

República de Colombia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
– SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”
ORALIDAD

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO

Bogotá, D. C., Veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018).
(Proyecto discutido y aprobado en Sala de la fecha)

| | |
|-------------------------|--|
| Expediente | 110013336037201400237-01 |
| Sentencia | SC3-01-18- |
| Medio de control | REPARACIÓN DIRECTA |
| Demandante | LEONOR SOFIA MERCADO Y OTRO |
| Demandado | INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO |
| Asunto | APELACION SENTENCIA |
| Tema: | INCENDIO EN CENTRO CARCELARIO – NO CONSTITUYE HECHO DE UN TERCERO |

Cumplido el trámite previsto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para la segunda instancia dentro proceso ordinario, se provee así,

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Desatar recurso de apelación interpuesto por la pasiva, **para que se revoque la sentencia** calendada catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, **que accedió a las pretensiones de la demanda.**

II- ANTECEDENTES

2.1- DEMANDA Y ARGUMENTOS DE LA ACTIVA

Conforme al libelo introductorio, la señora LEONOR SOFIA MERCADO, actuando en nombre propio y en representación del menor FRANCISCO ALBERTO PEREZ MERCADO, a través de apoderado judicial y por vía del medio de control de reparación directa, promovió demanda contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, con las siguientes pretensiones:

Se declare administrativamente responsable al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, por la muerte de FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRUA ocurrida en Centro Penitenciario de Barranquilla, el 6 de febrero de 2014.

Consecuentemente, se condene al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, al pago de indemnización en suma equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV) para cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios; la suma de setenta y tres millones

trescientos cuarenta y cinco mil pesos (\$73.345.000) para cada uno de los demandantes, por concepto de daño material, y la suma de 50 SMLMV a favor de cada uno de los demandantes, por concepto del perjuicio causado al señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ MERCADO.

En fundamento reseñan sintéticamente los siguientes hechos:

El 27 de enero de 2014, el señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, perdió la vida, mientras encontraba privado de la libertad, no condenado, en la cárcel modelo de Barranquilla, al presentarse un motín que derivó en un incendio cobrando la vida de varios reclusos.

Conflagración que se suscitó porque uno de los internos, con ocasión de la asonada, prendió en llamas algunas sabanas y colchones, haciendo que el fuego se extendiera por todo el pabellón y alcanzara el fluido eléctrico y el cableado interno del centro penitenciario.

2.2- ARGUMENTOS DE LA ACCIONADA

En oportunidad de descorrer el traslado de la demanda, el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, esgrime en oposición a las pretensiones de la activa, la culpa exclusiva de la víctima, bajo la consideración sustancial que el fallecimiento del señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, acaeció por la rebeldía y desobedecimiento del régimen interno disciplinario, contrastado que los internos utilizaron sabanas y colchonetas para causar desmanes e iniciaron el incendio para impedir el acceso de la guardia.

III- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El *A Quo*¹, encontró debidamente probado, que el señor FRANCISCO PEREZ GRAU, era recluso en la Cárcel Modelo de Barranquilla, para el 27 de enero de 2014, cuando sufrió lesiones que le causaron la muerte, y derivadas de incendio provocado por interno en el pasillo 7 del pabellón B, alterado por el actuar de los guardianes, quienes utilizaron gases lacrimógenos para mitigar el enfrentamiento con armas corto punzantes que se presentó al interior del pasillo entre varios reclusos, y destaca que la responsabilidad de la demandada se funda en la teoría de depósito, conjugada la relación especial sujeción de los reclusos, contrastado que encuentran en custodia por mandato de la ley y en razón de ello se impone al Estado, garantizarles el conjunto de derechos inherentes al privado de la libertad.

Señala además, la ocurrencia de una falla en el servicio, por incumplimiento de las obligaciones de la guardia, atendido que fue el hecho de que algunos internos se encontraban armados, la génesis del enfrentamiento al que devino la reacción de los guardianes y el incendio que le causó lesiones mortales al interno FRANCISCO PEREZ GRAU. .

IV- RECURSO DE APELACIÓN

La pasiva pretende se revoque el fallo de primera instancia, y advierte en sustento, que no se configura falla en el servicio, contrastado que se efectuaron las requisas exigidas, se actuó en control del incendio y fue un interno quien inicio la

¹ Ver folios 291 al 297 del cuaderno de continuación del principal.

deflagración, de forma que no fue el actuar del INPEC, quien genera el daño fuente de la pretensión indemnizatoria sub-lite.

Alega concurrentemente, que el *A Quo* arriba a conclusiones que no encuentran acreditadas probatoriamente, tales como hacinamiento en el centro de reclusión y el uso desmesurado de gases lacrimógenos.

