan ciertos eventos o situaciones que aunque en principio pueden nacer de un acuerdo de voluntades (art. 41 Ley 80 de 1993), - ante el incumplimiento de los preceptos relativos a la forma del contrato estatal (art. 39 y 41)-, extraigan dicho consentimiento de las partes del mundo contractual, para trasladar el fundamento de los mismos a otros ámbitos, como por ejemplo el del enriquecimiento injustificado.

En esa perspectiva, el enriquecimiento sin justa causa es fuente directa de las obligaciones, en aquellos eventos en que sin existir un acto jurídico, ni un hecho ilícito como tal, existe un patrimonio que se enriquece a causa de otro

⁴ En esta línea, el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, obliga a que los contratos no se entienda existentes ni se ejecuten sin el cumplimiento de unos requisitos mínimos, lo que permite inferir que actuar contrario, por regla general, no se ajustaría ni a la ley, ni a buena fe.

que en la misma proporción se empobrece de manera injustificada, razón por la que se debe compensar dicho detrimento para el segundo.

En torno al enriquecimiento sin causa, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha tenido distintos desarrollos, sin embargo, ha habido uniformidad al indicar desde antaño, los siguientes requisitos genéricos, que deben darse, para que se estructure la misma:

"a) Un enriquecimiento que conlleva un aumento económico patrimonial en la parte enriquecida, bien porque recibe nuevos bienes o porque no tiene que gastar los que poseía.

"b) Un empobrecimiento, que se traduce en la disminución patrimonial del actor en cualquier forma que negativamente afecte su patrimonio económico. Precisamente por ese empobrecimiento es que puede ejercer la acción que se comenta.

"c) Una relación de causalidad, es decir, que el enriquecimiento de una de las partes sea consecuencia del empobrecimiento de la otra;

"d) Ausencia de causa, es decir, que ese enriquecimiento no tenga justificación de ninguna naturaleza, porque si la tiene, no se podría estructurar la figura;

"e) Que el demandante no pueda ejercer otra acción diferente."

Ahora bien, en torno a los contratos estatales, debe decirse, con amparo en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, que para su perfeccionamiento, además del acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, estos deberán elevarse a escrito.

En ese orden, es evidente que los contratos estatales por regla general, han de constar por escrito. De manera, que en aquellos supuestos en que se despliega una actividad a favor de una entidad pública, sin que medie la existencia de contrato estatal perfeccionado, - sea porque éste no ha surgido a la vida jurídica (prestaciones ejecutadas antes de) o porque expiraron sus efectos por vencimiento de plazo, (prestaciones ejecutadas después de) -, no es posible enmarcar la reclamación derivada de la ejecución de las actividades adelantadas por el particular, en la órbita contractual, puesto que, precisamente, se está ante la ausencia del requisito de forma.

Bajo la guía de los anteriores precedentes, ha de concluirse que para determinar si ha ocurrido un enriquecimiento sin causa a favor del Estado y en detrimento del patrimonio de un particular, debe verificarse que estén acreditados los elementos para que dicho principio general del derecho sea aplicable, para lo cual es imprescindible que se valore en cada caso concreto, las pruebas legalmente aportadas, y tendientes a demostrar cual fue la conducta asumida por el ente estatal, de cara a establecer si a raíz de ella, el particular de buena fe y basado en la legítima confianza, se avino a prestar sus servicios.

En todo caso, concluido que en efecto los servicios se prestaron con fundamento en el comportamiento del Estado que dio muestras objetivas de que adelantaría los trámites necesarios para contratarlos y cancelarlos, el efecto de la protección judicial sería, con base en criterios de justicia y de equidad (art. 1º Constitución Política y 16 de la ley 446 de 1998 compensar las cargas obligacionales, que han ocasionado el traslado de un patrimonio a otro, sin que exista soporte que lo justifique.

Dentro de ese marco normativo y conforme a las pruebas arriba relacionadas, del expediente resultó probada la situación fáctica descrita en la demanda y en el correspondiente recurso, pues al efectuarse la valoración conjunta de los distintos medios probatorios arrojados, se logra verificar de que en efecto existió la presentación de un proyecto arquitectónico bajo autoría de la parte que demanda, y cuyos parámetros técnicos tenían como objeto la peatonalización y/o adoquinamiento del espacio público con inmediaciones a la Gobernación de Bolívar, hoy Plaza de la Proclamación.

Que el proyecto de remodelación "*Plaza de la Proclamación*" fue remitido por parte de la misma Gobernación de Bolívar, al Comité Técnico de Patrimonio Histórico y Cultural de esta ciudad capital; a fin de que fuera evaluado, y que pudiera contar con el visto bueno de dicho ente, lo que de entrada sugiere una muestra objetiva de la intención del Departamento de darle trascendencia al aludido proyecto, hasta el punto de reconocer posteriormente su valor. A lo anterior se suma el hecho de que no existe

probanza, ni aún manifestación, que dé cuenta acerca de una pluralidad de proyectos remitidos por la Gobernación para visto bueno, sino que de manera individual y concreta, la Directora de Patrimonio Departamental remite el Proyecto recibido de manos del actor a un comité evaluador, actuar éste, que no hace sino revelar el agotamiento de una etapa precontractual, que al superarse, - tal y como aconteció -, pues se prueba el visto bueno obtenido, pasa a constituir un refuerzo de la legítima confianza, por la cual el particular que reclama, se avino a prestar sus servicios de consultoría (Art. 32 Numeral 2 Ley 80 de 1993)⁵.

De manera que no se explica como la misma Gobernación de Bolívar, a través de su Secretaría de Obras Públicas, manifiesta desconocer lo relativo al trámite del proyecto del que se cuenta con la demanda, cuando aparece probado de que a través de una de sus dependencias, el mismo fue remitido para su evaluación.

En esa medida, y de la mano de la valoración conjunta de las pruebas arimadas, en el asunto bajo estudio aparece demostrado el actuar de la entidad demandada, que indefectiblemente condujo a la parte actora a prestar servicios bajo la certeza de que perfeccionaría la relación contractual que viabilizara el pago de los mismos, y, de otro lado, que el profesional TATIS BENZO, guiado por la buena fe y por la legítima confianza en la administración, procediera conforme a lo pedido por ésta.

5 Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidas a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión: estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

Al respecto debe precisar la Sala, que si bien no se allegó una prueba documental que dé cuenta de la invitación a contratar que hace el Departamento de Bolívar, no por ello puede afirmarse, que no aparecieron demostradas acciones concretas provenientes del ente demandado para instar al particular que demanda a presentar un proyecto arquitectónico bajo la promesa de que su costo quedaría incluido en la obra pública que del mismo resultare.

Veamos, claramente se advierte que entre la presentación del proyecto de autoría del actor, y la invitación que le aparece hecha a EDURBE S.A., por parte del Departamento de Bolívar, para la ejecución de obra pública cuyo objeto era precisamente la remodelación de la Plaza de la Proclamación, transcurrió un lapso de 6 meses, es decir, para el momento en que la Gobernación se decide por un convenio interadministrativo para la ejecución de la obra, ya había adelantado gestiones alrededor de la situación del hoy actor, que no hacían sino vislumbrar a su favor, una contratación que incluiría el reconocimiento de los gastos por concepto de diseño (consultoría).

Al respecto, se echan de menos documentales expedidas por la administración, donde se declinara del proyecto de autoría del actor, o un acuerdo de voluntades donde de antemano se fijaran condiciones que lo previniesen, acerca de eventualidades o circunstancias sobrevinientes que podrían llegar a frustrar el pago por sus servicios.

También se destaca en la no menos importante situación, de que EDURBE de manera expresa reconoce que no trabajó en proyecto o diseño alguno, sino que estrictamente se limitó a ejecutar una obra pública que le fue adjudicada, y para lo cual, el Departamento de Bolívar, fue quien facilitó el diseño (F. 62), corroborándose lo anterior del contenido de la aludida invitación efectuada a EDURBE S.A., pues en la relación detallada del presupuesto oficial de la obra visible a folio 49 del expediente, no aparecen incluidos gastos por concepto de diseño de la obra, lo que finalmente hace palpable el enriquecimiento de la administración departamental, al beneficiarse del diseño de un particular, para luego, sin ningún tipo de respeto por la

propiedad intelectual de éste, proporcione tal autoría al ejecutor final de la obra: EDURBE S.A., con quien celebró convenio interadministrativo.

Reposa igualmente peritazgo en el que el auxiliar de la justicia debidamente designado y posesionado en el presente asunto, emite concepto técnico, dando cuenta de la identidad entre la obra de adoquinamiento realizada en el área que se menciona en la demanda, es decir, entre la arcada del Palacio de la Gobernación y la fachada lateral de la Catedral de Cartagena – hoy Plaza de la Proclamación -, y los planos aprobados por el Comité Técnico de Patrimonio Histórico y Cultural de Cartagena de Indias, concepto que en principio pareciera entrar en conflicto con el informe igualmente técnico que emite la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Bolívar, y en donde, precisando previamente en la intención del entonces Gobernador de peatonalizar el área frontal de las instalaciones de dicho ente y de la propuesta que este hiciera a la secretaría de obras públicas de estudiar los trabajos realizados en el Camellón de los Mártires, a fin de implementarlos en la obra de la "Plaza"; afirma, que en efecto dicho trabajo se contrató con EDURBE S.A.; y que las especificaciones técnicas y diseño del "*Paseo Peatonal del Camellón de los Mártires*" fueron exactamente las mismas tenidas en cuenta para la ejecución de la obra en cuestión, sin embargo, EDURBE S.A., como ejecutor final manifiesta todo lo contrario, lo que permite a la Sala efectuar el juicio lógico, de que de ser cierto que esta última hubiese ostentado la autoría del diseño de la Plaza de la Proclamación, - aún siendo igual al del "Camellón de los Mártires" - no habría razón para que dejará de afirmarlo, y aún para que incluso lo demostrará con el respectivo aporte del proyecto.

Así las cosas, para la Sala la entidad demandada incurrió en una manifiesta reticencia por decirlo menos, al haber inducido y patrocinado con su comportamiento que el actor siguiese en función de la ejecución del negocio, sin advertirle condiciones o eventualidades, de tipo presupuestal o de cualquier otra índole, que podrían llegar, no solo a impedir la adjudicación de la ejecución de la obra, tal y como sucedió, sino que además su propuesta técnica, - que entre otras cosas, debió cumplir unos

parámetros en la respectiva especialidad, demandando tiempo y esfuerzo – no sería económicamente compensada.

Hace suponer lo anterior, que el actor al presentar dicho proyecto, y no recibir un pago por el mismo, se empobreció en su patrimonio, en correlativo enriquecimiento de la entidad estatal, además de demostrarse que tal situación de desequilibrio patrimonial, tuvo su origen en causa imputable al ente departamental que se demanda.

En el caso concreto se demostró que el actor ejecutó una prestación de servicio de consultoría a favor del Departamento, sin un contrato suscrito y legalizado, y que posteriormente cuando tal servicio se materializó en la obra pública con la que hoy cuenta la ciudad, valiéndose la administración de la propiedad intelectual del particular afectado, es decir, obteniendo un beneficio de tal trabajo, este último no recibió retribución por su labor.

En ese sentido se insiste, en que la sola recepción y posterior remisión del proyecto del actor a valoración, así como su aprobación en comité técnico, permiten establecer que el actor, partió de conductas claras de la administración, que lo llevaron a confiar legítimamente en que se estaba surtiendo el iter contractual, que los servicios se le remunerarían, y que los contratos correspondientes se suscribirían.

Teniendo en cuenta las anteriores conclusiones, se permite la Sala traer la posición unificada del Consejo de Estado, por supuesto compartida por esta colegiatura, en la que analizando una acción de la naturaleza del presente caso determinó en Sala Plena*:

Si se invoca la buena fe para justificar la procedencia de la actio de in rem verso en los casos en que se han ejecutado obras o prestado servicios al margen de una relación contractual, como lo hace la tesis intermedia, tal justificación se derrumba con sólo percatarse de que la buena fe que debe guiar y que debe campear en todo el iter contractual, es decir antes, durante y después del contrato, es la buena fe objetiva y no la subjetiva. Y

* CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCION TERCERA Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C. diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012) Radicación número 73001-23-31-000-2000-05075-01(24897) Actor MANUEL RICARDO PEREZ POSADA Demandador MUNICIPIO DE MELGAR

es que esta buena fe objetiva que debe imperar en el contrato tiene sus fundamentos en un régimen jurídico que no es estrictamente positivo, sino que se funda también en los principios y valores que se derivan del ordenamiento jurídico superior ya que persiguen preservar el interés general, los recursos públicos, el sistema democrático y participativo, la libertad de empresa y la iniciativa privada mediante la observancia de los principios de planeación, transparencia y selección objetiva, entre otros, de tal manera que todo se traduzca en seguridad jurídica para los asociados. (...) la creencia o convicción de estar actuando conforme lo dispone el ordenamiento jurídico en manera alguna enerva los mandatos imperativos de la ley para edificar una justificación para su elusión y mucho menos cuando la misma ley dispone que un error en materia de derecho "constituye una presunción de mala fe que, no admite prueba en contrario." Pero por supuesto en manera alguna se está afirmando que el enriquecimiento sin causa no proceda en otros eventos diferentes al aquí contemplado, lo que ahora se está sosteniendo es que la actio de in rem verso no puede ser utilizada para reclamar el pago de obras o servicios que se hayan ejecutado en favor de la administración sin contrato alguno o al margen de este, eludiendo así el mandato imperativo de la ley que prevé que el contrato estatal es solemne porque debe celebrarse por escrito, y por supuesto agotando previamente los procedimientos señalados por el legislador.

..., la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la actio de in rem verso sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

Los casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la actio de in rem verso a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

- a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y

la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.

- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

...En este asunto el demandante ha apoyado sus pretensiones en el hecho de haber celebrado con la administración varios contratos verbales y con fundamento en estos construye sus reclamaciones económicas. Este petitum así aducido y con tales fundamentos ya lo hacen impróspero puesto que en términos sencillos el demandante reclama derechos económicos derivados de contratos que nunca existieron por haberse omitido la solemnidad que la ley imperativamente exige para su formación o perfeccionamiento, lo que en otros términos significa que si no existieron los contratos tampoco se produjeron los efectos que les serían propios y por ende nada puede reclamarse con base en lo inexistente. (...) Pero además el enriquecimiento sin causa no puede ser admitido en este caso porque se trata de un evento en que con él se está pretendiendo desconocer el cumplimiento de una norma imperativa como lo es aquella que exige que los contratos estatales se celebren por escrito, agotando desde luego los procedimientos de selección previstos en la ley.(...) Tampoco aparece rastro probatorio alguno que indique que se trata de aquellos otros dos casos de excepción en los que está envuelta la protección al derecho a la salud o la urgencia manifiesta con las condiciones que esta providencia exige. (...) En síntesis, como el enriquecimiento sin causa no puede pretenderse para desconocer o eludir normas imperativas y como quiera que el Tribunal acogió las pretensiones de la demanda con fundamento en un enriquecimiento incausado, sin que ello fuera procedente, la sentencia apelada será revocada para en su lugar negar la totalidad de las pretensiones de la demanda.

La jurisprudencia en cita trae en los apartes subrayados circunstancias excepcionales que le otorgan vocación de prosperidad a las pretensiones de aquellos administrados que por vía actio in rem verso acrediten tales supuestos puntuales.

Si descendemos al caso bajo estudio, resulta evidente que el mismo no se adecua a ninguna de las situaciones en mención, sin embargo, considera la Sala que el asunto concreto que se analiza comprende unas circunstancias igualmente excepcionales, que, si bien desbordan la restricción que se establece por vía jurisprudencial, no pueden ser desconocidas por el operador judicial, en la medida en que soportan plenamente los hechos de la demanda y permiten determinar que la administración departamental si

generó en el actor una expectativa (la de la celebración de contrato y pago del correspondiente servicio). en términos del principio de confianza legítima, lo que hace improcedente desconocer, en cabeza del sujeto particular, el valor o costo del beneficio obtenido por la entidad pública.

Finalmente, y teniendo claro la Sala la prosperidad de la impugnación intentada, precisará en lo referente al reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso*.

Al respecto consideró el Consejo de Estado⁷:

*...respecto del derecho que le asiste al damnificado, el Consejo, en varias providencias, ha dispuesto la indemnización plena de los perjuicios materiales pedidos, daño emergente y lucro cesante, cuantificados sobre la base del valor de lo ejecutado y no pagado. De lo anterior se advierte claramente que la Sala ha manejado el enriquecimiento sin causa como un título de imputación del daño para declarar la responsabilidad del Estado, sin tener en cuenta que es una fuente autónoma de obligaciones. En otras ocasiones, ha invocado la aplicación de la teoría del enriquecimiento como fuente de la obligación de reparar, fundado en que se violó el principio de confianza legítima, sin verificar la concurrencia de todos los elementos que la determinan y, en no pocas providencias, ha dispuesto la indemnización plena de perjuicios como efecto de la aplicación del enriquecimiento sin causa, **olvidando que su aplicación sólo produce la compensación al empobrecido.** (Negritas de la Sala).*

Posteriormente, en la misma posición unificada a la que arriba se hizo referencia, respecto del reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso* determinó en Sala Plena⁸:

12.3. *El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio in rem verso*, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento.*

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejero ponente RAMIRO SAAVEDRA BECERRA Bogotá D.C., siete (7) de junio de dos mil siete (2007) Radicación número 52001-23-31-000-1995-07018-01{14669} Actor JAIME ARTURO DORADO MOREANO Demandado MUNICIPIO DE SAMANIEGO (NARIÑO) Referencia APPLICACION SENTENCIA CONTRATOS

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SALA PLENA SECCIÓN TERCERA Consejero ponente JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012) Radicación número 73001-23-3-000-2000-03075-01{24897} Actor MANUEL RICARDO PEREZ POSADA Demandado, MUNICIPIO DE MELGAR

En suma, y acogiendo esta colegiatura al análisis de la naturaleza de la acción para efectos del alcance de la condena a imponer, reconocerá en el presente caso al actor, sólo el valor de \$25.947.708.00 a título de compensación y procederá a revocar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

La anterior decisión obedece a los lineamientos fijados por el Consejo de Estado, en el sentido de que no puede hablarse de indemnización de perjuicios, y que el valor en cita obedece a la suma de dinero que el mismo actor fijó como honorarios por su trabajo de diseño, y que en los términos de la jurisprudencia en cita, pasa a ser equivalente "*al monto del enriquecimiento*".

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, sala de decisión 004 administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia de fecha veintiséis (26) de Octubre de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, y en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE la responsabilidad patrimonial del DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR por los daños que le fueron causados al señor ALFREDO TATIS BENZO, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDÉNASE al DEPARTAMENTO DE BOLÍVAR al pago de Veinticinco Millones Novecientos Cuarenta y Siete Mil, Setecientos Ocho Pesos M/cte \$25.947.708.00 por concepto de compensación.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

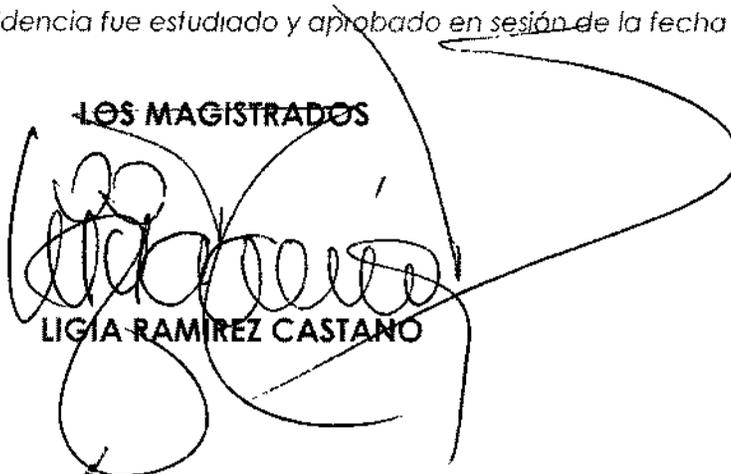
QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

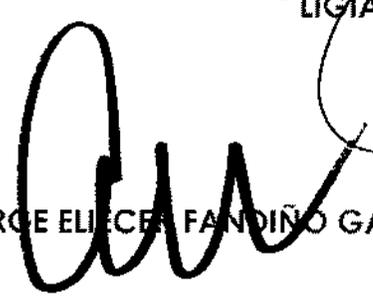
SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar en los libros y sistemas de radicación judicial.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

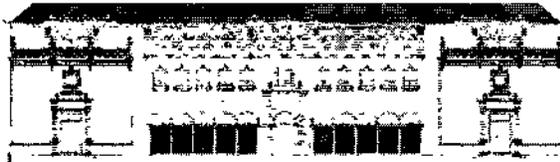
El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO


JORGE ELIECER FANDEÑO GALLO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1231
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACION DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: CELIAR BOTELLO Y OTROS
DEMANDADO	: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-33-31-009-2010-00048-01
FECHA DE LA PROVIDENCIA: VEINTISIETE(27) DE SEPTIEMBRE DE 2013	

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f. 310 a 326
(3.e).



REPUBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003.

Magistrado Ponente: Arturo Matson Carballo.

SENTENCIA No. 279 - 20131

Cartagena de Indias, D. T. y C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013).

I.- DESCRIPCIÓN DEL PROCESO.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA.

Radicación: No.13- 001-33-31-009-2010-00048-01

II. PARTES

Demandante: CELIAR BOTELLO

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL.

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Conoce la Sala especial de descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1 de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, del recurso de apelación presentado por ambas partes en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA

1. PRETENSIONES

"PRIMERO. DECLARAR a la NACION (sic) COLOMBIANA — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — POLICIA (sic) NACIONAL, administrativa y extracontractualmente responsable, de las lesiones graves ocasionadas a CELIAR BOTELLO, el día 12 de diciembre de 2007, en el municipio de Santa Rosa del Sur, Departamento de Bolívar y en consecuencia, de la totalidad de los daños y perjuicios ocasionados a CELIAR BOTELLO, en su condición de víctima directa, BERTILDE JIMÉNEZ PEREZ, en su condición compañera permanente, HECTOR HELI BOTELLO JIMÉNEZ, LUZ STELLA BOTELLO JIMÉNEZ, EBER BOTELLO JIMÉNEZ y CELIAR BOTELLO JIMÉNEZ, en su condición de hijos; YELITZA VALENTINA BOTELLO PUENTES, DIANA PATRICIA OLIVEROS BOTELLO, RICARDO OLIVEROS BOTELLO, ANDREINA OLIVEROS BOTELLO, ESTEFANIA BOTELLO PALOMINO y JUAN DAVID BOTELLO ANGULO, en su condición de nietos.

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, se CONDENE a la NACION COLOMBIANA — MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL — POLICIA (sic) NACIONAL, a pagar todos los daños y perjuicios que les fueron irrogados a los demandantes por las lesiones graves ocasionadas a CELIAR BOTELLO el día 12 de diciembre de 2007, en el municipio de Santa Rosa del Sur, Departamento de Bolívar, por los siguientes conceptos:

2 PERJUICIOS

2.1. MATERIALES Lucro cesante

A CELIAR BOTELLO, correspondiente a los periodos indemnizatorios consolidado y futuro, que abarca desde el 12 de diciembre 2007, fecha de los hechos y hasta la fecha límite de vida probable de este, la cual es de dieciocho punto veintiocho (18.28) años, de acuerdo a la edad que tenía para la época de los hechos, sesenta y tres (63) años, toda vez que nació el 19 de abril de 1.994, de acuerdo a las Tablas Colombianas de Morbilidad fijadas por la Superintendencia Financiera, mediante Resolución número 1112 del 29 de junio de 2007. Como base para la liquidación del Lucro Cesante se debe tomar el salario mínimo legal mensual vigente para la época de los hechos, que era de CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS PESOS (\$433.700.00), debido a que las lesiones sufridas por

CELIAR BOTELLO le generan una incapacidad permanente superior al 50%, adicionando a este valor un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales, de acuerdo a la Sentencia del Consejo de Estado del 4 de octubre de 2007 en los expedientes 16058 y 21112, con ponencia del Dr. Gil Botero, o sea sobre la suma de QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CIENTO VEINTICINCO PESOS (\$542.125.00). Dicha liquidación se efectuará de acuerdo con la fórmula establecida por la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado.

2.2. DAÑO MORAL

Les sean pagados a cada uno de los demandantes a título de indemnización por el daño moral irrogado como mínimo, el equivalente a salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) al momento de la conciliación, así:

SMLMV

CELIAR BOTELLO, víctima directa	100
BERTILDE JIMÉNEZ PEREZ, en su calidad de compañera permanente	100
HECTOR HELI BOTELLO JIMÉNEZ, en su calidad de hijo	100
LUZ STELLA BOTELLO JIMÉNEZ, en su calidad de hija	100
EBER BOTELLO JIMÉNEZ, en su calidad de hijo	100
CELIAR BOTELLO JIMÉNEZ en su calidad de hijo	100
YULITZA BOTELLO PUENTES. en su calidad de nieta	50
HECTOR MAURICIO BOTELLO PUENTES, en su calidad de nieto	50
YELITZA VALENTINA BOTELLO PUENTES. en su calidad de nieta	50
DIANA PATRICIA OLIVEROS BOTELLO. en su calidad de nieta	50
RICARDO OLIVEROS BOTELLO, en su calidad de nieto	50
ANDREINA OLIVEROS BOTELLO. en su calidad de nieta	50
ESTEFANIA BOTELLO PALOMINO, en su calidad de nieta	50
JUAN DAVID BOTELLO ANGULO, en su calidad de nieto	50

2.3.- DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

Les sean pagadas a los afectados por el perjuicio causado debido las lesiones sufridas por CELIAR BOTELLO y que les dificultad (sic) el disfrute pleno de la vida, el

equivalente a salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV), al momento de la conciliación, así:

	SMLMV
<i>CELIAR BOTELLO, víctima directa</i>	150
<i>BERTILDE JIMÉNEZ PEREZ. en su calidad de compañera permanente</i>	150 "(sic)"

2. HECHOS

Los hechos de la demanda pueden ser resumidos de la siguiente manera:

PRIMERO. El día 12 de marzo de 2007 en el barrio "La Picadora" de la cabecera del Municipio de Santa Rosa del Sur, Departamento de Bolívar, un grupo de agentes de la Policía Nacional adscritos a la Unidad Móvil Antisecuestro del Magdalena Medio — GAULA, realizaba un operativo en compañía de agentes de la Policía Nacional, para capturar un grupo de presuntos extorsionistas.

SEGUNDO. En desarrollo de la operación de qué trata el numeral que antecede, resultó muerto el señor Florentino Guzmán Rojas, lo cual provocó un enfrentamiento entre los habitantes del pueblo y los agentes del Gaula y de la Policía, quienes tuvieron que recurrir al uso de sus armas de fuego.

TERCERO. El señor Celiar Botello, cuando transitaba por el parque, fue impactado por un disparo de fusil realizado por un agente de la Policía Nacional que le ingresó por el abdomen y le salió por la espalda, lesión que lo obligó a someterse a una serie de intervenciones quirúrgicas, la última de estas el día 4 de junio de 2008, en el Hospital José David Padilla Villafañe de Malla.

CUARTO. Por los hechos que derivaron en las lesiones del señor Celiar Botello, la Fiscalía Local 44 de Simití, inició investigación preliminar No. 138628, la cual fue remitida a la Fiscalía 28 seccional, y cuyo proceso fue enviado al Juzgado 190 de

Instrucción Penal Militar.

B. LA CONTESTACION (Folio 103 a 105).

La Nación — Ministerio de Defensa Nacional — Policía Nacional, presentó memorial de contestación el día 23 de agosto de 2010, oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

Como primera medida se opone al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, por cuanto no se encuentra probado dentro del expediente que el señor CELIAR BOTELLO fuera una persona económicamente activa antes de la ocurrencia de los hechos de la demanda, que por ello no se puede deducir que el mismo devengara un salario mínimo, además que pone de presente la edad del lesionado para la época de ocurrencia de los hechos, teniendo este 63 años de edad en la que se supone no debe laborar y contar con una pensión de vejez.

También se opone al reconocimiento de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes para el lesionado, su compañera permanente y sus hijos, por considerarlo exagerado y fuera de los patrones jurisprudenciales que regulan la materia.

Sobre el dictamen de medicina legal y la historia clínica del lesionado, argumenta que fueron aportados por el demandante en copias simples, que esto a la luz del artículo 254 del C.P.C., no tienen el mismo valor que un original y por lo tanto no deben ser apreciados por el Juez.

Alega además que existe una escasa actividad probatoria por parte del demandante, quien alega además tenía la obligación de demostrar la existencia del año alegado como la imputabilidad del mismo al servicio. Agrega que el Consejo de Estado ha sido enfático en afirmar que le daño para que pueda ser reparado debe ser cierto; esto es un daño genérico o hipotético, cierto: el que sufre una persona en su patrimonio.

Del escrito se desprenden igualmente los siguientes argumentos de defensa:

"Es un principio del derecho probatorio que para que sea posible la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, debe acreditarse plenamente a través de la litis, la existencia del hecho generador por falta o falla del servicio del mismo, el daño o perjuicio que afirma haber sufrido el actor con el hecho dañoso y la relación de causalidad entre el primero y el segundo, no basta la simple enunciación de los hechos en la demanda, como sucede en el caso que nos ocupa, sino que se deben probarse los elementos antes mencionados.

Hasta el presente estadio procesal no existe prueba que demuestra la muerte del señor CELIAR BOTELLO ocurrida el 12 de diciembre de 2007, en el municipio de Santa Rosa del sur, haya sido producto de un exceso policial en la utilización de las armas de las armas (sic) de dotación oficial.

A la parte actora le resulta cómodo sostener que las lesiones que ocasionaron el fallecimiento del señor CELIAR BOTELLO fueron producto de un comportamiento gravemente culposa (sic) de la Policía Nacional, sin aportar mayores pruebas que sustenten su dicho, ya que debe tenerse en cuenta que tal y como lo afirma el propio libelista en la demanda, los uniformados estaban siendo atacados por la población que se amotinó en represalia por la muerte del señor FLORENTINO GUZMAN, por lo cual no puede afirmarse que el actuar de la Policía Nacional en el caso de autos, fuese apresurado o arbitrario, pues la Institución siempre ha sido respetuosa del estado de derecho, y por lo mismo el día de los hechos simplemente estaba cumpliendo con su deber constitucional de poder en funcionamiento todos los medios que están a su alcance para mantener las condiciones necesarias que permitan el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Es un principio del derecho probatorio que para que sea posible la declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, debe acreditarse plenamente a través de la litis, la existencia del hecho generador por falta o falla del servicio del mismo, el daño o perjuicio que afirma haber sufrido el actor con el hecho dañoso y la relación de causalidad entre el primero y el segundo, no basta la simple enumeración de los hechos en la demanda, como sucede en el caso que nos ocupa, sino que se deben

probarse los elementos antes mencionados.

Siendo así las cosas, dentro del concepto de responsabilidad patrimonial del Estado consagrado en el artículo 90 de la Constitución Nacional, se debe probar tanto el daño antijurídico, como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios, como la imputabilidad del daño, es decir, que el mismo sea atribuible a la entidad demandada.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el hecho dañino se encuentra materializado en las lesiones sufridas por el actor con arma de fuego de dotación oficial, es importante determinar que este primer elemento no se encuentra acreditado, toda vez que como reiteradamente lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia colombiana sin daño probado no hay responsabilidad.

Si bien la parte actora anexo a la demanda algunos documentos que dan cuenta de los hechos bajo estudio, dichos documentos fueron aportados por el demandante en copias simples, que a la luz del artículo 254 del C. P. C. no tienen el mismo valor que un original, y por lo tanto no pueden ser apreciados por el Juez.

*Analizando el material probatorio obrante en el expediente, se advierte una escasa actividad probatoria de la parte demandante, quien tiene la obligación de demostrar tanto la existencia del daño alegado como la imputabilidad del mismo al servicio, teniendo en cuenta que la carga de la prueba le correspondía en virtud del principio *incumbi probatio*, que en nuestra legislación se encuentra consagrado en el Artículo 177 del C.P.C.*

Es así como se puede apreciar que el expediente adolece de material probatorio que demuestre la responsabilidad de la administración en el caso de autos, que compruebe el nexo de causalidad entre el hecho dañoso y del daño causado al accionante, y por lo tanto se configure la falla del servicio.”(SIC)

C-LA SENTENCIA APELADA (Folio 732 a 751).

En la sentencia de primera instancia él A quo accedió a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la lesión sufrida por el señor Celiar Botello es atribuible a la

Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en razón a que está demostrado en el proceso que los manifestantes que se encontraban fuera de la estación de Policía no portaban armas de fuego y a que los testigos que presenciaron los hechos sostienen que las balas provenían de la estación de Policía y a que uno de los agentes que intervino dentro de los hechos manifestó que estos había efectuados tiros al aire.

Es por ello que considera que se encuentra demostrada la existencia del daño, consistente en la lesión sufrida por el señor Celiar Botello, el nexo causal entre dicho daño y el actuar de la demandada al accionar armas de fuego, y en consecuencia la demandada es administrativa y patrimonialmente responsable por los daños que hoy se reclaman.

D.- LA APELACIÓN

Demandante: La parte demandante dentro del presente proceso presenta recurso de apelación visible a folios 759 a 766, considerando que si bien comparte el régimen aplicable para el caso, entendido este como riesgo excepcional, consideran también que concurre la responsabilidad por falla del servicio, debido a que los errores cometidos por el GAULA de la POLICIA en el operativo en que resultó muerto el señor FLORENTINO GUZMAN RIOS, fue lo que hizo que la población protestará contra la Policía y esta falla se evidencia dentro de la investigación penal adelantada por la Fiscalía, hecho que alega no fue valorado dentro del fallo.

Alega que la razón de la no valoración de tal situación corresponde a que el proceso adelantado por la muerte del señor FLORENTINO GUZMAN, fue aportada por la parte actora, siendo que la demandada no participó de la actuación judicial por dicho hecho y en tanto existiría una violación a su derecho de defensa, sin embargo transcribe unos apartes de providencias del Consejo de Estado aduciendo que si las pruebas

trasladadas han sido aportadas dentro de todo el proceso se le debe dar cabida a la Buena fe en cuanto las partes han tenido la oportunidad de controvertirlas.

En consonancia con lo anterior solicita que sean valoradas las pruebas que conforman la investigación penal adelantada por la Fiscalía por la muerte del señor FLORENTINO GUZMAN y en la cual se evidencia que junto con la responsabilidad por riesgo excepcional como lo decretó el Honorable Juzgado concurre la responsabilidad por falla del servicio.

Adicionalmente no está de acuerdo con el porcentaje reconocido por perjuicios en la modalidad de daños morales causados a los demandantes así como tampoco comparte lo relativo al reconocimiento del daño a la vida en relación aduciendo que no guarda consonancia con la determinación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez siendo esta de un 28.45%. Solicita en consecuencia que tales porcentajes sean elevados de cara a las circunstancias que tuvo que enfrentar el lesionado y su familia.

Demandado: Mediante escrito presentado dentro de la oportunidad (Folios 753 -755) la parte demandada solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia y que en su lugar se dicte la que en derecho deba reemplazarla.

Considera el apelante que si bien se determinó como porcentaje de pérdida de la capacidad del señor BOTELLO en un 28.45%. limitándolo en un parte, pero no en toda su fisionomía como para sustentar la condena a la Nación en un porcentaje de 215 Salarios mínimos legales mensuales vigentes por daños morales y 75 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño a la vida de relación y por lucro cesante la suma de \$ 99.880.633.84.

E.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA.

El señor agente del Ministerio Público rindió concepto favorable a la parte demandante, considerando que el fallo de primera instancia debe ser confirmado.

Dentro de los argumentos expuestos se resaltan los siguientes:

“Para efectos de atribuir responsabilidad al Estado por los daños derivados de enfrentamiento armados entre individuos que en este caso fueron los habitantes del municipio de Santa Rosa del Sur- Bolívar, y los extorsionistas de lugar, cobra especial relevancia la distinción entre la actividad del Estado, entendida como manifestación o ejecución de una función pública, y las acciones realizadas por sus agentes (Gaula). De esta manera se tiene que si el daño se produjo dentro de la acción de persecución y enfrentamiento ejecutada legítimamente por los miembros de la Fuerza Pública contra la delincuencia, éste se entiende cometido con ocasión del funcionamiento del servicio, y por ende resulta imputable al Estado a título de daño especial y no a falla del servicio.” (Sic)

Que en cuanto a la tasación de los perjuicios el Juez estaba en toda la facultad para haber tasado la indemnización según su criterio, esto lógicamente conforme a la ley.

V.- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- El recurso fue admitido por auto de fecha 01 de noviembre de 2012 (FI. 785). El mismo fue repuesto por este Tribunal mediante providencia de fecha 04 de diciembre de 2012, adicionado la apelación del aparte demandante. (FI 789)
- Posteriormente por auto de 29 de abril de 2013, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión. (FI 791)
- Finalmente el expediente ingresa al Despacho 001 en descongestión para la elaboración del proyecto de sentencia.

VI.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con el artículo 133 Inc. 1º del C. C. A. este Tribunal es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Según el artículo 357 del C.P.C. aplicable por la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A., la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.

Sin embargo, como quiera que en el presente caso ambas partes presentaron recurso de apelación, el estudio sobre la providencia objeto de apelación se hará sin limitaciones por esta Sala, pues así también lo establece el citado artículo 357 del C.P.C.

2. Síntesis del caso.

La parte demandante aduce que los demandados deben responder administrativa y patrimonialmente por los daños ocasionados, esto con ocurrencia de los hechos acaecidos el 12 de diciembre de 2007, en el que el señor CELIAR BOTELLO fue herido con un proyectil, producto de disparos al aire efectuados por agentes de la Policía Nacional y del GAULA.

La entidad demandada se opone al reconocimiento de perjuicios en la modalidad de lucro cesante como quiera que no se encuentra demostrado la actividad laboral del

actor. así como solicita que se tenga en cuenta la edad del mismo para la época de los hechos. Sustenta además que el día de ocurrencia de los hechos los uniformados estaban siendo atacados por la población que se amotinó en represalia por la muerte del señor FLORENTINO GUZMAN, por lo cual no puede afirmarse que el actuar de la Policía Nacional fuese arbitrario o apresurado, pues la institución siempre ha sido respetuosa de Estado de Derecho, y por lo mismo el día de los hechos simplemente estaba cumpliendo su deber constitucional de poner en funcionamiento todos los medios que están a su alcance para mantener las condiciones necesarias que permitan el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

El Juez de primera instancia accedió a las pretensiones de la demanda aduciendo que se ha configurado un riesgo excepcional constituido en el uso de armas de dotación oficial generando lesiones al demandante y a sus familiares razón suficiente para que se deban resarcir los daños ocasionados por la demandada.

La parte demandante pretende en primer lugar que se tenga en cuenta que los hechos que produjeron las lesiones al demandante obedecen a la situación producida por la muerte del señor Florentino Guzmán Ríos, puesto que la muerte de este produjo que la población se aglomerara a protestar por dicho hecho, siendo la muerte de este un error que la población no aceptó de buena manera, argumenta en ese sentido que concurre en consecuencia la existencia de un riesgo excepcional y la falla del servicio. Alega además que la tasación de los perjuicios por concepto de daños moral y daño a la vida de relación no corresponde a los daños ocasionados y por tanto solicita que los mismos sean superiores.

Por su parte la demandada solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que la tasación de los perjuicios resulta desproporcionada para el daño recibido, así no comparte además lo concerniente al pago del lucro cesante, siendo esta última una desproporción por cuanto se debe tener en cuenta el porcentaje de incapacidad indicado para el lesionado, agregando que el actor no quedó en la imposibilidad absoluta de volver a ser laboralmente activo.

De conformidad con los planteamientos expuestos por ambas partes en sus recursos de apelación y en atención a los argumentos expuestos por él A quo en la sentencia de primera instancia, el problema jurídico principal que observa la Sala que debe resolverse es el de determinar si la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, es administrativa y patrimonialmente responsable de los perjuicios que aseguran haber sufrido los demandantes, con ocasión de de los hechos acaecidos el 12 de diciembre de 2007, en el que el señor CELIAR BOTELLO fue herido con un proyectil de arma de fuego.- Es decir, determinar si la entidad demandada es responsable del disparo que recibió el señor CELIAR BOTELLO.

Paralelamente al estudio de dicho problema jurídico, deberá analizarse cuál es el régimen de responsabilidad aplicable en el caso bajo estudio, esto es si el régimen de riesgo excepcional como lo estudio el a quo o el de la falla del servicio como lo plantea el apoderado de la parte actora en su recurso de alzada, y por último en el evento de que se concluya que definitivamente si existe la responsabilidad de la entidad demandada, deberá revisar la Sala lo concerniente a la tasación de los perjuicios reconocidos por el a quo, puesto que ambas partes coinciden en determinar que los montos reconocidos no se ajustan a los lineamientos estipulados sobre el tema.

De acuerdo con lo anterior, el desarrollo de los problemas jurídicos anteriores se hace conforme los siguientes argumentos:

4. Marco Jurídico.

La responsabilidad patrimonial del Estado es la obligación que nace para reparar o indemnizar los perjuicios sufridos por los asociados por el incumplimiento total, parcial o defectuoso de los deberes que tienen rango constitucional y legal.