Solicita se declare la configuración del hecho de un tercero, al ser un recluso quien propicio el incendio que conllevo a la muerte del señor PEREZ GRAU, y fortalece esgrimiendo, que se trató de un hecho intempestivo, y que la Administración Pública no se encuentra obligada a lo imposible.

V- TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Con proveído del 22 de marzo de 2017, **se admitió el recurso de apelación**, y por error aritmético se corrigió con Auto del 24 de mayo siguiente, y advirtió que el recurso de alzada se había promovido por la pasiva. (fl. 199 C. Contin. Principal).

5.2. Mediante auto del 24 de mayo de 2017, **se declaró no procedente la apertura de prueba, y en consecuencia, corrió traslado para alegar de conclusión** (fls. 200 íbidem); derecho que no fue ejercido por ninguna de las partes.

VI- CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. ASPECTOS DE EFICACIA Y VALIDEZ

6.1.1. **Se reitera la competencia de ésta Corporación para conocer del recurso sub-lite**, advertido que el asunto se promovió en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de conformidad con lo reglado en el artículo 153 íbidem:

“(...) Los tribunales administrativos conocerán en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.”
(Subrayado y suspensivos fuera de texto).

6.1.2. **El recurso de apelación sub-lite, debe ser resuelto con sujeción a los argumentos de inconformidad invocados por el recurrente**, por cuanto además de tratarse de apelante único, asume relevancia lo contemplado en el artículo 328 del Código General del Proceso, vigente en Jurisdicción Contencioso Administrativa para la fecha en que se promovió la alzada que nos ocupa², y que regla el tópico así:

*“(...) **El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante,** sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

² **CONSEJO DE ESTADO.** Sala Plena. Auto de Unificación del 25 de junio de 2014, que dice:

“(...) a partir del auto de unificación del 25 de junio de 2014, en aquellos procesos que aún se tramitan en el sistema escritural, el juez deberá acudir al CGP para regular los siguientes temas, que se señalan de manera enunciativa: (...) viii) trámite de los recursos; (...), en virtud de la derogatoria expresa del artículo 627 del C.G.P.”. (Suspensivos fuera de texto).

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.” (Suspendivos, subrayado y negrilla fuera de texto).

De forma que la habilitación del Ad Quem para resolver en sede de apelación sin limitaciones, encuentra condicionada a que ambas partes hayan impugnado toda la sentencia, y de contera, contrastado el caso en concreto, emerge no satisfecho el indicado presupuesto, por cuanto la activa no recurre la sentencia.

6.1.3. No se advierte irregularidad que configure nulidad procesal, ni causal para declarar excepción de oficio, y consecuentemente el proceso encuentra para proferir sentencia de segunda instancia. Conjugado que aunque en esta jurisdicción el juez unipersonal o colegiado, encuentra habilitado para declarar de oficio las excepciones de caducidad, cosa juzgada, conciliación, prescripción extintiva y transacción, en el *sub-lite* no existe fundamento fáctico que le confiera sustento a decisión en tal sentido.

6.2. FIJACIÓN DEL DEBATE

Corresponde a esta Sala de Decisión, determinar sobre la pertinencia de revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, negar las pretensiones de la demanda. Por ende y en secuencia de las valoraciones que anteceden, en particular de los límites establecidos en el artículo 328 del C.G.P. para el juzgador de segunda instancia, el estudio de la sentencia proferida el catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016), por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, solo se habilita en contraste con los argumentos esgrimidos en sede de apelación, y de contera la controversia gravita en torno a la responsabilidad patrimonial del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC, por la muerte del señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, en momentos en que encontraba recluido en establecimiento carcelario y la concurrencia o no, del eximente de responsabilidad hecho de un tercero, por razón a que el fallecimiento devino por lesiones causadas en incendio causado por otro interno.

En este orden de ideas y conjugados los argumentos centrales de la alzada, en particular la existencia de hecho de un tercero y no existencia de falla en el servicio, se tiene en esta instancia como **problema jurídico:**

¿El INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, no es patrimonialmente responsable de los perjuicios causados con la muerte del recluso FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, en razón a que devino por lesiones sufridas en incendio causado por otro interno y aquella no incurrió en falla en el servicio?

6.3- ASPECTOS SUSTANCIALES.

En labor de desatar el interrogante planteado **es tesis de la Sala,** que encontrándose probado y admitido por los extremos procesales, que la muerte del señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, devino por causas no naturales, mientras se encontraba recluido en el centro Penitenciario y Carcelario la Modelo

de Barranquilla, reviste trascendencia, que el Estado a través del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, respecto del personal de reclusos, tiene una responsabilidad de resultado, por razón de su condición de garante de la vida, integridad personal y demás derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, que no devienen limitados por el hecho de la encarcelación, en teoría del depósito y por virtud de la relación especial de sujeción que les vincula a la administración pública.

Paradigma en orden del cual, en principio aplica el régimen objetivo de responsabilidad, aunque no obsta, para que avizorarse probada la falla en el servicio, se de aplicación a ese título de imputación.

En fundamento se abordarán los siguientes tópicos: **(i)** elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado; **(ii)** concepto de daño antijurídico y presupuestos, y **(iii)** responsabilidad del Estado por los daños sufridos por personas privadas de la libertad, a modo de **premisas normativas**:

6.3.1- El daño antijurídico y su imputabilidad a la entidad pública accionada, son los elementos que estructuran la responsabilidad patrimonial del Estado, advertido que la cláusula general del deber indemnizatorio del Estado, encuentra en el artículo 90 Superior, conforme al cual, *el Estado es patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos que le sean imputables, por la acción o la omisión de las autoridades públicas*, y comprende los ámbitos precontractual, contractual y extracontractual, e integra con el artículo 2º Ibídem, en virtud del cual, *las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades*.

Panorama normativo en orden del cual, indica la doctrina del H. Consejo de Estado, que el juez de la responsabilidad patrimonial del Estado, debe constatar la antijuridicidad del daño y elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico de imputación, es decir, no la mera causalidad material, sino *establecer la imputatio juris y la imputatio facti*³. En igual sentido concluye la Corte Constitucional⁴.

6.3.2. El daño antijurídico es aquel que comporta una aminoración en una situación favorable, que el afectado no encuentra en la obligación de soportar, y exige como condiciones de existencia que sea personal, directo y cierto o actual. Bajo la consideración que por su carácter personal exige la violación a los derechos subjetivos de la persona damnificada, independientemente a que provenga de un hecho que afecte en forma inmediata, o mediata en virtud del daño sufrido por otro, con quien el damnificado tiene relación, evento en el que se predica la existencia de un daño reflejo, que es el menoscabo soportado por persona distinta del damnificado inmediato. Caso del daño patrimonial y moral que se ocasiona a los parientes de la víctima directa.

El carácter cierto del daño, refiere a su real acaecimiento, es decir, que el agravio debe poseer una determinada condición de certeza para que origine efectos jurídicos, ello es, que el daño debe existir y hallarse probado para que origine el derecho a obtener un resarcimiento. Certeza exigible sin distingo porque se trate de daño consolidado o de daño futuro.

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de julio de 1993.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-619 de 2002 y C-918 de 2002.

Por su carácter directo, el daño supone un nexo de causalidad respecto del perjuicio, de forma que este sea consecuencia de la alteración negativa que comporta el primero, y solo indemnizable en cuanto provenga del mismo.

Asume también relevancia que el H. Consejo de Estado, advierte del daño antijurídico, que el ordenamiento no contiene una disposición que consagre su definición, y puntualiza:

“(…)se refiere a “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado, se ha de probar inicialmente la existencia del daño antijurídico, el cual debe ser cierto “es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas” -, (...) la existencia de un daño antijurídico, (...) constituye el fundamento mismo de la responsabilidad, de suerte que “si no hay daño no hay responsabilidad” y “sólo ante su acreditación, hay lugar a explorar la imputación del mismo al Estado”.⁵ (Suspensivos y subrayado fuera de texto)

Consecuentemente, no todo daño asume como daño antijurídico, y el carácter de antijurídico estriba, en que el afectado no tiene la obligación de soportar.

6.3.3- El Estado tiene respecto del personal recluso, en principio una responsabilidad de resultado como garante de su vida e integridad personal, en teoría del depósito y por razón de la relación especial de sujeción que vincula a la persona privada de la libertad, no obstante y en cuanto encuentre procesalmente probado que el daño tiene causa en una falla en el servicio, aplica el régimen subjetivo de responsabilidad.