El Estado tiene el deber de garantizar a los individuos miembros de la sociedad, la vida, el sustento y las posibilidades de trabajo. Pero es además una exigencia del bien

común la que los poderes públicos contribuyan positivamente a la creación de un ambiente sano, en el que sea posible al conglomerado social el ejercicio efectivo de todos sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

Dicho lo anterior, también es necesario precisar que los hechos y argumentos descritos en el libelo de la demanda ubican la responsabilidad que se pretende deducir a la administración demandada dentro del régimen de la responsabilidad del estado por el daño antijurídico, cuyo fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 90 que dice:

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

De ésta modalidad de responsabilidad del Estado, ha dicho el Consejo de Estado lo siguiente:

“Siempre que se produzca un daño o un perjuicio en el patrimonio de un particular, sin que este venga obligado por una disposición legal o un vínculo jurídico a soportarlo, encontrando su causa desencadenante precisa en el mencionado funcionamiento, mediante un nexo de efecto a causa, ha de entenderse que se origina automáticamente en la administración la obligación de su directo y principal resarcimiento.

La ratio legis verdadera consiste en que cualquier particular, por el solo hecho de haber entrado en la obligada esfera de actuación administrativa que el principio de soberanía comporta, quedando subordinada a ella sin deber expreso de sacrificio siempre que haya sufrido un daño o sacrificio que reúna las condiciones de “injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal”, ha de tener la garantía por parte de la administración de su resarcimiento, dotándole de acción procesal directa contra la misma, sin que sea para ello preciso identificar si en el mencionado actuar lesionante hubo comportamiento voluntario, doloso o culposo, de la persona o personas que encarnan el órgano

administrativo que lo produjo, máxime cuando el daño o perjuicio hubiera sido originado en un comportamiento institucional".¹

De acuerdo con la noción de daño antijurídico, ya no se observa entonces, la intención que el agente tuvo cuando actuó o los ingredientes subjetivos de aquella o la licitud de la conducta, sino que se analiza la consecuencia de dicha conducta, es decir el daño causado frente a la antijuridicidad del mismo, para con ello establecer si debía o no soportarlo el particular porque en efecto una norma o mandato legal así se lo impone.

Ahora bien, el daño antijurídico debe configurarse mediante alguna de las teorías jurisprudenciales de responsabilidad estatal, a saber:

- La clásica falla del servicio en su modalidad probada o presunta y que también puede ser por acción u omisión.
- La teoría del daño especial.
- La teoría del riesgo excepcional
- La responsabilidad por vías de hecho
- La responsabilidad por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.
- La responsabilidad por trabajos públicos
- La responsabilidad por almacenaje de mercancías
- La responsabilidad por error judicial.

Para el caso bajo examen, la demanda se funda tanto en el régimen de responsabilidad de la administración conocido como de "riesgo excepcional" al igual que el en régimen de la "falla probada en la prestación del servicio", por lo cual resulta conveniente precisar en qué consiste uno y otro régimen de responsabilidad.-

4.1. Del régimen de responsabilidad por riesgo excepcional.

La teoría del riesgo excepcional surge como consecuencia de la asunción por parte del estado del ejercicio de actividades peligrosas que se asumen en aras del progreso

¹ Consejo de Estado Sentencia de 31 de octubre de 1991. Magistrado Ponente: Dr. Julio César Urbe Acosta, expediente 6515

económico y en determinados casos deviene en razón de las actividades desplegadas para proteger a la comunidad.

Dichas actividades tienen una probabilidad alta de causar un daño definido previamente pero en razón del factor económico de provecho que no desconoce quien realiza y se beneficia de la acción, se prevé entonces la posibilidad de causar un daño antijurídico al vulnerarse el principio de igualdad frente a las cargas públicas con respecto a quien padece el daño.

Actualmente la teoría del riesgo excepcional se aplica generalmente en los eventos en que el daño es producido por cosas o actividades peligrosas, como por ejemplo, la conducción de energía eléctrica, el uso de armas de fuego, de vehículos automotores, etc, y se genera como consecuencia de un régimen objetivo de responsabilidad.

El Consejo de estado frente a la tesis de riesgo excepcional ha dicho:

“No se trata aquí, entonces de la existencia de una acción u omisión, reprochable de la administración, sino de la producción de un daño, que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por ésta, en cumplimiento de sus funciones. Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del estado”.²

Bajo el régimen de la teoría del riesgo excepcional, le corresponde al demandante demostrar únicamente el daño y la relación o nexo de causalidad entre ese daño y la actividad peligrosa constitutiva como hecho de la administración.

Y la administración como eximente de responsabilidad solo se libera en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña o fuerza mayor, culpa exclusiva

² Consejo de estado, sentencia agosto 10 de 2000. Expediente 11.585. M.P. Dr. Alier Eduardo Hernandez

y determinante de la víctima y el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. No se exige aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades.-

4.2. Del Régimen de la falla del servicio probada.

Este régimen de responsabilidad presenta tres modalidades o supuestos a saber:

- Indebido funcionamiento del servicio.
- No funcionamiento del servicio
- Funcionamiento del servicio, pero tardío.

Adicionalmente hay que mencionar que para la configuración de la “falla del servicio” el Consejo de estado vía jurisprudencial³ ha determinado los siguientes requisitos:

“a) Una falta o falla del servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de la que se trata, no es la personal del agente administrativo sino la del servicio o anónima de la administración;

Lo anterior implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano;

c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc. Con las características generales predicadas por el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc;

d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual aún demostrada la falta o falla del servicio no habrá lugar a la indemnización”.

Pues bien, bajo este régimen de responsabilidad de la falla del servicio, la carga de la prueba de los requisitos arriba mencionados, está a cargo del demandante por regla general y demostrados estos, la parte demandada sólo se podrá exonerar de responder en la medida en que a su vez logre demostrar la debida diligencia, el

³ Consejo de estado, sentencia de 28 de octubre de 1976, expediente 1482, Magistrado Ponente Dr. Jorge Valencia Arango

cuidado, la pericia en la prestación del servicio a su cargo, el hecho de la propia víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la existencia de un caso fortuito y la fuerza mayor.

4.3. Del daño antijurídico y el régimen de responsabilidad aplicable al sub judice.

Hechas las anteriores precisiones, observa la sala que en la sentencia apelada, el juez a quo, decidió el caso únicamente bajo el régimen de responsabilidad del Estado del riesgo excepcional, decisión con la cual el apoderado de la parte actora, si bien la comparte, además considera que también se configuraba responsabilidad por falla del servicio probada.

Al respecto, la Sala considera que el régimen de responsabilidad escogido por el a quo para decidir el caso bajo examen fue acertado puesto que se ha estimado que en aquellos casos en los que se debate la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado por la utilización de armas de dotación oficial, se debe aplicar es el sistema objetivo de responsabilidad por riesgo excepcional, toda vez que el Estado asume los riesgos a que expone a la sociedad con ocasión de la utilización de artefactos peligrosos o por el desarrollo de actividades de igual naturaleza. En tal sentido, para efectos de determinar la responsabilidad, resulta irrelevante el análisis de la licitud o ilicitud de la conducta asumida por los agentes estatales, como quiera que es suficiente para imputar el daño antijurídico, a título de riesgo excepcional, la demostración de que este fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado.

Sin embargo, éste podrá ser exonerado de responsabilidad en la medida en que logre demostrar la existencia de una causa extraña o fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima y el hecho de un tercero también determinante y exclusivo. Pero no se exime aduciendo el caso fortuito o el cuidado, diligencia o prudencia en el ejercicio de tales actividades.-

Sobre la elección del régimen aplicable el Consejo de Estado también ha asumido tal posición entendiendo que el uso de armas se constituye en una actividad peligrosa. Posición que es claramente aceptada en providencia de fecha 11 de agosto de 2010, Sección Tercera Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero radicación N° 1996-01277-01 (12289).

Ahora bien sobre la posibilidad de constituirse en una falla del servicio el Consejo de Estado en providencia de fecha 15 de septiembre de 2011 radicación N° 1996-00196-01 (20196) Sección Tercera Subsección A, Magistrado Ponente Hernán Andrade Rincón dijo lo siguiente:

“(...) En la actualidad, cuando se debate la responsabilidad del Estado por daños causados con el uso de armas de fuego de dotación oficial, por regla general se aplica la teoría del riesgo excepcional⁴; en este sentido la jurisprudencia de la Sala ha señalado que la Administración debe responder siempre que produzca un daño con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, como lo es la manipulación de las armas de fuego de las cuales están dotadas algunas autoridades por razón de las funciones a ellas encomendadas, tales como la Policía Nacional, el D.A.S., o el Ejército Nacional, pues el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos

⁴ Hasta 1989, la jurisprudencia del Consejo de Estado resolvió los casos relacionados con daños causados por armas de dotación oficial a través de la falla del servicio probada -sentencia de octubre 21 de 1982- con alguna incursión en la presunción de culpa -sentencia de octubre 24 de 1975, Exp 1631- Pero en sentencia del 20 de febrero de ese año, Exp 4655, el Consejo de Estado habló de falla del servicio presunta. En tal sentencia se dijo que el actor sólo debía acreditar que ha sufrido un perjuicio indemnizable y la existencia de una relación causal con el servicio y, por su parte, la Administración sólo podía exonerarse de toda responsabilidad si probaba que aunque el daño fue causado por un hecho a ella imputable, había obrado de tal manera prudente y diligente, que su actuación no pudiera calificarse como omisiva, imprudente o negligente, que dé lugar a comprometer su responsabilidad. Posteriormente se consideró que los daños producidos por cosas o actividades peligrosas, como el uso de armas de fuego de dotación oficial, debían analizarse bajo el régimen de presunción de responsabilidad -sentencias de agosto 24 de 1992, Exp 6754 y, de septiembre 16 de 1999, Exp 10922- en el entendido de que la falla sólo habría de presumirse en eventos bien distintos. Más adelante, la Sala señaló que el régimen aplicable en estos casos es el de responsabilidad objetiva en aplicación de la teoría del riesgo, posición que se mantiene en la actualidad -sentencias de julio 14 de 2004, Exp 14308, de febrero 24 de 2005, Exp 13967 y, de marzo 30 de 2006, Exp 15441- Sentencia del 14 de abril de 2010, C P Dr Mauricio Fajardo Gómez Exp 17921 - Sentencia del 23 de agosto de 2010 C P Dra Ruth Stella Correa Palacio Exp 19127

peligrosos.

En virtud de ese título de imputación objetivo, el demandante tiene el deber de probar la existencia del daño y el nexo causal entre éste y una acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial, sin entrar a analizar la licitud o ilicitud de la conducta del agente, la cual resulta irrelevante. A su vez la Administración, para exonerarse de responsabilidad, debe acreditar la presencia de una causa extraña, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que aún en aquellos casos en los cuales concurren los presupuestos para proferir condena en contra del Estado con base en el título objetivo de imputación del riesgo excepcional, la Sala ha considerado que cuando se configuren, igualmente, los elementos necesarios para deducir responsabilidad patrimonial de la entidad demandada con fundamento en la ocurrencia de una falla en el servicio que se encuentre suficientemente acreditada en el plenario, el carácter admonitorio y de reproche del actuar de la administración que la invocación de este título de imputación conlleva, hace que la condena se profiera con fundamento en éste y no aplicando el régimen objetivo de responsabilidad⁵.(...)"

Del aparte de la sentencia transcrito se puede concluir que si bien la teoría general apunta hacia la configuración del tipo de imputación objetivo, esto es la teoría del riesgo excepcional cuando se encuentre suficientemente probado es viable la aplicación de la falla del servicio.

Tal como lo señaló el demandante en su escrito de apelación y de cara a las circunstancias que rodearon los hechos, no se demostró dentro del plenario la falla del servicio consistente en el error en cuanto a la muerte del señor FLORENTINO

⁵ Ver entre otras las Sentencias 12 de octubre de 2006, Radicación No 680012315000199801501 01 (29 980) Sentencia del 14 de abril de 2010, C P Dr Mauricio Fajardo Gómez Exp 17921

GUZMAN habitante del lugar donde ocurrieron los hechos y razón de la protesta de los habitantes del sector, las pruebas aducidas tal como lo dice el actor se efectuaron si la anuencia de la demandada y siendo esta una prueba trasladada que no fue solicitada por esta en la contestación de la demanda, tal como lo concluyo el Juez no se podría tener en cuenta dicha prueba.

Es por esto que la Sala entiende que si bien ocurrieron hechos que propinaron la utilización de las armas de fuego, como lo es la protesta y toma de la estación de Policía como protesta por la muerte del antes mencionado, ese hecho en sí mismo no está suficientemente probado y además no es la causa directa e inminente del daño que se alega en el presente proceso, pues lo que si se encuentra probado es que el actor recibió un disparo por proyectil de arma de fuego, siendo esta la causa inmediata de su daño, pero no está demostrada la falla del servicio en que supuestamente habría incurrido la entidad demandada. Es por ello que la Sala comparte la posición adoptada por el Juez al elegir como tratamiento para el estudio de la responsabilidad el título de riesgo excepcional.

5. DEL CASO CONCRETO

Definido como se encuentra que el régimen de riesgo excepcional escogido por el a quo para decidir este asunto, fue el acertado, y que no se deban los elementos para hacerlo con fundamento en el régimen de la falla del servicio probada, pasemos entonces a revisar si el análisis de responsabilidad efectuado por el a quo bajo la teoría del riesgo excepcional, efectivamente da lugar a la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada.

5.1 De las pruebas allegadas

- Con los registros civiles visibles a folios 33-44 está demostrado el parentesco de los demandantes con el señor CELIAR BOTELLO - víctima directa, de la siguiente forma:

HECTOR HELI BOTELLO JIMÉNEZ, LUZ STELLA BOTELLO JIMÉNEZ, EBER BOTELLO JIMÉNEZ y CELIAR BOTELLO JIMÉNEZ en su calidad de hijos.

YULITZA BOTELLO PUENTES, HECTOR MAURICIO BOTELLO PUENTES, YELITZA VALENTINA BOTELLO PUENTES, DIANA PATRICIA OLIVEROS BOTELLO, RICARDO OLIVEROS BOTELLO, ANDREINA OLIVEROS BOTELLO, ESTEFANIA BOTELLO PALOMINO, JUAN DAVID BOTELLO ANGULO, en su calidad de nietos.

Si bien no obra en el expediente declaración extrajudicial o judicial de la existencia de la unión marital de hecho entre el señor Celiar Botello y la señora BERTILDE JIMÉNEZ PEREZ, la calidad de compañera permanente de esta última se encuentra demostrada con los testimonios obrantes en el proceso y susceptibles de ser valorados y a los que más adelante se hará relación.

Obra a folio 47 copia auténtica del informe de situación de orden público enviado por el Alcalde de Santa Rosa Sur de Bolívar al Secretario del Interior de la Gobernación de Bolívar en fecha 12 de diciembre de 2007, en el cual manifiesta que fue conocida la muerte de un señor de nombre Florentino Guzmán en la zona urbana de dicho municipio, en hechos que se desconocen. Que en atención a ello se ve presencia de la comunidad en las calles, presentándose disparos presuntamente entre la comunidad y la policía, así como presencia de la comunidad ante la estación de policía, por lo que se solicita se adopten medidas necesarias urgentes para restablecer el orden público.

–De las historias clínicas visibles a folios 48-51, 167-182, 200-308 se tiene que, en fecha 12 de diciembre de 2007 el señor Celiar Botello fue ingresado a la ESE Hospital Manuel Elkin Patarrollo del Municipio de Santa Rosa Sur, Bolívar por herida con arma de fuego en su abdomen con orificio de salida. Posteriormente fue trasladado a la ESE Hospital José David Padilla Villafañe del Municipio de Aguachica Cesar. Así mismo en ella se constata las distintas intervenciones médicas y

quirúrgicas de la que fue objeto del señor Celiar como consecuencia de la herida de bala.

–A folios 184- 190 obran los Informes Técnico Médico Legal de Lesiones no Fatales realizados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses al señor Celiar Botello, en los cuales está consignado como diagnosticó herida toraco abdominal por arma de fuego, la cual encontrándose cicatrizada causó secuelas de carácter permanente como deformidad física y perturbación funcional del sistema inmunológico de carácter permanente, producto de la extirpación del Bazo. Igualmente se consignó que no fue posible determinar la trayectoria del proyectil, ni la clase de arma o proyectil.

-- Obra a folios 310-471 obra copia del expediente penal adelantado por el señor Florentino Guzmán Ríos, sin embargo, el Despacho no valorará las pruebas practicadas en dicho proceso, en atención a que no se reúnen los requisitos legales para la valoración de las mismas, atendiendo a que fueron practicadas sin la citación o intervención de la demandada y por otra parte, su traslado fue solicitado por los accionantes, sin que la accionada se hubiera adherido a dicha solicitud en su escrito de contestación de demanda.

– Visible a folios 554 -555 obra el testimonio del señor Juan Carlos Ospina Escobar, quien en su calidad de testigo directo y conocido del señor Celiar Botello manifestó respecto de la forma en cómo ocurrieron los hechos en los cuales término lesionado el demandante lo siguiente: *"Lo que me consta y que vi venía un poco de gente delante venía unos señores con aspecto de Policía venían armados con fierro un arma de fuego venía caminando apresuradamente y la gente les gritaba cosas como asesinos, hijueputa, malparidos, asesinos, en el momento quede asombrado no entendí nada. escuchaba todo y al ver esa cantidad de gente quede asombrado, después los tipos que tenían aspecto de policía al ver que la gente estaba alterada salieron hacia el puesto de policía y la policía al verlos salió al encuentro de ellos, la gente presionaba con palabras y los escoltó hasta el comando o puesto de policía y*

se escucho inmediatamente tiros que venían del puesto de policía hacia la calle y ahí fue cuando vimos caer a don CELIAR los salimos a recoger y los hijos lo levantaron y que yo me diera cuenta la gente del pueblo no disparaba los disparos solo venían del comando de la policía, la gente venían haciéndole bronca a los tipos que entraron a la estación de la policía y no fueron tiros al aire, al ver lo que había sucedido al don CELIAR la gente se aglomero o se amotinaron a la Estación, porque la gente todos conocemos a don CELIAR como trabajador y señor juicioso, y se acercaron mas al puesto de Policía a reclamar y en los reclamos, la gente les dijo que habían herido al señor y ellos negaban pero en un momento uno de esos policías manifestó QUE ELLOS HABÍAN DISPARADO PERO AL AIRE. Intrigado por los hechos eso es duro casi todo el día en el parque y después empezaron a comentar que era lo que había sucedido que los señores que venían delante de la gente o que estaban persiguiendo y que entraron al Comando pertenecían a un grupo de la Policía como el GAULA y que habían matado a un señor del pueblo a un comerciante de nombre FLORENTINO GUZMAN, nadie hacía comentarios del porque se hablaba que fue por un error no trate de enterarme mucho y no supe mas nada de eso y al ver todo eso los comerciantes comenzaron a cerrar y el ejercito apareció en horas de la tarde.

- - Visible a folios 556- 557 obra el testimonio del señor Jorge Eliecer Arena Jerez en calidad de testigo directo y conocido del señor CELIAR quien manifestó respecto de los hechos que dieron origen a la demanda lo siguiente: "Yo estaba en el parque vendiendo mis jugos de naranjas, cuando vi que escuche la gente comentando que habían matado a uno allá arriba por las acacias, no sabía quién era, se les vino la gente encima del que lo mato, lo trajeron hasta arriba del centro por los lados de la estación la gente les gritaba que matones, sicarios, asesinos hijueputa, bombos hijueputas, se lo jartaron, se lo tragaron, malparidos, cobardes, porque no le dieron tiempo lo dejaron como un perro tirado, hagan su trabajo pero no perjudiquen al pueblo, la gente solo hablaba, y los tipos tomaron rumbo para escudarse en la estación de policía al ver la policía lo que sucedían salieron y se metieron en para protegerlos (sic), al estar adentro de la estación empezaron los disparos que salían únicamente de la estación de policía se escuchaban varias clases de disparos de fusil, pistola, revolver ellos disparando como locos por los lados del

parque, hacía el Banco Agrario y la gente corría a esconderse para no ser impactados en ese momento venía don CELIANO para su punto de trabajo donde tiene la ventica de jugos, y fue cuando ocurrió el accidente que lo baliaron, yo estaba hablando con el hijo de él ahí al frente de/lado del parque, cuando lo vimos fue que se puso la mano en la herida sangrando y cayó al piso, los disparos solo venían de la estación de policía, lo cogimos y lo montamos al taxi al Hospital el Hijo se fue con él, todos nosotros los vendedores y la gente que estaba allí se dieron cuenta de lo sucedido y la gente con rabia se fue más hacia la policía y ellos se encerraron y en las horas de la tarde llegó el ejercito a poner control."

- Visible a folios 558 obra el testimonio del señor Mario Carrizosa Ramírez en calidad de testigo directo y conocido del señor CELIAR quien manifestó respecto de los hechos que dieron origen a la demanda lo siguiente: *"lo que yo puedo decir es que el día de los hechos yo me encontraba en el puesto de trabajo en la esquina del Banco Agrario, cuando veo que venía una cantidad de gente y escuche de que habían matado a un señor de aquí de nombre don FLORO y la gente gritaba insultando a nos manes les gritaban insultos tales como les gritaban asesinos, y la gente les gritaba e iba detrás de ellos y al ver la policía lo que sucedía salieron a escoltar lo que llevaba la gente delante les iban dando pata y puño, y al entrar a la policía los señores y al ver que la gente se les iba para el comando entrando empezó a disparar de la Estación para acá donde está el Banco Agrario en ese momento iba pasando don CELIAR venía para el punto de venta de Jugos de Naranja que tenía en el parque diagonal donde yo estaba y de ahí cayó al suelo y fue alzado y embarcado en un taxi para el Hospital y el pueblo se revolucionó todo y echaron a cerrar el comercio al ver que estaba gravando la cosa y después llegó el ejercito a calmarlos y a ver qué pasaba, yo no supe mas nada, al escuchar los disparos que se llevaron a don CELIAR me fui, cuando los disparos me escondí al ladito donde está la fama y ahí pude ver lo que le paso a don CELIAR estaba en frente lado de la droguería, por comentarios esas personas que entraron a la estación de policía y que mataron al señor FLORO eran de la SIJIN o GAULA eran miembros de la Policía. ..."*

- Visible a folios 559 obra el testimonio del señor Arturo León Quintero Quintero en calidad de testigo directo y conocido del señor CELIAR quien manifestó respecto de los hechos que dieron origen a la demanda lo siguiente: *"Yo estaba en el parque lo que vi fue que venía una multitud por la calle por los lados de EDGAR MORA y traían a unos señores armados, y eso fue de rapidez que entraron al puesto y se formó una tronacera, disparos y fue donde hirieron al viejo CELIANO, los disparos salían de la estación de policía, pues como la gente estaba enardecida por lo sucedido digo para evitar alguna cosas y empezaron a disparar tiros de fusil, pistola. yo mire a don CELIAR herido iba pasando por el lado del parque vendiendo unas gallinas y de allí para el hospital se lo llevó su hijo. ..."*

- Visible a folios 572 obra el testimonio del señor Leonel Peña Carrillo en calidad de testigo directo y conocido del señor CELIAR quien manifestó respecto de los hechos que dieron origen a la demanda lo siguiente: *"Ese día yo estaba presente en el lugar donde don CELIAR cayo cuando fue herido, yo también soy vendedor de la región y pude ver claramente como paso el hecho yo estaba en el parque principal lugar comercial estaba en una cantina denominada el "VAVEN" cuando empezaron a escucharse unos disparos de armas largas era lo que yo escuchaba, mire que venía mucha gente por los lados de donde está el almacén de motos YAMAHA, la gente se dirigió por los lados del parque para la Estación de policía, pura gente vestía de civil iban como persiguiendo a alguien, gritaban hablaban pero no escuche porque estaba en la cantina mirando hacia mi derecha, seguí con mi vista lo que pasaba y al mirar por el lado izquierdo observe que una persona que llevaban o conducían en el motín se metió en la Estación de Policía, había en el sector mucha gente, cuando entraron en la Estación se escucharon unos disparos dirigidos de la Estación de la Policía hacia el parque lado del Banco Agrario y la droguería Cruz Blanca y pude observar que uno de los disparos impactó en el cuerpo del señor CELIAR causándole herida, vi cuando se dobló y cayó al suelo y volvió y se levantó con la mano puesta en el abdomen y camino hacia la esquina de la droguería y llegaron los hijos y lo cogieron y lo llevaron inmediatamente al Hospital donde fue remitido de urgencias para Aguachica por la gravedad de la herida, el viejo CELIAR está vivo de vaina, fue una herida grave le cruzo*

el hígado, el vaso lados del estomago colocándole en grave peligro la vida del viejo CELIAR ..."

- A folios 570-571 obra el testimonio del señor Roberto Carlos Hernández del cual se puede destacar que conoció al señor CELIAR BOTELLO el 12 de diciembre de 2007 cuando se desempeñaba como médico del Hospital Local Manuel Elkin Patarroyo y este fue ingresado al mismo por una herida con arma de fuego, señaló el testigo que desconoce lo que realmente ocurrió ese día. Igualmente, a folio 655-656 obra la declaración del señor Carlos Alberto Sierra Varela en su calidad de Médico Cirujano del Hospital José David Padilla Villafañe quien manifiesta que prestó sus servicios médicos al actor como consta en la historia clínica obrante en el proceso.

– Obra a folios 661-664, dictamen pericial realizado por la Junta de Calificación de la Invalidez del Cesar y la Guajira, en el cual se determinó como porcentaje de pérdida de capacidad laboral del señor Celiar Botello el 28.45%. Es de resaltar que respecto de dicho dictamen se le dio traslado a las partes, quienes no lo objetaron, siendo susceptible de ser valorado en su integridad por el Despacho por reunir los requisitos de ley.

– A folios 672-710 obran los informes remitidos por la Policía Nacional en los cuales se observa que respecto de la muerte del señor Florentino Guzmán Ríos se realizó el levantamiento del cadáver y se enviaron a los organismos competentes los documentos para que se realizaran las investigaciones a lugar. Igualmente se observa que respecto de los hechos que ocasionaron la muerte de Florentino Guzmán, en el libro de minutas de la Policía de Santa Rosa del Sur de Bolívar se dejó consignado que existieron disparos entre la comunidad y del personal del Gaula de la Policía y que con ocasión de ello, la gente se aglomero frente a la estación de la policía exigiendo que se entregara al personal del Gaula, escuchándose disparos de la multitud y resultando averiado el vidrió panorámico de la camioneta Toyota Hilux Panal 51-096.

– Por otra parte, a folio 711 el Fiscal 149 Penal Militar DEANT certifica que revisados los libros y archivos de la dependencia, no se encontraron investigaciones adelantadas contra personal del Gaula por la muerte de Florentino Guzmán.

6. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD BAJO LA TEORIA DEL RIESGO EXCEPCIONAL.

6.1. EL DAÑO.

Entendido jurisprudencialmente como el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien, en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc., suponiendo la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo, sin que el ordenamiento jurídico le haya impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carezca de causales de justificación.⁶

Sobre la existencia del evento dañoso, que en el presente caso lo constituye las lesiones sufridas por el demandante, las pruebas aportadas al proceso dan fe de que efectivamente el actor si las padeció.

Ello se puede evidenciar de la historia clínica del señor CELIAR BOTELLO, relacionada anteriormente en el acápite de hechos probados y de la cual se puede concluir que el día 12 de diciembre de 2007, recibió una herida con arma de fuego con orificio de entrada a nivel meso gástrico derecho con orificio de salida a nivel de 10 espacio intercostal con línea axilar posterior del lado izquierdo.

Yace además en el expediente el informe técnico médico legal de lesiones no fatales rendido por el Instituto de medicina legal, de fecha 14 de diciembre de 2007 en la cual le conceden al actor una incapacidad de 45 días, con ocasión del disparo que sufrió el mismo, posteriormente mediante nuevo informe técnico el Instituto de medicina legal

⁶Consejo de Estado – Sección Tercera, sentencia del 27 de enero del 2000, M.P. Alier E. Hernández Enriquez

fecha 31 de enero de 2008, precisa como secuelas deformidades físicas que afectan el cuerpo, de carácter permanente, perturbación funcional del sistema inmunológico de carácter permanente.

Así mismo la Junta Regional de invalidez del Cesar determina para el señor CELIR BOTELLO BARBOSA una pérdida total de capacidad laboral de un 28,45% (FL 663-334)

En conclusión, las pruebas apuntan hacia la existencia de los daños alegados por el demandante con ocasión del disparo, siendo para ello corroborado con las historias clínicas allegadas al expediente con ocasión de la solicitud elevada por el Juzgado en dicho momento.

6.2. Imputación del Daño.

El artículo 90 de la Constitución prevé que el Estado es responsable de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de las autoridades públicas cuando dichos daños le sean imputables. Conforme a esta norma, para endilgar la responsabilidad patrimonial, debe demostrarse que el daño fue obra del Estado, por haber sido éste su autor, bien por haberlo causado directamente, o por haberlo propiciado. Por lo tanto, los daños sufridos por las personas con ocasión de la utilización de armas de fuego por parte de miembros de la fuerza pública, son imputables al Estado cuando en la producción del hecho intervino la administración, a través de una acción u omisión.

Pues bien, resulta claro, que el demandante afirma que el daño que se le produjo con ocasión del disparo de arma de fuego que recibió, es imputable a la Policía Nacional, en razón a que fueron unos miembros de dicha institución quienes en forma desmedida y desproporcionada abrieron fuego supuestamente para evitar la injerencia de la gente en la estación de la Policía esto por cuanto, los mismos había supuestamente intervenido en la muerte de otro civil habitante de dicha población, y

que al final terminaron por herir al demandante que nada tenía que ver con dicho asunto.

Pues bien dentro del plenario se puede observa que no se pudo hacer el análisis al proyectil que ingreso en el cuerpo del demandante puesto que la misma encontró orificio de salida.

El Juez de instancia luego de una valoración probatoria concluyó que los testimonios efectuados durante todo el proceso apuntaron a determinar que los únicos armados el día de ocurrencia de los hechos eran los Policías que fueron los que efectuaron disparos, hecho que no fue desvirtuado por la demanda, quien en ningún momento ha negado que los agentes de Policía efectuaron disparos al aire, y tampoco aduce su ausencia de responsabilidad en el escrito de apelación, incluso encontrándose de acuerdo con la elección del título de imputación.

Pues bien si bien en los títulos de imputación objetiva se releva del estudio del deber de reparar, tal situación obedece a la certeza que se tiene cuando se está en presencia de actividades riesgosas que comprometen el bienestar de terceros, sin embargo el riesgo en sí mismo sin la comprobación de ser la causa eficiente del daño genera dudas que rompen con la objetividad del juicio, pues si bien el daño en este caso se configura en un daño cierto, la imputación es decir el sujeto responsable queda en dudas dado que no existe certeza si el disparo que afectó al demandante fue producto del arma de dotación oficial de los Policías o si correspondía a los sujetos que protestaban frente a la Estación de Policía.

Estando así las cosas, es necesario que el demandante acredite dentro del proceso, las afirmaciones anteriores que según aquel desembocaron en la configuración del daño, como lo fue el recibir un impacto de bala por parte de un miembro de la Policía Nacional.

Ahora bien, analizando el material probatorio aportado al expediente, no encuentra

esta judicatura suficientes elementos de juicio que permitan llevar al grado de conocimiento (certeza) a esta corporación sobre las afirmaciones del demandante.

Como se observa de un análisis de las pruebas, en lo referente a la ocurrencia de los hechos, lo único que se encuentra en el expediente son las afirmaciones realizadas por el actor en el texto de la demanda, así como los testimonios de las personas que de una u otra forma se encontraban en el lugar de ocurrencia de los hechos, quienes manifiestan que la Policía abrió fuego, siendo en principio un elemento indicativo de la existencia de los disparos efectuados por la Policía.

Dentro del plenario yace un informe de la situación de orden público acaecida el 12 de diciembre de 2007, rendido por el Alcalde Municipal de Santa Rosa del Sur de Bolívar, del cual se extrae: *“se presentan disparos en algunas calles del municipio, se ve presencia de comunidad frente a las instalaciones de Estación de Policía presentándose disparos presuntamente por parte de la comunidad y de la Fuerza Pública, ocasionando pánico entre la comunidad”*

Le causa extrañeza a la Sala que por esos hechos no se hubiese instaurado denuncia penal o administrativa por parte de la víctima directa en contra de los miembros de la Policía que presuntamente le propinaron el disparo, de igual forma no existe en el expediente pruebas complementarias que conduzcan a determinar que efectivamente fueron los policiales los que propinaron el disparo, y la sola existencia de unos testimonios no es la prueba que la da la plena certeza a la Sala para endilgar una responsabilidad de este tipo.

En el caso concreto, como ya se señaló, no existe prueba en el expediente que permita afirmar que el daño es imputable al Estado, toda vez que no se encuentra probado en el plenario que el daño sufrido por el accionante se hubiese debido al actuar desproporcionado de la Policía Nacional, por lo tanto no se podrá imputar responsabilidad al Estado por los daños generados por los hechos estudiados, puesto que no existe la certeza frente a la imputabilidad del daño.

Con respecto a la prueba dentro del proceso el H. Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que le permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente (en debida forma los medios que la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes. No queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probando a cargo de la prueba”.⁷

Se concluye entonces, que siendo absolutamente necesario la configuración de los elementos daños e imputación y estando el segundo elemento del juicio de la responsabilidad afectado por dudas, no podría esta Sala endilgar responsabilidad a la demandada, por hechos que se encuentran oscuros, por lo que no tendrían la virtualidad suficiente para comprometer la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

Tenemos que toda decisión judicial debe basarse en las pruebas oportuna y regularmente allegadas al proceso, pues esa es la reglamentación que al efecto trae el artículo 174 del C.P.C., en lo que se conoce como el principio de necesidad de la prueba.

En un caso similar al hoy estudiado por este Tribunal, la Sala 003 de descongestión en fallo de fecha 28 de junio de 2013, demandante: Julio Cesar Sánchez García, Demandado la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional Radicación N° 003-2005-001127-01 esta Corporación niega las pretensiones por falta de pruebas concluyentes sobre la imputabilidad del demandado.

⁷C E Sección 3ª Sentencia del 4 de mayo de 1992 referida en la sentencia del 30 de agosto de 2006 C P C Dr ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ, expediente 15433 (R-4531).

Igualmente estatuye el 177 ibidem, que "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas jurídicas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", en consecuencia, por todo lo discurrido, esta Sala se apartara de la decisión adoptada por el Juez de instancia y en consecuencia será revocada la decisión adoptada.

VII. LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de 2012, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accedieron a las pretensiones de la demanda, en consecuencia se dispone:

"**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia."

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, remítase el expediente al juzgado de origen.

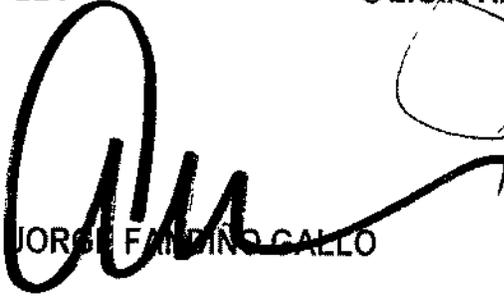
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMÍREZCASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



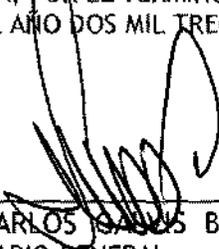
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1232
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION DE REPARACIÓN DIRECTA
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA
DEMANDADO	: NACION-RAMA JUDICIAL
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-004-2003-01920-00
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIECISEIS (16) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,



JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:
EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.
Cartagena,
TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f: 1014 a 205
(2-0)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLIVAR

-SALA ESPECIAL DE DESCONGESTION 003-

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. **285/2013**

Tema: Falta de interés en la causa para demandar – Prueba de la posesión que tiene el actor sobre el vehículo vinculado a investigación penal por el delito de hurto.

Cartagena de Indias, D. T. y C., Dieciséis (16) de Octubre de dos mil trece (2013).

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Radicación: No. 13 001 23 31 004 **2003 01920 00**

II. PARTES

Demandante: RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA
Demandado: LA NACION – RAMA JUDICIAL

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procede a dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por el señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA quien a través de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa contra LA NACION-RAMA JUDICIAL con el fin de que se le declare administrativa y

extracontractualmente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios materiales y morales.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS

El demandante a través de apoderado judicial expone como hechos de la demanda, los siguientes:

1. *El señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, es poseedor desde el mes de noviembre de 1997 del vehículo automotor, cuyas características principales son como sigue: clase: automóvil; marca: Chevrolet; placa: TTB-162, servicio: Público (Taxi); modelo: 1994; tipo de carrocería: sedán; capacidad: cinco pasajeros; radio de acción: urbano; número motor: 3JH27ND14403. Afiliado a la empresa de transporte RENACIENTE.*
2. *La posesión del mencionado vehículo la adquirió el actor de manos de la señora NORMA GAITAN DE SARABIA, su anterior poseedora y propietaria inscrita mediante compra realizada en el mes de noviembre de 1997.*
3. *El día 15 de mayo de 1998 estando el vehículo mencionado en el taller denominado 13 de junio, ubicado en el barrio Olaya Herrera de esta ciudad (Cartagena), propiedad del señor JUAN ACEVEDO BOLAÑOS, para efectos de reparación mecánica, fue retenido (el vehículo) al igual que su poseedor (RAMIRO ANTONIO DIAZ), por el presunto punible de RECEPCION por Unidades de la Policía Nacional adscritos a la Seccional de Policía Judicial e Investigación del Departamento de Bolívar, SV. ORLANDO ANTONIO SANJUAN BACCA, CP. LUGO MERCADO ARNOLDO, AG. LEDESMA BARRIOS ALFONSO, ALCAZAR AURELA RUBEN y TE. ANIBAL ANGULO TINOCO, y puesto tanto el doctor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, como el vehículo de su posesión ya referido puestos a disposición a partir del día siguiente a órdenes de la Fiscalía Seccional de Reacción Inmediata en turno, Fiscal Local Delegada N° 18 de Cartagena, quien realizó la captura correspondiéndole por reparto extraordinario el tratante del proceso a la Fiscalía N° 11 de la Unidad Especializada de Delitos contra la ley 30 de 1886, Grupo de Automotores.*

Argumentaron los agentes de policía que se enteraron a través de una llamada que en el lugar donde mi cliente tenía un vehículo taxi de su posesión para un arreglo mecánico y eléctrico, se estaban realizando "montajes" de varios vehículos. Fue allí cuando encontraron el taxi de mi poderdante arriba descrito, así como autopartes, procediendo a la captura como ya se dijo del señor DIAZ CERPA y el decomiso entre otros objetos, del taxi de mi cliente, el que en ese momento no tenía ni la plaqueta de serie, ni la clase de chasis, que por motivos de seguridad le había quitado su poseedor.

4. *Con providencia de mayo 18 de 1998, la Fiscalía 11, puso en custodia y a disposición de la Oficina de Bienes de la Dirección Administrativa y Financiera de la Fiscalía de Cartagena el automotor que es posesión de mi mandante descrito antes, de acuerdo a lo expresado en el ordinal CUARTO de dicha actuación.*

5. La Fiscalía 11 Delegada, Grupo de Automotores de Cartagena, mediante proveído fechado el 27 de mayo de 1998, resolvió la situación jurídica al señor Ramiro Díaz Serpa, absteniéndose de dictarle medida de aseguramiento, por considerar que no había méritos suficiente para ello; sin embargo y en forma inexplicable, se abstuvo de hacer pronunciamiento sobre el decomiso del vehículo cuya posesión pertenecía al procesado, por lo tanto el vehículo siguió a órdenes del despacho judicial del conocimiento, no obstante el reconocimiento expreso de no existir el menor indicio de la comisión de delito alguno.

En la resolución dictada por la Fiscalía comentada en este hecho, el Fiscal hace eco de las pruebas testimoniales recibidas a los señores Juan Acevedo Bolaño y Willy Hurtado Pardo, a las cuales se refiere de la siguiente manera "Sin embargo, los testimonios de Juan Acevedo Bolaños y Willy Hurtado Pardo, debilitan la prueba indicaría que gravita sobre el médico encartado y echa por tierra lo consignado en el documento policivo, en la medida que a pesar de sus inconsistencias y eventuales contradicciones, en esencia corroboran lo dicho por el justiciable Díaz Cerpa. Así tenemos:

"Que no existe ninguna relación entre el vehículo automotor de placas TTB-162 de Díaz Cerpa, con los dos taxis hallados (el estrellado y el quemado); como tampoco de las autopartes con aquel..."

6. Después de más de tres años de investigación, la Fiscalía 11 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito, Unidad de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Cartagena, al calificar el mérito del sumario, PRECLUYO la instrucción a favor del sindicato RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, por el presunto punible de Receptación. En la misma providencia se ordenó RESTITUIR a favor del señor Ramiro Antonio Díaz Serpa provisionalmente, mientras se cumplía con algunos requisitos de orden administrativo para convertirse en definitiva. el automotor Clase: Automóvil; Placa Tipo: Sedan; Marca Chevrolet Chevette; Modelo 1993; Color Amarillo; Motor No.: 3JH7ND14403.
7. Que durante el tiempo de instrucción se practicaron toda clase de pruebas sobre el vehículo decomisado, encaminados a verificar su procedencia, autopartes, documentación y demás, e inclusive una inspección judicial en el organismo de tránsito donde está inscrito el automotor sobre el expediente del mismo, Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena (DATT) encontrándose todo dentro de lo normal, sin que existiera la menor razón para considerar que sobre ese vehículo se estuviera "montando" otro ilegal.
8. Que el vehículo taxi posesión de la parte actora, fue en varias ocasiones solicitado para su entrega al poseedor, a través de su apoderado judicial, sin embargo, la Fiscalía que conocía el caso, nunca accedió a esta medida.
9. Que en el proveído que calificó el sumario, ordenándose la PRECLUSION de la investigación y con ello la restitución del vehículo de mi mandante, el Fiscal 11 Delegado Seccional de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico, luego de hacer un análisis de la pruebas existentes en el proceso a favor de la conducta y comportamiento del Dr. Díaz Cerpa (Folio No.9 del documento mencionado), agrega "siendo esto así al despacho no le es permitido jurídicamente tener por cierto algo que no se encuentra demostrado en la actuación, como sería sostener tercamente que el mentado automotor tiene una procedencia ilícita, esto no sería en verdad justicia alguna; tampoco se encuentra demostrado en la actuación que el rodante de marras resulte ser un MONTAJE, es decir, que piezas de otro vehículo hayan montado en él, por lo tanto y bajo todas estas circunstancias y muy a pesar del informe técnico conocido, ya que entre otras cosas, el historial del mismo muestra que su primitiva propietaria lo fue la señora NORMA GAITAN DE SARABIA y que ésta según la versión del sindicato se lo vendió, y no estando desvirtuado esta por ninguna prueba dentro de la actuación, el despacho debe estarse

a ella. por lo que así considera oportuno RESTITUIR de manera provisional el mentado rodante a su propietario señor RAMIRO ANTONIO DIAZ SERPA..."

10. Que del mismo razonamiento jurídico que expresa el señor Fiscal en la resolución que decretó la preclusión, se desprende claramente que el señor Díaz Cerpa, fue sometido absurdamente a la privación de la tenencia y posesión de su vehículo taxi, automotor de servicio público cuyo producido formaba parte de su medio de subsistencia.
11. Que como bien se ha determinado, el vehículo decomisado es de servicio público, afiliado a la empresa RENACIENTE correspondiendo a la modalidad de taxi, modelo 1993, es decir un automotor que a la fecha de su decomiso, podía tener a lo sumo cuatro años y algo más de estar rodando, era un vehículo realmente nuevo y acto (sic) para desempeñarse en su función, además con asistencia tecno mecánica permanentemente.
12. Que al momento de su movilización por la Policía y refrendación por la Fiscalía, el vehículo se encontraba legalmente acto (sic) para desempeñarse en la plaza pública, así: Tarjeta de operaciones N° 42521, expedida el 27 de marzo de 1998 por el DATT, con fecha de vencimiento para el 8 de marzo de 1999; y con SOAT N° 501 7310986-4, póliza expedida por Aseguradora Solidaria de Colombia el 30 de enero de 1998, con vigencia de un año.
13. Que el estado del vehículo al momento de su decomiso, funcionaba a la perfección, contaba con todos sus accesorios externos e internos y componente de máquina, cuestión que se podrá comprobar con el álbum de fotografías tomadas a dicho vehículo que constan en el expediente penal que se solicitará oficiar a la Fiscalía. Sin embargo, el día 10 de octubre de 2001, fecha en la que iba a hacer entrega del vehículo por parte de la Fiscalía, en los patios de la Sijin, Departamento de Policía de Bolívar en Cartagena, se encontró en vez del vehículo que fue decomisado, un reducido número de escombros, faltándole en un 80% aproximadamente las partes integrantes del mismo, imposibilitando para rodar mecánicamente, razón por la cual le fue imposible al accionante sacar el vehículo del sitio donde lo tuvo decomisado la Fiscalía. Acompaño a la demanda los inventarios a que he hecho referencia y me remito a ellos para que su contenido con el fin de no reproducirlo por economía procesal se tenga como parte de este hecho.
14. Que la Fiscalía General de la República, fue gravemente negligente en el cuidado y custodia del vehículo durante el tiempo en que lo tuvo retenido, enviándolo a un sitio completamente abierto al agua y al sol, sin ninguna seguridad hasta el punto que más de la mitad del carro fue desvalijado, de acuerdo al acta de inventario de octubre 10/03 y el resto convertido en un montón de escombros, los cuales se encuentran en los patios de la Sijin, en el barrio Manga de Cartagena, ya que mecánicamente fue imposible sacarlo rodando, es más de pronto ni con grúa, dado el estado más que lamentable en el que se encontraba, hasta el punto de estar casi diseminado, carga adicional que no estaba obligado a soportar el actor.
15. Que un taxi de su edad, estado y mantenimiento que tenía al momento en que fue decomisado, regularmente trabaja dos turnos al día, ingresos que dejó de percibir mi mandante desde la fecha de su decomiso, hasta la presente.
16. Que la nación colombiana (sic) a través de la Rama Judicial, más específicamente, a través de la Fiscalía General de la Nación, privó errónea e injustificadamente del uso, goce, disfrute y lucro cesante al señor Ramiro Antonio Díaz Cerpa de su vehículo de transporte público, taxi, herramienta de trabajo de la que dependía en gran parte su sustento y el de su familia. Pero a más del error jurisdiccional, agravó su situación con la excesiva morosidad en el trámite y resolución del asunto, sometiendo a padecimientos económicos y morales a toda su familia.

17. Que el doctor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, ante todo es una persona honorable, con principios y valores, hogareño, reconocido en los medio profesionales de la medicina y de los negocios, todo lo cual fue desmedrado brutalmente con este atropello. Su profesión es la de médico cirujano y homeópata, la cual estudió en el Instituto Politécnico Nacional de México.
18. Esta situación lo desmejoró en los aspectos, personal, social, profesional, comercial, económico y familiar, perjuicios de los cuales aún no se ha recuperado.
19. La resolución que calificó el sumario con PRECLUSION a favor de mi poderdante, fue notificada a través del estado N° 212 de noviembre 21 de 2001, no fue impugnada y quedó ejecutoriada el 26 del mismo mes y año."

B- PRETENSIONES

Las principales son:

"PRIMERA.- Que se declare patrimonialmente responsable a la Nación Colombiana – Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Fiscalía General de la Nación por los hechos y omisiones que constituyeron error jurisdiccional en contra del señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, de acuerdo a lo expresado en los hechos de este libelo, especialmente por la privación prolongada del uso y goce del vehículo de servicio público de su posesión, clase automóvil, marca Chevrolet, placa TTB-162, sin fundamentos jurídicos desde el día 15 de mayo de 1998, hasta el 10 de octubre de 2003, día en que se hizo formal y teóricamente la restitución, e inclusive retención que se ha prolongado en la práctica indefinidamente.

SEGUNDA.- Como consecuencia de lo anterior, se condene a la Nación Colombiana – Rama Judicial – Consejo Superior de la Judicatura al pago de los perjuicios de índole material y moral de que hicieron víctima a mi poderdante, así:

a) DAÑO MATERIAL

1. Emergente

1.1. El valor correspondiente al deterioro, faltante de piezas y/o partes, o valor total si así lo consideren los peritos, del vehículo taxi, marca Chevrolet, servicio público, placa TTB-162, motor N° 3JH27ND14403, número chasis 5PD78418, modelo 94, que es posesión del actor.

1.2. Suma de dinero que por impuestos, derechos de tránsito y cobro coactivo de los mismos ha pagado mi mandante al DATT, Departamento de Tránsito y Transporte del Distrito de Cartagena, durante el tiempo que su vehículo ha permanecido inmovilizado por la Fiscalía de acuerdo al documento de pago que se anexa a la demanda por CUATROCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS.

1.3. La suma de CIENTO SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTIUN PESOS, valor pagado por mi cliente por concepto de seguro obligatorio a la Aseguradora Solidaria de Colombia, por el período 98-01-30 (sic), hasta el 99-01-30 (sic), tiempo que no fue utilizado debido a que se decomisó el vehículo desde el 15 de mayo de 1998, hasta octubre 10 de 2001.

2. Lucro Cesante

2.1. El producido promedio que hubiere arrojado el vehículo de servicio público (taxi), desde el día en que fue objeto del decomiso, mayo 15 de 2003, hasta la fecha en que se hizo entrega formal del mismo en octubre 10/2011, e incluso, extendida hasta el día en que se le haga le peritaje que se solicitará en esta misma demanda.

b). DAÑO MORAL

Por la pena, el sufrimiento moral, el deterioro de su imagen personal, profesional y comercial, se debe condenar a la parte demandada al pago del equivalente en pesos colombianos de mil gramos oro o lo correspondiente a cien salarios mínimos legales mensuales a la fecha de la condena.

TERCERA.- Que se condene a la demandada al pago indexado de las sumas de dinero correspondiente a los daños materiales de acuerdo a los parámetros trazados por la jurisprudencia del Concejo de Estado."

V. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Nación – Rama Judicial del Poder Público (F. 88 a 94)

El apoderado de la entidad demandada LA NACION-RAMA JUDICIAL, contestó la demanda y adujo como razones de su defensa lo siguiente:

"De conformidad con lo normado, para la época de los acontecimientos, por el artículo 23 del C.D.P.P.; todo hecho punible origina acción penal y, así entonces, es la Fiscalía General de la Nación al tener conocimiento de que, entre otros sindicados, contra el médico RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA obraba por lo menos un indicio grave que comprometía su responsabilidad como coautor o participe del delito de RECEPCION, mediante providencia de fecha mayo 16 de 1998, se ordena dejar a disposición de la FISCALIA SECCIONAL DE REACCION INMEDIATA EN TURNO, según hechos ocurridos dentro de las circunstancias de lugar, tiempo y modo, relacionadas en la citada providencia, posteriormente mediante providencia de octubre 5 de 2001, se ordena precluir la investigación en su contra, y, como consecuencia de ello se ordena restituir de manera provisional a favor del señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, el vehículo automotor, clase AUTOMOVIL, tipo SEDAN, marca CHEVROLET CHEVETTE, modelo 1993, color AMARILLO, motor N° 3JH27ND14403, la cual se tomará en definitiva en cuanto se cumpla con la normatividad administrativa señalada en el cuerpo de esta providencia, acto normal y legal, de la administración de justicia, por todo al funcionario le competía en su función jurisdiccional, constitucional y legal, evaluar la prueba allegada al plenario penal y basado en ella y según su criterio jurídico, decidió lo que en derecho le era pertinente de manera que, no fue un acto arbitrario o ilegal, para que ahora se predique sin fundamento legal, error jurisdiccional y privación prolongada del uso y goce del vehículo de servicio público.

Del estudio y análisis de las providencias judiciales en fotocopias anexas con la demanda que afectaron y luego beneficiaron al señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, y con las cuales ahora se pretende justificar las susodichas pretensiones, se infiere con claridad meridiana que las decisiones de la Fiscalía estuvieron soportadas en las normas procesales vigentes, ya que, el autor, por razones de la investigación penal y la grave imputación que le militaba de violación a la ley penal, estaba obligado a soportar la carga que sufrió dado que, a juicio del ente fiscal, en su privativa competencia jurisdiccional y legal se reunían a cabalidad en el proceso penal los requisitos exigidos

por los artículos 388 del C.D.P.P., circunstancia que en manera alguna es constitutiva de error judicial, ya que, todos fueron actos normales de la administración de justicia, los que por su naturaleza, no pueden generar indemnización.

Ahora, que la Fiscalía optara mediante providencia de fecha mayo 16 de 1998, dejar a disposición de la Fiscalía Seccional de Reacción inmediata en turno al señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, y luego precluir la investigación, de conformidad con lo establecido en los artículos 36 y 443 del C.P.P., y restituir de manera provisional a favor del señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, el vehículo automotor clase AUTOMOVIL, tipo SEDAN, marca CHEVROLET CHEVETTE, modelo 1993, color AMARILLO, motor 3JH27ND14403, no significa que lo anterior hubiese sido arbitrario o irregular, simplemente, que a medida que avanza la investigación esta se va haciendo cada vez más exigente y sin la prueba que exige la ley no podía la Fiscalía tomar una decisión diferente, porque una es la prueba para dejar a disposición el imputado y otra para la preclusión de la investigación, de manera que, no por ello lo legal se tornó en ilegal o arbitrario, esto es propio del debido proceso y por supuesto el cumplimiento de éste no puede originar perjuicios que el Estado deba indemnizar."

Alega como excepción la consistente en la falta de causa para demandar, y la expresa en los siguientes términos: "falta de causa para demandar, pues las medidas por la FISCALIA GENERAL DE LA NACION, a través de la Fiscalía once (11) delegada ante los Jueces Penales del Circuito, Unidad de delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico de Cartagena en contra del demandante, mediante providencia de fecha octubre 5 de 2001, respectivamente, estuvieron ajustadas a la Constitución y a la ley."

Nación – Fiscalía General de la Nación

El apoderado de la entidad demanda contesta la demanda en los siguientes términos:

"(...) Así las cosas, es de establecer y aclarar que el señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, no fue exonerado por las causales consagradas en el artículo 414 del C.P.P., vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, donde para que quien demande la indemnización tenga derecho a ella, se requiere que la detención haya sido injusta. Y se presume que la detención preventiva es injusta, cuando a favor del sindicado se haya dictado sentencia absolutoria definitiva ejecutoriada o su equivalente, es decir, cesación del procedimiento o preclusión de la investigación por las siguientes razones:

- Porque el hecho investigado no existió
- Porque el sindicado no lo cometió
- Porque la conducta no constituía hecho punible.

Las anteriores constituyen las únicas razones para presumir que fue injusta la instrucción que fue adelantada en su contra, así como la incautación y puesta disposición del automotor que hubiere sufrido el sindicado y del análisis de la norma anterior, claramente puede inferirse que el propósito del legislador al establecer las hipótesis frente a las cuales puede estructurarse una detención injusta, no fue el de reconocer aquella indemnización cuando la absolución se origine en la falla de prueba bien, respecto de la tipicidad de la conducta o de la responsabilidad penal de la conducta del sindicado, sino el de reconocer ésta, cuando se encuentre debidamente acreditado uno cualquiera de estos hechos.

Lo anterior significa que en tratándose de la preclusión de la investigación a favor del sindicado, para que el Estado pueda comprometer su responsabilidad por detención injusta, el proceso penal debió arrojar prueba fehaciente de cualquiera de estas hipótesis.

Como puede observarse, en el caso en estudio no se cumple el imperativo legal de responsabilidad objetiva, porque el **in dubio pro reo** no está enlistado en los casos del artículo 414 del código de procedimiento penal vigente para la época de los hechos, y en manera alguna se demostró que respecto del sindicado se estructurara uno cualquiera de los supuestos de hecho contemplados en el referido artículo 414 del C.D.P.P., tal consideración la tuvo el instructor al momento de calificar la instrucción con preclusión.

(...)

En conclusión, si se reúnen los requisitos exigidos por la ley penal, para la imposición de la medida de aseguramiento y ordenar la puesta a disposición de los bienes, que sirvieron para la realización del punible, en desarrollo del artículo 29 de la carta política, cuando consagra que en todo proceso se debe observar las formalidad propias de cada juicio, no se puede declarar un Daño Antijurídico, ya que el funcionario debe realizar juicios de valor queriendo significar que la medida esté supeditada a plena prueba de los tres elementos del delito, o que desde ese momento deba aparecer plena prueba al aspecto negativo de la antijuridicidad o la culpabilidad para conceder la libertad inmediata, solo es necesario que la prueba pueda comprometer los elementos integrantes del delito o permita dilucidar en la posibilidad de excluir alguno de ellos para dictar o no la medida de aseguramiento.

Con fundamento en lo anterior es claro que la investigación adelantada contra JOSE FELIX BELLO ANAYA (sic) no tenía la connotación de **detención injusta ni mucho menos la puesta a disposición del automotor a la Dirección Seccional Administrativa correspondiente**, como lo prevé los referidos artículos 339 y 414, en consecuencia, el daño que pudo sufrir el sindicado al ordenarse dichas medidas, no tenían la categoría de **antijurídico** por lo que se encontraba en el deber de soportar las consecuencias de la actividad judicial como quiera que en la investigación penal si existían indicios graves de responsabilidad en su contra.

En este orden de ideas, siendo evidente que la investigación adelantada como las medidas impuestas al demandante como a sus bienes, no fue injusta y que no se configuró una falla en el servicio imputable a la Fiscalía, como tampoco la existencia de un error jurisdiccional inexcusable capaz de comprometer la responsabilidad patrimonial de mi representada, las pretensiones de la demanda no podrían tener en mi criterio vocación de prosperidad."

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO

El señor Procurador Judicial para asuntos administrativos delegado ante esta Corporación, emitió concepto sobre el asunto de la referencia en los siguientes términos:

(...)

Se dispone ahora este ministerio a analizar si la parte actora tiene derecho que las entidades accionadas, Nación – Rama judicial y Fiscalía General de la Nación le reconozcan los perjuicios materiales y morales causados con ocasión de la detención del vehículo por el presunto punible de receptación.

Para resolver el problema jurídico planteado, hay que precisar que la posesión es "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño." De aquí se desprenden sus dos elementos esenciales: el corpus y el animus. El corpus es el cuerpo de la posesión, esto es, el elemento material u objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre. El animus, por su parte, es el elemento interno o subjetivo, es el comportarse "como señor y dueño" del bien cuya propiedad se pretende.

La ley 53 del 30 de octubre de 1889, que adicionó las normas relacionadas al tránsito terrestre automotor, señaló artículo 94: **"no se podrá transferir vehículo automotor alguno, bajo ningún título sin que previamente haya sido registrado"**.

De acuerdo con las normas anteriores, hoy resulta claro que la transferencia de la propiedad de los vehículos automotores que como de transferir su dominio sigue siendo consensual, debe inscribirse el registro automotor; y, que los gravámenes y limitaciones a su derecho de dominio deben cumplirse de la misma manera. Esta exigencia legal resulta particularmente clara a partir de la expedición de la ley 53 de 1889 que establece la inscripción en el registro automotor como un requisito necesario para que los actos sujetos a tal requisito surtan efecto ante las autoridades de tránsito y ante terceros, precisando lo dispuesto por el decreto 2157 de 1970 que indicaba simplemente que la inscripción se requería para que los actos surtieran efecto ante las autoridades de tránsito.

El Consejo de Estado en sentencia del 30 de agosto de 1988, se pronunció, sobre el punto, en los siguientes términos:

"El contrato de compraventa de un vehículo automotor es consensual en el Derecho Colombiano. Dicho contrato constituye así el título adquisitivo de dominio. Pero como éste, por sí solo, no transfiere la propiedad, se requiere la concurrencia de la tradición o modo de adquirir ese derecho, el que para tales muebles no es el ordinario propio de éstos (artículo 754 del C.C.) sino el especial exigido por el artículo 922 del C. de Co."

Ahora bien, procedemos a analizar las pruebas arrojadas al proceso:

- En el cuaderno de pruebas, a folio 23, se observa copia de la indagatoria realizada por la Unidad Cuarta de la Fiscalía al hoy accionante, en la cual manifiesta lo siguiente: *"El taxi aparece a nombre de NORMA GAITAN DE SARABIA lo compré como en noviembre del año pasado, no lo he puesto a nombre mío porque cuando lo compré estaba mal de latonería y mecánica y salió o medio salió a mediados de enero de este año, hace como mes y medio fui a pedirle el traspaso a la señora y estaba para Bogotá, yo lo que tengo es una promesa de venta y el número del cheque con que se lo pagué a la señora, cuando yo lo compré lo adquirí por seis millones y medio ..."*
- A folio 127 obra certificado expedido por la Jefe de Matriculas del DATT, en la cual consta que el vehículo de placas TTB-162 se encuentra registrado a nombre no NORMA GAITAN DE SANABRIA.

Como consecuencia de lo anterior, considera este despacho, que el actor carece de legitimación en la causa material por activa, razón por la cual no están llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda."

VIII. TRÁMITE PROCESAL

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 16 de enero de 2004 – visible a folio 55
- Con la creación de los Juzgado Administrativos del Circuito de Cartagena, por reparto le fue asignado al Juzgado Primero Administrativo, quien por auto calendarado el 23 de octubre de 2007 abrió a pruebas¹. Se decretó prueba pericial y se recibieron pruebas documentales solicitadas

¹ Véase 116 a 118

- a entidades estatales.
- Posteriormente mediante auto de fecha 28 de noviembre del año 2008 se declaró por parte del Juez de conocimiento, la falta de competencia para conocer del proceso de la referencia, y ordenó su remisión a este Tribunal.
 - En auto del 24 de julio de 2009 se reasume el conocimiento.
 - Mediante auto del 03 de junio de 2010, se ordenó nuevamente la apertura del periodo probatorio y se decretaron pruebas pedidas por el demandante.
 - El día 4 de julio de 2013 se ordena por el Despacho 01 en descongestión el cierre del periodo probatorio y se comió traslado para alegatos.
 - Ingresó al despacho para dictar sentencia de primera instancia.

IX.- ALEGATOS DE CONCLUSION

Parte demandante

En el término dado por esta judicatura para alegar de conclusión la parte actora no presentó sus alegatos de conclusión.

Partes demandadas

Las partes demandadas en el término dado por esta judicatura para alegar de conclusión presentaron sus correspondientes alegatos de conclusión, confirmándose en todo lo expuesto en sus contestaciones de la demanda².

X.- CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

Es claro que las acciones de reparación directa semejantes a la presente, son de competencia de los Tribunales administrativos en primera instancia, al tenor del numeral 6º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo; a la demanda, por reunir los requisitos de ley, se le imprimió el trámite señalado para los procesos ordinarios, propios de la naturaleza del presente.

² Véase folios 163 a 184.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, consagra diferentes términos para intentar las acciones y sanciona su inobservancia con el fenómeno de la caducidad. Así, el numeral 8° dispone, sobre el término para intentar la acción de reparación directa:

“La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa.”

La ley consagra entonces, un término de dos años contados desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización para intentar la acción de reparación directa, vencido el cual no será posible solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado, porque habrá operado la caducidad.

En el presente caso considera la Sala que la acción fue iniciada oportunamente, por cuanto la providencia por la cual la Fiscalía 11 Delegada Seccional de Delitos contra la Fe Pública y el Patrimonio Económico decidió precluir la investigación y con ello ordenó la restitución del vehículo automotor de placas TTB-162 de servicio público adscrito a la empresa renaciente, es de fecha 05 de Octubre de 2001³ notificada el día 9 del mismo mes año y la demanda se interpuso el 9 de Octubre de 2003.

Lo anterior permite colegir que la presente demanda fue interpuesta dentro del término de caducidad de dos años que para el efecto señala el numeral octavo del artículo 136 C.C.A.

2. Objeto de la demanda.

En el caso in examine se pretende que se declare administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, de la totalidad de los

³ Véase a folios 145 a 155 del cuaderno de pruebas

daños y perjuicios que le han sido ocasionados al demandante señor RAMIRO DIAZ CERPA, toda vez que asegura aquella, de manera errónea e injustificada privo, desde el día en que fue objeto del decomiso, mayo 15 de 1998, hasta la fecha en que se hizo entrega formal del mismo en octubre 10 de 2001, del uso, goce, disfrute y lucro cesante de su vehículo de transporte público, herramienta de trabajo de la que dice dependía en gran parte su sustento y el de su familia.

3. Problema Jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en la demanda y en su contestación, queda claro que el problema jurídico a resolver por esta Sala Especial de Descongestión 003, consiste en determinar si se encuentran reunidos los elementos para que se declare administrativamente responsable a la Nación – Rama Judicial – Fiscalía General de la Nación, de los presuntos daños y perjuicios que se asegura le han sido ocasionados al demandante, con ocasión de la retención del vehículo automotor de placas TTB-162 de servicio público llevada a cabo el 15 de mayo de 1998, hasta la fecha en que se hizo entrega formal del mismo en octubre 10 de 2001. El desarrollo del problema jurídico planteado, lo realiza la Sala de acuerdo al siguiente derrotero: (i) Como se acredita la propiedad respecto de vehículos automotores, (ii) Si el demandante probó la invocada condición de poseedor con respecto al vehículo decomisado, pues sólo a partir de ello es posible establecer si se encuentra legitimado en la causa por activa, en caso afirmativo (iii) Resolver sobre el daño causado, el título de imputación aplicable al caso concreto y la consecuente indemnización de perjuicios.

(i) Propiedad de vehículos automotores

El Código Nacional de Tránsito Terrestre (Decreto 1344 de 1970) en su artículo 88 (modificado por el Decreto 1809 de 1990), norma vigente para la época de los hechos, establecía

"El registro terrestre automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características y

situación jurídica de los vehículos automotores terrestres.

En él se inscribirá todo acto o contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación o extinción del dominio u otro derecho real principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros.

El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito será el encargado de expedir las normas para que los diferentes organismos de tránsito y/o transporte lleven el registro terrestre automotor.

(...)“ Negrillas y Subrayas de la Sala

El artículo 6 de la Ley 53 de 1989, vigente para la época, en materia de tradición de vehículos y la oponibilidad a terceros de los negocios jurídicos sobre esta clase de bienes, establecía:

“El Registro Terrestre Automotor es el conjunto de datos necesarios para determinar la propiedad, características, y situación jurídica de los vehículos automotores terrestres. En él se inscribirá todo acto o contrato que implique tradición, disposición, aclaración, limitación, gravamen o extinción de dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre vehículos automotores terrestres para que surta efectos ante las autoridades y ante terceros.” Negrillas y

Subrayas de la Sala

La Corte Suprema de Justicia⁴, frente al tema en cuestión indicó:

“En relación con la enajenación comercial de automotores, mientras no se demuestre que el respectivo título de adquisición fue inscrito ante el competente funcionario de las oficinas de tránsito, la simple entrega del objeto enajenado no equivale a tradición del mismo. Por expreso mandato de la ley se exige, a más de la entrega, la inscripción del título, pues de otro modo la tradición no se opera totalmente. Demostrando únicamente la celebración del contrato de compraventa, no queda demostrado el dominio, ya que en el derecho colombiano los contratos, por sí solos, no mutan el derecho real de propiedad de una cabeza a otra, porque ellos solamente son fuente de obligaciones. Y como a partir de la vigencia del Código de Comercio actual, ya la sola entrega material no es manera de hacer la tradición del dominio de los automotores, para lograrla o

⁴ Sala de Casación Civil en sentencia de 1971

cumplirla se requiere ahora también la inscripción del título o documento en que consta el contrato de enajenación". Negrillas y subrayas de la Sala

El Consejo de Estado⁵, en materia de pruebas para acreditar la propiedad sobre un vehículo, precisó:

"El artículo 922 del Código establece que para acreditar la propiedad sobre vehículos se requiere demostrar que el respectivo título de adquisición fue inscrito en las oficinas de tránsito (art. 88 decreto ley 1344 de 1970, tal como fue modificado por el decreto ley 1809 de 1990), para lo cual se requiere aportar copia del registro.

Ha considerado la Sala que con la copia de la licencia o tarjeta de propiedad también se acredita la propiedad del vehículo porque ésta se expide luego de perfeccionado el registro (artículo 87 del decreto ley 1344 de 1970, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de este proceso):

"El contrato de compraventa de un vehículo automotor es consensual en el derecho colombiano. Dicho contrato constituye así el título adquisitivo del dominio. Pero como éste, por sí solo, no transfiere la propiedad, se requiere la concurrencia de la tradición o modo de adquirir ese derecho, el que para tales muebles no es el ordinario propio de éstos (art. 754 del C. C.), sino el especial exigido por el artículo 922 del Código de Comercio.

Quiso el legislador rodear esa tradición de una mayor solemnidad hasta el punto de hacerla similar a la exigida para la transferencia de inmuebles. En esa forma la inscripción de los automotores cumple, fuera de la finalidad anotada, otros efectos de alcance administrativo, impositivo y de publicidad, dada la importancia que para la economía nacional tiene el parque automotor.

Contra lo que sucede en los contratos consensuales de muebles en general, la compraventa de un vehículo automotor impone al vendedor una obligación de hacer adicional, cual es la de traditar el objeto vendido

⁵ Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Exp 14.330

mediante la inscripción en la oficina de tránsito correspondiente.

La prueba del dominio para fines de legitimación puede ser, entonces, la certificación de la oficina de tránsito en la que esté inscrito el automotor; o también la copia autenticada de la matrícula o tarjetá de propiedad; prueba ésta que proporciona una gran certeza porque su expedición está precedida, como lo dijo la Corte "de la previa comprobación de su derecho por parte del dueño del vehículo y el cumplimiento de los demás requisitos legales exigidos para expedir el permiso o licencia para que el aparato pueda transitar" (Sentencia de julio 21 de 1971). En otros términos, esa matrícula prueba que la inscripción del título de dominio se efectuó y que se hizo a nombre de la persona que figura en ella". Negritas y subrayas de la Sala

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia T-518/03 de fecha 24 de junio de 2013, señaló lo siguiente:

"La posesión es definida por el artículo 762 del Código Civil como *"la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño"*. De aquí se desprenden sus dos elementos esenciales: el *corpus* y el *animus*.

El *corpus* es el cuerpo de la posesión, esto es, como lo indica el autor José J. Gómez, el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre, v. gr. sembrar, edificar, abrir canales de regadío, cercar el predio, etc. El *animus*, por su parte, es el elemento interno o subjetivo, es el comportarse *"como señor y dueño"* del bien cuya propiedad se pretende.

De otro lado, conforme al Art. 775 del mismo código, *"se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño. El acreedor prendario, el secuestre, el usufructuario, el usuario, el que tiene derecho de habitación, son meros tenedores de la cosa empeñada, secuestrada, o cuyo usufructo, uso o habitación les pertenece.*

"Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno".

Tanto la posesión como la mera tenencia pueden probarse con los medios ordinarios y, en general, con cualesquiera medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez (Art. 175 Código de Procedimiento Civil).

⁶ (pie de página de la cita) Sentencia del 30 de agosto de 1988, exp. 5198.

En forma particular el Art. 981 del Código Civil establece que se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.”

Habiendo hecho las anteriores precisiones normativas y jurisprudenciales, entra la Sala a estudiar la excepción de fondo que oportunamente fue propuesta por el apoderado de la Nación – Rama Judicial, y que denominó “falta de causa para demandar”.

De los argumentos expuestos para fundamentar la excepción, se evidencia que el apoderado judicial del demandado señala como motivos, el hecho de que las decisiones tomadas dentro de la investigación penal estuvieron ajustadas a la Constitución y la Ley. Para la Sala el anterior argumento no es el correcto para sustentar la excepción invocada, entendiendo ésta que el fundamento de dicha excepción consiste en la falta de interés en la causa para demandar, es decir, que el demandante no está legitimado en la causa para solicitar la reparación que aquí pretende. En esos términos, es que esta Sala estudiará la excepción propuesta.

Tal como se presenta el argumento de dicha excepción, la Sala entiende que el punto al cual el demandado quiere llegar es a cuestionar la existencia misma del derecho del demandante para reclamar indemnización alguna mediante el ejercicio de ésta acción de reparación directa, porque él no era propietario del vehículo taxi, marca Chevrolet, servicio público, placa TTB-162, motor N° 3JH27ND14403, número chasis 5PD78418, modelo 94, que según se menciona en la demanda resultó vinculado a investigación penal por el punible de RECEPCIÓN, sino que el verdadero dueño lo era la señora NORMA GAITAN DE SARABIA, tal como lo señala el apoderado judicial del actor en su escrito de demanda.

Es decir la situación anteriormente relatada es a lo que la doctrina ha denominado la “Teoría concreta de la acción”, la cual valga la oportunidad mencionar, no ha sido aceptada por la jurisprudencia del Consejo de estado, pues al respecto dicha Corporación ha manifestado lo siguiente:

“El C.C.A antes de la reforma introducida por la ley 446 de 1998 – producida

con posterioridad a la iniciación de este juicio – en materia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho disponía que “*Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica*” tiene derecho de acción (art. 85).

*Ese artículo no condicionaba el ejercicio de la acción a la demostración con la demanda, de la condición alegada por el actor, precisamente, porque el real interés es objeto de probanza en juicio. La Sala respecto a tal situación ha diferenciado la legitimación en la causa (formal y material) **con la teoría concreta de la acción**, y no ha aceptado esta teoría, según la cual quien tenga la titularidad material del derecho constitutivo aseverado en juicio, es el que está legitimado en la causa; ha dicho:*

“() conviene aclarar que no precisamente la carencia de esta clase de pruebas determina la falta de legitimación, pues esto sería tanto como confundir la prueba del derecho material con la legitimación en la causa, error en que fácilmente se incurre por un mal entendimiento de quienes siguen la teoría concreta de la acción.

Las partes pueden estar legitimadas para la causa, - explica Devis Echandía - tengan o no el derecho a la obligación sustancial según se trate de demandante o demandado, porque el derecho a poner en actividad la jurisdicción y a recibir sentencia que resuelva en el fondo sobre las peticiones incoadas, no pertenece solamente al titular del derecho material.

Si esto no fuera así, resultaría lógicamente imposible explicar por qué se obtiene sentencia de fondo o mérito a instancia de quien, por no tener el derecho material no estaría por ende legitimado para conseguir esos efectos.

() Estar legitimado en la causa significa tener derecho a exigir que se resuelva sobre las peticiones formales de la demanda, es decir, sobre la existencia o inexistencia del derecho material pretendido, ya por medio de sentencia favorable o desfavorable (Compendio... Tomo I. Páginas 214 y 215”.

Igualmente la Sala ha distinguido entre **aducir** en la demanda una condición (legitimación de hecho) y **probar** directamente el interés verdadero (legitimación material) en juicio.

En dicha medida la actora si podía ejercitar la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, para que se le defina si tiene o no derecho a obtener lo que solicita, salvo que se presente el hecho jurídico de la caducidad, que es otro hecho alegado como excepción de fondo.”

En cuanto a la acción contenciosa instaurada por el demandante, vemos que es la de Reparación Directa que tiene como fin que se declare la Responsabilidad de las entidades accionadas, encontrando la acción interpuesta su sustento constitucional en el artículo 90 de la Constitución Nacional, el cual establece:

⁷ C.E. SECCION TERCERA. Sentencia 20/09/2.001. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Radicación número: 11001-03-26-000-1995-0973-01(10973). Actor. SOCIEDAD “LA MURIEL MINING CORPORATION”

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

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste."

Del artículo anterior se puede concluir que con la Acción de Reparación Directa lo que se busca es la indemnización del daño causado a la persona o a sus bienes, con ocasión de la realización de la actividad de la administración, ya sea por un hecho, una omisión o una operación administrativa.

(ii) De la legitimación en la causa por activa

Ahora, en cuanto al tema de la legitimación por activa para el ejercicio de la acción de reparación directa, debemos mencionar, que lo están todas las personas que hayan sufrido un daño, en cualquiera de sus modalidades, es decir el material –que comprende tanto el daño emergente y el lucro cesante-, como también el daño moral, el fisiológico y aún el psicológico, que tiene una entidad diferente al simple daño moral o de afección.

Fijese entonces que el artículo 86 del C.C.A. en cuanto tiene que ver con la titularidad para el ejercicio de la acción de reparación directa, simplemente se refiere es a "la persona interesada", luego a juicio de esta Sala de decisión el señor demandante RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, aun siendo cierto que no sea el propietario del vehículo como lo sostiene en su escrito de demanda, si tiene legitimación en la causa de hecho para la presentación de ésta demanda, pues basta con que le atribuya a los demandados una conducta dañina para que se dé la legitimación por activa de hecho, pero otro aspecto bien distinto es el relacionado con la legitimación material por activa, aspecto en el cual si resulta ser importante la prueba del derecho pretendido, pues ello va ligado con la producción de una sentencia favorable a la parte actora, y hace parte es de los denominados presupuestos materiales.

Al respecto de la legitimación en la causa, ha manifestado el honorable Consejo de Estado lo siguiente:

"La legitimación en la causa ha sido estudiada en la jurisprudencia y la doctrina desde dos puntos de vista: de hecho y material.-

La **legitimación de hecho en la causa** es entendida como la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. Quien cita a otro y atribuye está legitimado de hecho y por activa, y a quien cita y atribuye está legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda Vg.: A demanda a B. Cada uno de estos está legitimado de hecho.

La legitimación **material en la causa** alude, por regla general, a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas o hayan demandado o que hayan sido demandadas. Ejemplo:

A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda.

La falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerva la pretensión procesal en su contenido, como si lo hace una excepción de fondo.-

La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir, parcial o totalmente la súplica procesal.-

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado - **modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante** - que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.-

La legitimación material en la causa, activa y pasiva, **es una condición anterior y necesaria**, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o demandado.-

En el caso concreto la Sala observa que la demandante sí está legitimada tanto de hecho como materialmente (substancialmente): De hecho porque es quien atribuye las pretensiones a la demandada; la ley autoriza que todo el que se crea lesionado "en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca ()" (art. 85 C.C. A). Y materialmente, la demandante también está legitimada, por este aspecto, porque los actos administrativos demandados se expidieron, entre otros, como consecuencia de la solicitudes suyas."⁸

⁸ C.E. SECCION TERCERA. Sentencia 20/09/2.001. Consejera ponente: MARIA ELENA GIRALDO GOMEZ. Radicación número: 11001-03-26-000-1995-0973-01(10973) Actor. SOCIEDAD "LA MURIEL MINING CORPORATION"

Del caso en concreto

El referente jurisprudencial y normativo expuesto, visto a la luz de los soportes documentales debidamente aportados al proceso, permite a la Sala arribar a las siguientes conclusiones:

El señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA no acreditó en debida forma el derecho de propiedad que alega sobre el vehículo decomisado, por tanto es evidente la ausencia de presupuesto necesario para sacar adelante sus pretensiones, pues no probó la calidad alegada, omisión que conlleva a predicar su falta de legitimación material en la causa por activa.

Como se expresó anteriormente y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado⁹, el análisis de la legitimación en la causa debe abordarse desde dos puntos de vista, de hecho y material.

(...) Por la primera legitimación de hecho en la causa, se entiende la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal; es decir, es una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta, en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado. (...). La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda independientemente de que haya demandado o no o de que haya sido demandado o no. (...) En la falta de legitimación en la causa material por pasiva como es la alegada en este caso no se estudia intrínsecamente a pretensión contra el demandado para que éste no sea condenado, se estudia si existe o no relación real del demandado con la pretensión que se le atribuye. La legitimación material en la causa activa y pasiva es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado (...)

A juicio de la Sala Especial de Descongestión 003 el señor RAMIRO ANTONIO DIAZ

⁹ Ver otras sentencias de la Sección Tercera: 19 de agosto de 1999. Exp. 12536; 15 de junio de 2000. Exp 10.171

CERPA sólo se encuentra legitimado en la causa de hecho, lo cual surge de la relación procesal entre demandante y los demandados, que deviene de haberse interpuesto la demanda y de su notificación a las entidades demandadas, momento a partir del cual se configura la llamada legitimación en la causa de hecho por activa y por pasiva.

No acontece igual en cuanto a la legitimación en la causa material, pues ésta se predica de la acreditación, en debida forma, de la condición o calidad que dio origen al derecho cuya afectación legitima para instaurar la demanda, falencia que resulta suficiente para denegar las pretensiones de la demanda.

El demandante no acreditó su condición de propietario del vehículo decomisado, pues se limitó a presentar con la demanda algunos soportes documentales que analizados en conjunto no tiene la fuerza suficiente para demostrar tal calidad, pues ninguno de ellos corresponde a un contrato de compraventa y mucho menos se probó que éste hubiese sido inscrito en el Registro Terrestre Automotor. Por ende no fue probado el derecho que se dice afectado con la actuación de las entidades demandadas.

El comprobante del pago de impuestos del vehículo de placas TTB-162 al Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena (DATT) donde se evidencia que la propietaria es la señora NORMA GAITAN DE SARABIA y la copia simple de la Póliza de Seguro de Daños expedida por la Aseguradora Solidaria de Colombia a nombre del señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA (FL. 40 a 42 del cuaderno principal), no constituyen prueba idónea y suficiente para acreditar la propiedad del automotor.

En ese mismo sentido tampoco se evidencia dentro del plenario, pruebas testimoniales que dieran cuenta de la posesión que tenía el señor demandante sobre el vehículo objeto de investigación penal y que se pretende su indemnización de perjuicios, máxime si obra constancia en el auto que abre a pruebas, que el demandante solicitó la práctica de testimonios pero fueron negados por esta Corporación al no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 219 del C.P.C., quedando ejecutoriada puesto que no se interpusieron los recursos.

Así las cosas, para esta Sala es claro que los documentos aportados en el escrito de demandada no dan cuenta de que haya existido entre los señores NORMA GAITAN DE SARABIA y RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA un contrato de compraventa del vehículo TTB-162, ni promesa de compra venta inclusive.

De las pruebas practicadas, ninguna otorga certeza para afirmar que el señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA sea el propietario del vehículo decomisado.

En la Licencia de Transito No 91-0480838, aparece como propietario del automotor de placas TTB-162 la señora NORMA GAITAN DE SARABIA, persona distinta de la que acude al proceso invocando tal calidad (FL. 40)

Tampoco existe prueba en el proceso que permita demostrar sin ninguna duda la posesión que el señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA tenía sobre el vehículo decomisado, pues no existe en el plenario prueba testimonial alguna, puesto que fueron negadas en el auto que abre a pruebas (FL. 141 a 147).

De los soportes documentales que obran en el proceso sólo es posible inferir que el vehículo decomisado se encontraba en un Taller ubicado en el Barrio Olaya Herrera de la ciudad de Cartagena y que al señor RAMIRO ANTONIO DIAZ CERPA, en su calidad de tenedor del vehículo, le fue notificada también la resolución de decomiso del vehículo automotor.

El análisis que antecede resulta suficiente para concluir que el demandante no acreditó derecho sobre el vehículo de placas TTB-162, razón suficiente para denegar las pretensiones de la demanda por falta de legitimación material en la causa por activa.

En relación con costas del proceso, no se hará condenación alguna, teniendo en cuenta que en los términos del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, no se ha demostrado temeridad o mala fe en la actuación de la parte demandante

XI. DECISION

Sin que se precise de más consideraciones, la 03 en descongestión del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de falta de interés en la causa para demandar, propuesta por el apoderado judicial del demandado Nación – Rama Judicial, pero por razones diferentes, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

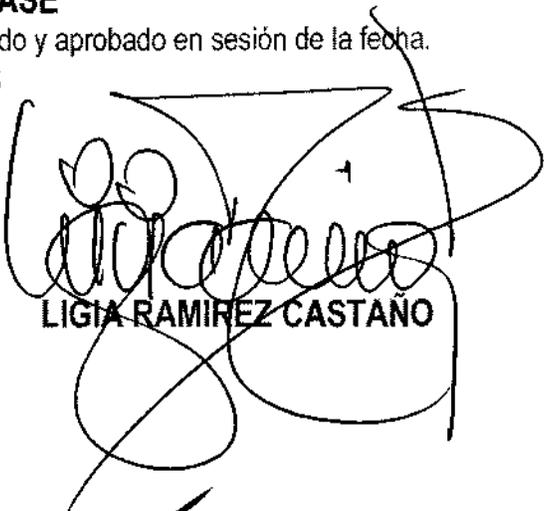
TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia, ARCHIVESE el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

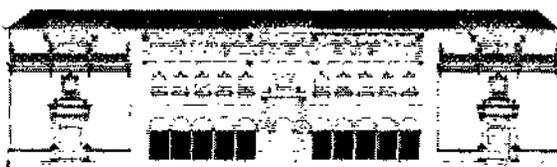
Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO



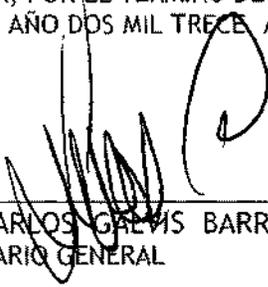
**TRIBUNAL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1233
(ART. 323 C. P. C.)**

CLASE DE PROCESO	: ACCION CONTRACTUAL
MAGISTRADO PONENTE-DR	: ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO
DEMANDANTE	: BIENVENIDA MONTERROSA DE CARABALLO
DEMANDADO	: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
RADICADO J. XXI	: 13-001-23-31-000-2005-01335-02
FECHA DE LA PROVIDENCIA:	DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN UN LUGAR PUBLICO Y VISIBLE DE ESTA SECRETARIA, POR EL TERMINO DE TRES (3) DIAS.-
Cartagena, VEINTINUEVE(29) DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL TRECE A LAS OCHO DE LA MAÑANA (08:00 AM)

Por el Secretario,


JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

CONSTANCIA:

EN LA FECHA VENCE EL TÉRMINO DE TRES (3) DÍAS QUE PERMANECIO FIJADO EL PRESENTE EDICTO.

Cartagena,

TREINTA Y UNO (31) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:
JBG

f: 13+ a 140
(A. C)



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 003

Magistrado Ponente: **Arturo Matson Carballo**

SENTENCIA No. 77912013

Cartagena de Indias, D. T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

TEMA: Cesión de contrato de arrendamiento no probado-

I. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Radicación: No. 13 001 33 31 000 2005 01335 02

II. PARTES

Demandante: BIENVENIDA MONTERROSA DE CARABALLO

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

III. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

La Sala de descongestión No. 003 del Tribunal Administrativo de Bolívar, facultada para proferir fallos mediante acuerdo PSAA12-9201 del 1º de febrero de 2012 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, procederá a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena del trece (13) de julio de 2011, por medio de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

IV. ANTECEDENTES

A- HECHOS RELEVANTES

Narra la parte actora que mediante Acuerdo No. 002 de fecha 26 de enero de 1988, el Fondo Educativo Regional (FER) se autorizó al Gobernador del Departamento de Bolívar, en su calidad de presidente de la Junta Administradora del FER, para suscribir contrato de arrendamiento por el término de un año a partir del 1° de febrero de 1988, con la señora Bienvenida Monterrosa de Caraballo, respecto de un inmueble ubicado al lado de la sede del Colegio Cooperativo del Corregimiento de la Boquilla, para “funcionamiento de dicho instituto docente” y que fue recibido a satisfacción por el señor Jairo Monsalvo Creciente, funcionario del FER, tal como consta en el manuscrito de fecha 15 de febrero de 1998.

Que el término inicial del contrato fue de un año, a partir del 1° de febrero de 1988, por valor de cincuenta mil pesos (\$50.000.00), pagaderos dentro de los primeros cinco días de cada período mensual a la arrendadora, o a su orden.

Manifiesta el vocero de la parte demandante, que el Colegio Cooperativo de la Boquilla fue creado por el Decreto No. 445 del 29 de Agosto de 1990. Posteriormente cambia su denominación a Instituto Tecnológico Industrial Pesquero de la Boquilla y más adelante la administración de dicho instituto corresponde a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, y a partir de ese momento dicho ente territorial asumió el pago de los cánones a través de la Secretaría de Educación Cultural y Distrital.

Que el contrato de arrendamiento se encuentra vigente, pero ha sido incumplido por parte del Distrito en muchas ocasiones por el no pago oportuno de los cánones de arrendamiento. Teniéndose que acudir para su reclamación a la figura de la conciliación prejudicial administrativa, como sugerencia directa de la Jefe de División Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Distrital mediante comunicación de fecha 4 de septiembre de 2000.

Dice que mediante conciliación de fecha 16 de octubre de 2002, se logró el pago de los cánones de arrendamiento de los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo del año 2000.

Finalmente expone la parte demandante, que luego de varios intentos de conciliación sobre la suma adeudada por concepto de cánones de arrendamiento -del mes de junio de 2000 a Junio de 2003-, el 28 de julio de 2004 se celebró audiencia de conciliación pero en la misma el representante del Distrito manifestó: *“no existe contrato de arriendo entre la peticionaria y el Distrito de Cartagena según lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 exige para (sic), refutarse [reputarse] existente la forma escrita y en tal virtud los cánones de arrendamiento objeto de la reclamación según lo viene sosteniendo la jurisprudencia deberán ser reclamados a través de la acción (reparación) directa la cual a la fecha se encuentra caducada”*.

B- PRETENSIONES

Sus pretensiones corresponden a las siguientes:

- Que el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, se allane a pagar a la señora Bienvenida Monterrosa de Caraballo, la suma de TREINTA Y UN MILLONES CIENTO DIECISEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS CON (sic) CERO CINCO CENTAVOS M.CTE. (\$31.116.399.05), por concepto de cánones de arrendamiento comprendidos desde el mes de junio del año 2000 hasta la fecha de presentación de esta demanda, y los que posteriormente se causen más los intereses moratorios correspondientes en razón del no pago oportuno de los cánones de arrendamiento, según el contrato de arrendamiento de fecha 1° de febrero de 1988.
- Que se pague la suma de CIEN MIL PESOS (\$100.000.00) indexados desde la fecha del incumplimiento hasta que se pague efectivamente, a título de pena o multa a que se refiere la cláusula penal contemplada en el numeral séptimo del aludido contrato.

- Que se condene al Distrito de Cartagena, al pago de todos los perjuicios causados a la demandante con ocasión de la no cancelación de las sumas de dinero adeudadas por el incumplimiento unilateral del contrato de arrendamiento de fecha 1° de febrero de 1988, así como la corrección monetaria y cualesquiera otros índices de ajuste monetario de tales sumas.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Afirma el vocero de la parte demandante que los hechos plasmados constituyen violación a las cláusulas contentivas en el contrato de arrendamiento de fecha 1° de febrero de 1988, el artículo 1602 del Código Civil Colombiano y la ley 80 de 1993.

(...)

Los hechos de la demanda dan cuenta de la existencia de una situación de grave inequidad por parte del demandado para con la señora Bienvenida Monterrosa de Caraballo, en su calidad de arrendadora, durante el desarrollo del contrato de arrendamiento. De razón que se rompió esencialmente el equilibrio entre sus derechos y sus cargas, la omisión en el pago de las sumas adeudadas es imputable al incumplimiento contractual del Distrito de Cartagena de Indias. Incumplió el Distrito el contrato de arrendamiento del bien inmueble ubicado en el corregimiento de La Boquilla celebrado con mi poderdante, fuente de obligaciones mutuas, cuyo incumplimiento coloca a la parte incumplida en una situación de responsabilidad, transformándose por el sólo hecho del incumplimiento y de conformidad con la ley la obligación contractual incumplida por la administración en la obligación de resarcir los perjuicios derivados del incumplimiento.”

Más adelante sostiene:

“En los hechos planteados en el acápite de esta demanda es manifiesta la transgresión por parte del Distrito de Cartagena de Indias de las obligaciones a

su cargo como contratante, y está desarrollada en la Ley 80 de 1993, Arts. 4 numerales 1 y 8, y artículo 5 numeral 1°.”

V. CONTESTACION DE LA ENTIDAD DEMANDADA

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS (Folios 42-46)¹

Respecto a las declaraciones, la apoderada de la parte demandante aduce que se opone a que se decreten las pretensiones por cuanto es improcedente la acción escogida.

Fundamenta lo anterior bajo los siguientes argumentos:

“(…)

En el caso que nos ocupa la acción procedente era la de reparación directa, mediante la cual el actor debía acreditar los mismos elementos de la acción sin enriquecimiento sin causa del derecho privado, es decir, la ausencia de causa jurídica, un enriquecimiento de la parte demandada y un empobrecimiento correlativo del demandante, así como la imposibilidad de ejercer otra específica acción. En nuestro apoyo traemos la jurisprudencia patria del Consejo de Estado:

“Pero lo anterior no implica que le esté permitido a la administración liberarse del pago de los perjuicios de orden material, daño emergente y lucro cesante que le ocasione al contratista, si se encuentra demostrado los hechos que tipificaban el derecho a la indemnización de perjuicios por enriquecimiento injusto ocasionado y suscitado por la conducta asumida en el desarrollo de la actuación. No obstante, se repite, para reclamar dicho pago es menester elegir la acción adecuada, que tal, como lo señalaron las jurisprudencias que cita el demandante en su recurso de alzada, es la acción de reparación directa, como se lee en los siguientes apartes:

¹ La contestación de la demanda se presentó de forma extemporánea

“En este orden de ideas, el pago de aquellas actividades que realizan los particulares para la administración pública y que debieron enmarcarse en una relación contractual que no se formalizó, debe ventilarse a través de la vía de la reparación directa siempre y cuando se den los presupuestos de la teoría del enriquecimiento sin causa: un empobrecimiento de la parte beneficiada; un correlativo empobrecimiento de la parte afectada; una relación de causalidad; la ausencia de causa jurídica y que el demandante no puede ejercer otra acción diferente”.

VI. TRÁMITE PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

- La demanda fue admitida mediante auto de fecha 14 de septiembre de 2005 (Folio 34)
- Por Auto calendado del 20 de enero de 2009 se abrió a pruebas el presente proceso. (Folio 60)
- Mediante auto de fecha 21 de febrero de 2011 se corrió traslado para alegar de conclusión. (Folio 70)
- El 13 de julio de 2011 se profiere sentencia denegando las pretensiones de la demanda (Folios 231 a 243).

VII. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

En la sentencia de primera instancia el *a quo* determina que el problema jurídico se contrae a establecer si se produjo el cambio de arrendatario en el contrato de arrendamiento inicialmente suscrito por el Fondo Educativo Regional de Bolívar y la demandante.

Al analizar el material probatorio obrante en el expediente, el juez de primera instancia concluye:

² Folios 104 a 107.

“[E]n el contrato de arrendamiento suscrito entre la señora Bienvenida Monterrosa de Caraballo y el Fondo Educativo Regional de Bolívar, se haya producido una sustitución y que además haya sido incumplido.

No se acredita la existencia del establecimiento educativo que allí opera o hubo operado, ni su naturaleza, ni a cargo de cual entidad territorial estaría a cargo, de modo que pueda establecerse que se produjo la prórroga del contrato y que además no se han pagado los cánones.

No está demostrado que el establecimiento educativo que hace o hizo uso del inmueble sea del orden distrital, de forma que no puede atribuirse responsabilidad por incumplimiento al demandado.

Debe destacarse que si bien es cierto que hubo una conciliación entre la demandante y el Distrito de Cartagena de Indias que comprende algunos cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de enero a mayo del año 2000, no se ha demostrado que se haya hecho uso de las instalaciones durante los períodos de tiempo indicados en la demanda.

La existencia de la conciliación es un indicio de que se produjo el cambio de arrendatario, pues lo conciliado fueron cánones de arrendamiento, pero no existe prueba cierta acerca del marco temporal del uso dado al inmueble de forma que pueda considerarse como incumplido el contrato por parte del Distrito de Cartagena de Indias.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, se denegarán las pretensiones de la demanda.”

VIII. RECURSO DE APELACIÓN (folios 118 a 121)

El apoderado de la parte demandante dentro del término legal presenta recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena.

Con relación a los motivos de inconformidad expone lo siguiente:

“1°. El contrato de arrendamiento genera entre los contratantes obligaciones recíprocas: La de conceder el goce de una cosa y la de pagar por este goce un

precio determinado. Con esas premisas legales el contrato de arrendamiento es consensual, autónomo, principal y de ejecución.

2°. Siendo que las recíprocas prestaciones deben cumplirse durante el tiempo del contrato, ante el evento de un reclamo, es a la parte incumplida a quien le corresponde la carga de la prueba acerca de su cumplimiento, y en procura de este esencial derecho no es permisible distraerse en cuestionamientos como que hay que demostrar la destinación del bien arrendado. Esto, para indicar nuevamente que el contrato de arrendamiento, siendo principal y autónomo no está legalmente sometido a condición alguna.

3°. El documento que acredita el vínculo de la accionante y el Fondo Educativo Regional (FER) no tiene cláusulas adicionales, donde se establezcan cosas accesorias o secundarias al contrato principal.

4°. Por asuntos de la administración pública dicho contrato pasó a cargo del Distrito de Cartagena de Indias, como lo dijimos al alegar, y este Ente Distrital en su ejecución venía cumpliendo para mi cliente las prestaciones derivadas del trato primigenio que venimos mencionando.

5°. No debe corresponder a cargo de la parte arrendadora, la demandante en este caso, el deber de probar la destinación o la ocupación del inmueble arrendado, y mucho menos su destinación, la autonomía del contrato de arrendamiento, permite al arrendatario usarlo conforme a su objeto, sin que vaya contra derecho ajeno.

6°. En cambio, si constituye prueba el hecho de haberse demandado en diligencia administrativa la conciliación de los valores adeudados por el arriendo y haber comparecido el Distrito al reconocimiento y pago de los valores reclamados por la ejecución del contrato.

7°. Finalmente debe tenerse claro el enunciado universal de derecho que en esta materia las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen. Siendo así y no mediando prueba acerca de la terminación del contrato, como tampoco la que el Distrito hubiese adelantado, gestiones para su entrega o que el Distrito hubiese probado que no lo usa por culpa de la arrendadora, ha de estar a derecho para considerar que dicho contrato está vigente entre las partes.

La parte accionante en este caso ha demostrado escriturariamente la existencia del contrato, así como también la ejecución sustitutiva del mismo por parte del arrendatario, en cabeza del Distrito de Cartagena, sin que hubiese habido oposición oportuna en los términos del proceso que nos ocupa."

IX. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

- Mediante auto del 28 de noviembre de 2011 se admitió el recurso de apelación (Folio 124).
- Por auto calendarado del 17 de febrero de 2012 se corrió traslado para alegar de conclusión (Folio 126)
- Con informe secretarial del 20 de septiembre de 2012, el proceso ingresó al despacho para dictar sentencia.

X. CONCEPTO DEL PROCURADOR DELEGADO³.

La señora Procuradora Judicial para Asuntos Administrativos delegada ante esta Corporación, consideró que la acción de controversias contractuales sí era la procedente en el presente asunto, por cuanto la petición tendiente a declarar como arrendatario al Distrito de Cartagena, se satisfacía por esta vía procesal. Sin embargo, en el curso del proceso no se logró probar que hubo cesión del contrato de arrendamiento por parte del Fondo Educativo Regional –FER- al Distrito de Cartagena.

³ Folios 276 a 285.

Sostuvo que: *“El contrato de arrendamiento como tal existe, como aparece demostrado, pero no se logró acreditar procesalmente cuál ha sido su desarrollo, tiempo de permanencia, quien ha hecho uso de las instalaciones, la naturaleza del establecimiento educativo que allí opera, ni al orden que pertenece, nacional, departamental o distrital, y lo más relevante que el usuario del inmueble haya cambiado y desde cuando se produjo ese cambio.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

XI.- CONSIDERACIONES.

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 del Código Contencioso Administrativo, esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias de primera instancia dictadas por los Juzgados Administrativos del Circuito de Cartagena.

Precisa la Sala que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia de esta Corporación, se encuentra delimitada por los aspectos objeto de impugnación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de la apelación es lo que fija el ámbito de competencia del superior razón por la cual, la providencia que se desate de dicho recurso debe guardar consonancia con el objeto del mismo.

Adicionalmente, antes de entrar a formular el problema o problemas jurídicos que deberán ser resueltos, la Sala considera necesario hacer algunas consideraciones respecto de si la jurisdicción contenciosa debía o no conocer de este asunto, como quiera que se trata de un contrato de arrendamiento celebrado por una entidad estatal con un particular, pero en el cual no se observa que hubiesen sido pactadas cláusulas exorbitantes.

En ese sentido, encuentra la Sala que el contrato de arrendamiento objeto de estudio

fue suscrito el 1° de febrero de 1988, durante la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983, no obstante lo anterior la demanda fue presentada el 17 de junio de 2005, momento para el cual se encontraba vigente la Ley 80 de 1993, y con ella el artículo 75 que prescribe expresamente, que la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales, es la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Quiere decir lo anterior, que partiendo de la fecha en la cual fue presentada la demanda, y al encontrarse vigente una norma de carácter procesal (de aplicación inmediata) como lo es el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 que determina como competente a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para resolver los conflictos generados con ocasión de los contratos celebrados por las entidades estatales, ésta Corporación asume el conocimiento pleno del presente asunto.

Adicional a lo anterior, recordamos la posición del H. Consejo de Estado al reafirmar su competencia en materia contractual. En sentencia del 15 de abril de 2010, radicado interno -182925- bajo la ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, la Sección Tercera precisó:

"(...) Esta posición ha sido expuesta por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que al respecto ha señalado:

"En tal virtud, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Corporación, el conocimiento de los conflictos generados por contratos celebrados por las entidades públicas, estaba informado por las siguientes reglas:

"a) Si el contrato era de aquellos que taxativamente se señalaba como administrativos en el artículo 16 de ese estatuto o en otra norma especial con esa categoría, entonces era la Jurisdicción Contencioso Administrativa la competente para conocer del proceso.

"(...)"

Sumado a lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, más precisamente de las normas que regulan competencias, se observa que su artículo 75 prescribe, expresamente, que **la jurisdicción competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la Jurisdicción Contencioso Administrativa**; esto considerando que las normas procesales **son de aplicación inmediata sin importar**, como ocurre en el caso concreto, que el contrato se haya celebrado en vigencia del Decreto-ley 222, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el día 21 de septiembre de 1995, esto es luego de haber entrado en vigencia la Ley 80 de 1993.

Incluso, acudiendo al artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, con la modificación efectuada por la Ley 446 de 1998 en su artículo 30 -vigente al momento de presentar la demanda-, la cual dispone:

"ARTÍCULO 30. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo, quedará así:

'Artículo 82. Objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las **controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las Entidades Públicas** y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Juzgados Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

"(...)"

Se verifica que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sí es la competente para juzgar los litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas, entendiéndose a la actividad originada en la función administrativa. Para el presente asunto, el contrato enjuiciado corresponde a un contrato de arrendamiento celebrado

entre una autoridad administrativa y un particular y que versa sobre el inmueble en el cual se desarrollaría una prestación de servicio público de educación⁴.

Así las cosas, atendiendo a los criterios legales y jurisprudenciales antes expuesto ésta Sala de Descongestión considera que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sí pueda conocer del presente este asunto.

2. Síntesis del caso.

En el caso *sub examine* pretende la parte actora que se revoque la sentencia de primera instancia, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por cuanto considera que el Distrito de Cartagena le adeuda los cánones de arrendamiento desde el mes de junio del año 2000 sobre el inmueble objeto del contrato de arrendamiento celebrado entre el Fondo Educativo Regional de Bolívar y la señora demandante de fecha 1° de febrero de 1988; contrato que aduce se ha ido prorrogando tácitamente.

La parte demandante manifiesta en igual forma, que el Fondo Educativo Regional de Bolívar, pasó a la Secretaría de Educación del Distrito de Cartagena, por lo cual se produjo la cesión del contrato y es responsabilidad del Distrito de Cartagena el pago de los cánones de arrendamiento.

Por su parte la entidad demandada, en el transcurso de su defensa sostuvo que la acción procedente de acuerdo a los supuestos fácticos correspondía a la acción de reparación directa y no a la de controversias contractuales, por lo cual se configuraría la excepción de indebida escogencia de la acción.

⁴ El Consejo de Estado incluso ha reconocido as distintas posiciones que se han asumido en cuanto a la competencia que ostenta la jurisdicción frente a temas determinados. En sus palabras ha sostenido: No obstante, el anterior criterio ha tenido no pocos contradictores, pues, de conformidad con él, la educación, por ejemplo, no es función administrativa, mientras que para otros sí, lo mismo puede decirse de los servicios públicos domiciliarios, entre otros servicios públicos. De manera que la discusión, acerca del objeto de esta jurisdicción, se tornó bastante problemático e inestable, lo que ameritaba una respuesta legislativa clara. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D. C., febrero ocho (8) de dos mil siete (2007) Radicación número: 05001-23-31-000-1997-02637-01(30903) Actor: UNION TEMPORAL AGUAS DE LA MONTAÑA Y OTROS Demandado: SOCIEDAD AGUAS DE RIONEGRO S A. ESP.

El Juez de primer instancia frente a lo anterior, decidió asumir el conocimiento del fondo del asunto al considerar como procedente dicha acción de controversias contractuales, empero procedió a negar las pretensiones de la demanda por cuanto no se pudo demostrar la cesión del contrato de arrendamiento suscrito entre la demandante y el Fondo Educativo Regional de Bolívar y así mismo concluyó que la existencia de la conciliación extrajudicial es sólo un indicio que se produjo un cambio de arrendatario, pero no es una prueba cierta acerca del marco temporal del uso dado al inmueble de forma que pueda considerarse como incumplido el contrato de arrendamiento.

Finalmente, el Agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación señaló que si bien existe prueba de la existencia de un contrato de arrendamiento, no se pudo acreditar procesalmente el desarrollo del mismo, ni quien ha hecho uso de las instalaciones, ni la naturaleza del establecimiento educativo que opera, ni el orden del mismo. Así como tampoco se demostró que el usuario del inmueble haya cambiado y de haberlo hecho, desde cuando se produjo dicho cambio.

3. Problema Jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación, la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el presente caso, se contrae en establecer ¿Si tal como lo determinó el *a quo* no es posible endilgar la responsabilidad de incumplimiento al Distrito de Cartagena de Indias, toda vez que no se acreditó la cesión del contrato de arrendamiento, o por el contrario determinar que si era procedente declarar el incumplimiento del contrato de arrendamiento por cuanto había operado la cesión del contrato inicialmente pactado con el Fondo Regional de Bolívar?

4. Tesis de la Sala de decisión.

Esta Sala de Decisión No. 003 considera que el Distrito de Cartagena de Indias no es responsable de los pagos de cánones de arrendamiento pretendidos por la accionante

por cuanto no se acreditó que existiera contrato de arrendamiento vigente y tampoco la existencia de la cesión de dicho contrato de arrendamiento, por consiguiente se confirmará la sentencia de fecha 13 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena de Indias, pues los razonamientos del *a quo* se encuentran totalmente ajustados al ordenamiento jurídico y no se logró acreditar lo manifestado por la actora.

5. Del Contrato de arrendamiento

En el presente asunto el contrato de arrendamiento celebrado entre el Fondo Educativo Regional (FER) con la señora Bienvenida Monterrosa de Caraballo, el día 1° de febrero de 1988, por el término inicial de un año, por la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000.00) sobre el inmueble ubicado al lado de la sede del Colegio Cooperativo del Corregimiento de la Boquilla, dicho contrato se celebró bajo la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983⁵.

El artículo 16 del Decreto 222 de 1983 realizó una lista taxativa de los contratos administrativos, excluyendo en principio al contrato de arrendamiento, dicha disposición establecía:

Art. 16, Decreto-ley 222 de 1983. "Son contratos administrativos:

- 1. Los de concesión de servicios públicos.*
- 2. Los de obras públicas.*
- 3. Los de prestación de servicios.*
- 4. Los de suministros.*
- 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos.*
- 6. Los de explotación de bienes del Estado.*
- 7. Los de empréstito.*
- 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE.*
- 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y*
- 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales.*

Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos

⁵ El decreto 222 de 1993 rigió desde el 2 de febrero de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1993

a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.

PARAGRAFO. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia.” (Resalta la Sala)

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁶ ha sostenido respecto a los contratos de arrendamiento celebrado por la Administración en los tiempos en que rigió el Decreto 222 de 1983, lo siguiente:

“Ahora bien, en sentencia de 10 de noviembre de 2005 (Exp. 13.920)⁷, a propósito del contrato de arrendamiento celebrado por la Administración en los tiempos en que rigió el Decreto 222 de 1983, la Sala precisó:

a) Se trata de un contrato de derecho privado de la administración, pues, por no haber sido calificado por la propia ley como contrato administrativo, se enmarca en la regla general dispuesta por el inciso 2, del artículo 16 del Decreto 222 de 1983.

b) Admite el pacto de la cláusula exorbitante de caducidad, lo cual se deduce del párrafo del art. 17 y del art. 60 ibídem.

*c) En cuanto al **régimen jurídico del contrato de arrendamiento**, es necesario **integrar varias normas**. De una parte, el inciso 2 del artículo 16 ejusdem dispone que los contratos de derecho privado de la administración “...en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad.” De otra, según el artículo 80 del mismo estatuto, los contratos que él regula -incluye el arrendamiento- se rigen por ese estatuto; mientras que los demás se rigen por las normas generales o especiales vigentes para los mismos. Y, por último, el artículo 156 ibídem dispone que “[p]ara todos los efectos legales la celebración*

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número 25000-23-26-000-2003-00349-01(28281) Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL Demandado: PARKING INTERNATIONAL LTDA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL - RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO

⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia de 21 de julio de 2005, Exp. 13920

del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio.”

*Por consiguiente, en vigencia del Decreto 222 de 1983, el contrato de **arrendamiento tenía un régimen especial**, diferenciado de la materia comercial, dado que sus artículos 80 y 156 son normas especiales que exceptúan el régimen general de este contrato. Es decir, que en materia de arrendamiento de bienes inmuebles, el **Código de Comercio no se aplicaba**, por expresa previsión del estatuto de contratación vigente hasta el año de 1993.*

d) En cuanto al plazo de los contratos de arrendamiento, disponía el artículo 157 del Decreto 222, norma especial que prevalece frente a las normas del derecho privado, que no podrá exceder de cinco (5) años, tratándose de bienes inmuebles⁸, plazo al final del cual, los contratos se deben dar por terminados, en virtud de esta causal legal.

*Por lo tanto, es claro que existía en el Decreto ley 222 de 1983 un régimen especial para el contrato de arrendamiento de inmuebles del Estado, independientemente de que tuvieran destinación comercial, el cual excluía la aplicación de las normas del Código de Comercio. Significa lo anterior que para aquella época los contratantes estaban impedidos para darle un tratamiento comercial a su relación negocial, **convenir un plazo superior al consagrado en la ley y prorrogarlo si se había llegado a ese límite**, pues otra interpretación conduciría a permitir que la administración prorrogara indefinidamente este tipo de contratos incurriendo en una nulidad absoluta de los mismos, por violación de una prohibición (artículo 78 letras b. y c. del Decreto Ley 222 de 1983).⁹*

⁸ Prescribe a este respecto el artículo 157 que “[e]l término del contrato se pactará expresamente. Cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas...”

⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA. Ver entre otras providencias. auto de 12 de julio de 2001, Exp. 19870; sentencia de 24 de mayo de 2001, Exp. 12247; sentencia de 15 de marzo de 2001, Exp. 13352.

En consecuencia, conforme a la tipología que en el Decreto ley 222 de 1983 se estableció, los negocios jurídicos de arrendamiento del sub lite son contratos de derecho privado de la administración, con cláusula de caducidad, por cuanto ella se pactó en los mismos (cláusula décima cuarta y décima quinta); y que encontraba su regulación especial en los artículos 80 y 156 a 162 de aquel Estatuto, sin que por ello variara su naturaleza.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se permite afirmar, que efectivamente el contrato de arrendamiento suscrito el 1° de febrero de 1988, debió regirse en cuanto a su plazo de duración por el artículo 157 del Decreto 222 de 1983, el cual establecía que el contrato de arrendamiento no podrá exceder de cinco (5) años, tratándose de bienes inmuebles¹⁰, plazo al final del cual, los contratos se deben dar por terminados, en virtud de esta causal legal.

De la renovación del contrato de arrendamiento sobre inmueble

En sentencia del 28 de febrero de 2011¹¹, proferida por la Sección Tercera Subsección "B" del H. Consejo de Estado, bajo la ponencia de la Consejera Ruth Estela Correa Palacio, se sostuvo sobre la renovación del contrato lo siguiente:

"Igualmente, tampoco puede ser de recibo la aplicación del artículo 2014 del Código Civil, para entender que los contratos de arrendamiento fueron renovados al recibir con beneplácito la Aeronáutica Civil los valores correspondientes a los cánones de arrendamiento durante estos años posteriores al vencimiento de los mismos, dado que las normas del Código Civil sólo resultan aplicables a los contratos de arrendamiento celebrados por la

¹⁰ Prescribe a este respecto el artículo 157 que "[e]l término del contrato se pactará expresamente. Cuando se den bienes en arrendamiento dicho término no podrá exceder de dos (2) años para muebles y de cinco (5) para inmuebles, sin que haya lugar a prórrogas..."

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-2003-00349-01(28281) Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL Demandado: PARKING INTERNATIONAL LTDA. Referencia: ACCION CONTRACTUAL - RESTITUCION DE INMUEBLE ARRENDADO

Administración en aquellos aspectos no regulados por el Decreto 222 de 1983. Así, como la renovación del contrato de arrendamiento implica uno nuevo, a la luz de los artículos 156¹² y 157 del citado estatuto contractual, requiere para su existencia de su celebración por escrito en donde conste la manifestación expresa de las partes, lo cual en el caso concreto no ocurrió.¹³ Dicho de otro modo, en la contratación pública en vigencia del Decreto 222 de 1983 y por su carácter solemne, en el que se requiere la formalidad escrituraria para la existencia y nacimiento de los contratos de arrendamiento, no es posible la configuración de la renovación o tácita reconducción de estos negocios jurídicos de que trata el artículo 2014 del Código Civil.

De otra parte, observa la Sala que, contrario a lo argumentado por la demandada en el transcurso del proceso, los contratos de arrendamiento materia del sub exámine no son negocios jurídicos que se rijan por las normas del Código de Comercio y en particular por las disposiciones jurídicas de los artículos 518 a 524 de dicha preceptiva, sino que, como se explicó, estaban sometidos al Decreto ley 222 de 1983, normatividad bajo la cual esos contratos celebrados por los establecimientos públicos no podían constituir en forma alguna actos de comercio¹⁴ y le resultaban extrañas -porque estaban expresamente prohibidas- las prórrogas automáticas, un término de duración superior a 5 años y la aplicación de las normas comerciales¹⁵, como expresamente lo señalaban los artículos 156 y

¹² Artículo 156. De la forma de celebración. El contrato de arrendamiento de inmuebles podrá celebrarse directamente. El de muebles requerirá licitación pública si su valor es superior a trescientos mil pesos (\$300.000.00). Para estos efectos se tendrá como valor el previsto en el artículo 159. Siempre constará por escrito. Para todos los efectos legales la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituye acto de comercio. (Se subraya).

¹³ "Cuando una entidad de derecho público celebra un contrato de arrendamiento, actúa en el campo del derecho privado y le son aplicables por lo mismo las disposiciones del C.C. Pero ciertas leyes, como el Código Fiscal de la Nación, el Código Político y Municipal y el decreto – ley 222 de 1983 contienen normas especiales en materia de arrendamiento de bienes de las entidades de derecho público, disposiciones que es necesario observar so pena de nulidad del contrato, o de que éste no se dé por celebrado..." GÓMEZ ESTRADA, CESAR, De los Principales Contratos Civiles, Ed. Temis, Tercera Edición. 1996, pág. 191.

¹⁴ Allí expresamente se determinó que, para todos los efectos legales, la celebración del contrato de arrendamiento por entidades públicas, no constituía acto de comercio.

¹⁵ El Código de Comercio, establece, en forma diversa, sobre el tema: "Artículo 518. <Derecho de renovación del contrato de arrendamiento>. El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un

siguientes del referido decreto. Bajo esta óptica, no tiene mérito la argumentación de la demandada en torno a un supuesto derecho a la renovación de los contratos de arrendamientos, en los términos del artículo 518 y ss. del C. de Co.

Por lo tanto, como bien lo explicó el juez a quo en la sentencia impugnada, la realidad probatoria permite colegir que la sociedad demandada incumplió su obligación de restituir los inmuebles sobre los que versan los contratos Nos. 6.763 de 1989 y 7.477 de 1990, porque una vez vencido el plazo de ejecución pactado

en los mismos de cinco (5) y tres (3) años, lo cual ocurrió el 27 de diciembre y el 13 de junio de 1994, respectivamente, continuó ejerciendo la tenencia de los bienes inmuebles arrendados, sin que a la fecha haya realizado su entrega material¹⁶.

En efecto, el estatuto civil en el artículo 2008, prevé que el contrato de arrendamiento termina por la expiración del plazo estipulado para el arrendamiento¹⁷. A su vez, el artículo 2005¹⁸ establece la obligación del arrendatario de restituir la cosa arrendada al finalizar el contrato de arrendamiento. Por consiguiente, al producirse la terminación del contrato de arrendamiento, por vencimiento del plazo, se hace exigible la obligación del arrendatario de restituir o devolver el bien objeto del arrendamiento y la del arrendador de recibirlo.

inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos: / 1) Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato; / 2) Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y / 3) Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.

"Artículo 519. <Diferencias en la renovación del contrato> Las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos. "

"Artículo 520. <Desahucio al arrendatario>. En los casos previstos en los ordinales 2o y 3o. del artículo 518, el propietario desahuciará al arrendatario con no menos de seis meses de anticipación a la fecha de terminación del contrato, so pena de que éste se considere renovado o prorrogado en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial. Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo los casos en que el inmueble sea ocupado o demolido por orden de autoridad competente."

¹⁶ Sin que existiera la necesidad de efectuar requerimiento alguno para que quedara constituido en mora, porque en el caso concreto, se acordó que el arrendatario renunciaba en forma expresa a los requerimientos (cláusula quinta), entre ellos el contemplado en el artículo 2007 del Código Civil, renuncia que resulta válida como producto de la autonomía privada y por mirar el interés individual de los renunciantes (art. 16 C.C.)

¹⁷ "Artículo 2008. El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos y, especialmente: "(..)" 2º) Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo,

¹⁸ "Artículo 2005 El arrendatario está obligado a restituir la cosa al fin del arrendamiento "

*Es decir, como lo ha señalado la jurisprudencia¹⁹, "...aunque estas obligaciones existen desde la suscripción misma del contrato, el cual constituye su fuente, su cumplimiento se difiere en el tiempo hasta que sobrevenga la terminación de la relación contractual, ocurrido lo cual dichas obligaciones de restitución y recibo se hacen exigibles y deben ser cumplidas"; pero "el no cumplimiento de la obligación de restitución del bien arrendado por parte de arrendatario, al término del contrato, en manera alguna puede tener el efecto jurídico de extender el vínculo contractual indefinidamente, hasta el momento en que se dé el cumplimiento de la obligación de restitución, puesto que tal vínculo se **extingue así subsistan algunas de las obligaciones que se originaron en él, tal como ya quedó indicado.**"*

En virtud de lo expuesto se concluye que la renovación tácita no hace parte del contrato de arrendamiento en vigencia del Decreto 222 de 1983 ya que se requiere para la existencia y nacimiento del mismo, su forma escrituraria. Y luego de vencido el plano inicial o el máximo establecido en la normatividad, el contrato se ha extinguido, no obstante se encuentren obligaciones por cumplir.

Cesión del contrato de arrendamiento

Ahora bien, respecto a la cesión del contrato, se tiene que de acuerdo con las cláusulas pactadas, en especial la cláusula tercera del contrato primigenio del 1° de febrero de 1988 (Folio 10) para que se produjera la cesión del mismo, debía realizarse con la autorización ESCRITA por parte del arrendador.

La misma norma establecía que el incumplimiento de dicha cláusula daba derecho al arrendador para dar por terminado el contrato y exigir la entrega del inmueble, o en caso de cesión o subarriendo abusivo, celebrar un NUEVO CONTRATO con los

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15883.

usuarios reales sin necesidad de requerimientos judiciales o privados a los cuales renuncia el arrendatario.

Quiere decir lo anterior, que incumbía a la parte arrendadora una vez conocido el hecho de la cesión, procurar la celebración de un nuevo contrato con la entidad que hubiere asumido la responsabilidad de la institución.

Así las cosas, no es posible acreditar la cesión del contrato de arrendamiento, por cuanto para la validez del mismo era necesario que se entregara el documento por el cual se había realizado dicha cesión, y posteriormente realizar la notificación de dicha actuación o la aceptación por parte de la arrendadora²⁰. Era pues necesario el cumplimiento de ambos requisitos para así otorgarle plena validez y por consiguiente constituir el lazo que impusiera a la administración local, la responsabilidad sobre el pago de los cánones de arrendamiento.

6. Caso Concreto

Conforme lo establecido en los antecedentes legales y jurisprudenciales expuestos, tenemos que el contrato de arrendamiento celebrado por la señora demandante en su calidad de arrendadora y el Fondo Educativo Regional (FER) en calidad de arrendatario, para parte del funcionamiento del Colegio Cooperativo de la Boquilla, aunque hubiere estado pactado por el término de un (1) año, su renovación sólo pudo haberse extendido hasta los cinco (5) años siguientes a su suscripción, según lo dispuesto en la normatividad vigente para la época de la relación contractual; es decir, que hasta el 1° de febrero de 1993 pudo haberse establecido la duración de contrato de arrendamiento.

²⁰ ARTICULO 1959. <FORMALIDADES DE LA CESION>. La cesión de un crédito, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Pero si el crédito que se cede no consta en documento, la cesión puede hacerse otorgándose uno por el cedente al cesionario, y en este caso la notificación de que trata el artículo 1961 debe hacerse con exhibición de dicho documento.

ARTICULO 1960. <NOTIFICACION O ACEPTACION>. La cesión no produce efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste.

ARTICULO 1961. <FORMA DE NOTIFICACION>. La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.

Incluso, aunado a lo manifestado por la parte actora, que el contrato de arrendamiento sobre su bien inmueble se prorrogó tácitamente, la Sala encuentra que dicha afirmación deviene a todas luces en un desconocimiento de la normativa que regula lo concerniente al contrato de arrendamiento celebrado con la administración en vigencia del Decreto 222 de 1983, por cuanto al haber expirado el término máximo de los 5 años dispuesto en el artículo 157 de dicho estatuto, se extingue la relación contractual, sin perjuicio que aún subsistieran obligaciones contractuales como lo era la entrega por parte del arrendatario del inmueble entregado para su uso y goce.

De otro lado, atendiendo a lo manifestado por la parte demandante en cuanto sostiene que mediante el Decreto No. 445 de agosto 29 de 1990, la primigenia institución – Colegio Cooperativo de la Boquilla- la cual desarrollaba varias de sus actividades en el inmueble objeto del contrato-, cambió al nombre al de 'Instituto Tecnológico Industrial Pesquero de la Boquilla', y la administración del mismo correspondió a la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias; la Sala observa que no se encuentra evidencia de tal afirmación y por consiguiente no es posible predicar que ha operado la sustitución de la calidad de arrendatario.

Examinado el expediente, verifica la Sala que no obra prueba alguna dentro del plenario respecto a que el cambio de administración haya acontecido, toda vez que la norma específica, ya referenciada, no es aportada al expediente.

Finalmente, resulta pertinente pronunciarse respecto a la conciliación aportada en el libelo de demanda y aprobada judicialmente por esta Corporación el 25 de noviembre de 2002 (Fls. 22-23) y sobre la misma se comparte la apreciación efectuada por el *a quo* en cuanto la consideró como un indicio del cambio de arrendatario, más no como la prueba cierta del marco temporal del uso dado al inmueble, de forma que pueda considerarse como incumplido el contrato de arrendamiento²¹; lo anterior, teniendo en cuenta el rigorismo que permea la contratación estatal en el Estado Colombiano, por

²¹ Folio 113.

lo que no puede ser de recibo la declaración de responsabilidades sin obtener certeza de la calidad en la cual ha actuado la administración.

Quiere decir lo anterior, que el incumplimiento alegado por la parte actora no pudo ser demostrado en las instancias procesales, por lo que no es posible exigir a la entidad demandada el pago de los cánones de arrendamiento y la declaratoria de incumplimiento del contrato, toda vez que no pudo acreditarse la cesión de dicho contrato y el desarrollo del mismo. Así las cosas los argumentos recurridos no tienen vocación de prosperidad y en este sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por último, con relación a la condena en costas, el Artículo 171 del C.C.A. establece: *“Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”*

Conforme lo anterior, no advierte este Tribunal que en el curso del sub judice las parte demandante asumiera una posición temeraria o dilatoria, motivo por el cual no se condenara en costas.

XII. DECISION

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala especial de descongestión No. 003, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 13 de julio de 2011, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha precitada

LOS MAGISTRADOS


ARTURO MATSON CARBALLO


LIGIA RAMIREZ CASTAÑO


JORGE FANDIÑO GALLO

Nota: Las presentes firmas corresponden a la sentencia del 10 de Octubre de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala Especial de Descongestión No. 003, en el proceso radicado con número C.C.. 000-2005-001335-02, en el cual actúa como demandante la señora BIENVENIDA MONTERROSA DE CARABALLO y como entidad demandada el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.