En este sentido emerge contrastada la doctrina del H. Consejo de Estado⁶, como quiera que en consonancia con la subregla edificada por la H. Corte Constitucional, indica:

“las personas detenidas en centros de reclusión oficiales se encuentran, respecto del Estado, en una relación de especial sujeción⁷ en virtud de la cual ven limitados algunos de sus derechos y libertades y restringida la autonomía para responder por su propia integridad; razón por la que, como se deriva de los pronunciamientos de estas Corporaciones y tal como lo

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO, Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-26-000-2003-02128-01(29901), Actor: DOW QUÍMICA DE COLOMBIA S.A., Demandado: NACIÓN – CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y OTRO, Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

⁶ Ver Sección Tercera, sentencia de 26 de mayo de 2010, exp. 18800, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁷ Sobre el contenido y alcance de las relaciones de especial sujeción la Corte Constitucional señaló recientemente: “(...) que entre el Estado y las personas que se encuentran privadas de la libertad surge un vínculo de “especial relación de sujeción”, dentro del cual las autoridades penitenciarias y carcelarias pueden limitar y restringir el ejercicio de ciertos derechos de los internos, siempre y cuando dichas medidas estén dentro de los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad. Lo cual implica: (i) La subordinación de una parte (los internos) a la otra (el Estado). (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del recluso a un régimen jurídico especial, controles disciplinarios y administrativos, y la posibilidad de restringir el ejercicio de ciertos derechos, inclusive fundamentales. (iii) Este régimen, en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales, debe ser autorizado por la Carta Política y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad y limitación en mención es la de garantizar los medios para el ejercicio de los otros derechos de las personas privadas de libertad, buscando cumplir con el objetivo principal de la pena, que es la resocialización. (v) Como derivación de la subordinación, surgen algunos derechos especiales, en cuanto a las condiciones materiales de existencia en cabeza de los internos. (vi) El deber del Estado de respetar y garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales, en especial con el desarrollo de conductas activas. (...)” Sentencia T-266 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En el mismo sentido ver, entre muchas otras, sentencias T-596 de 1992, T-222 de 1993, T-065 de 1995, T-705 de 1996, T-153 de 1998, T-966 de 2000 y T-687 de 2003.

recordó la Comisión Interamericana en su informe de 2011 sobre los Derechos Humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas, el Estado “se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad”⁸. (Negrilla fuera de texto)

Premisa que fortalece en ámbito del derecho fundamental de discriminación positiva, consagrado en el artículo 13 Superior, con el siguiente texto:

“el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Como quiera que devine para el Estado, contrastada la situación de debilidad en que encuentran las personas privadas de la libertad, el deber de asumir la responsabilidad por los daños que, causados en el marco específico de la reclusión, implican la afectación de derechos que no podían entenderse limitados o suspendidos por ella.

6.3.3.1- En este orden de ideas, el régimen bajo el cual se estructura la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por el personal recluso, es en principio el régimen objetivo de responsabilidad, en este sentido se tiene retomando sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado⁹, que reitera su propio antecedente al indicar, *que el régimen bajo el cual se estructura la responsabilidad del Estado por los daños causados por cuenta de la reclusión, pero que no pueden considerarse como inherentes a la misma, es el objetivo, y que encuentra un campo de aplicación privilegiado en los eventos de afectaciones a la vida y a la integridad psicofísica de los detenidos, y que puede extenderse a todos los demás casos en los que el daño cuya indemnización se demanda es el resultado de la vulneración de derechos que de ningún modo pueden entenderse limitados, restringidos o suspendidos por la privación de la libertad, como es el caso de la dignidad humana.*

Advertido que el régimen objetivo de responsabilidad aplica, siempre que no encuentre probado la falla del servicio, que asume como régimen general de responsabilidad, y de contera debe privilegiarse cuando se evidencie que la administración penitenciaria funcionó anormalmente o fue negligente en el cumplimiento de sus deberes.

Es de precisar además que también asume como subregla que avizora pacífica del Órgano de Cierre de esta Jurisdicción, que en los eventos en que los daños cuya indemnización se reclama sean atribuidos a la prestación de servicios médicos en centros carcelarios, el régimen de responsabilidad aplicable es el subjetivo¹⁰, lo cual se explica porque aunque producidos durante la reclusión, no tienen causa en la misma, y resulta necesario entonces, demostrar la existencia de falla del servicio para comprometer la responsabilidad del Estado¹¹. No obstante, la anterior premisa

⁸ Aprobado por la Comisión el 31 de diciembre de 2011. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>.

⁹ Sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P.DANIÑO ROJAS BETANCOURTH, rad.28832

¹⁰ En sentencia de la Subsección “A” de 8 de febrero de 2012, exp. 22943, C.P. HERNÁN ANDRADE RINCÓN se sostuvo que cuando lo que “se discute es la responsabilidad del Estado originada en daños sufridos por los reclusos, derivados de la prestación del servicio de salud por parte del establecimiento carcelario (...) el régimen de responsabilidad aplicable es el de la falla del servicio”. Retoma Sentencia del 28 de agosto de 2014, C.P.DANIÑO ROJAS BETANCOURTH, rad.28832

¹¹ Sobre el particular la Sección ha anotado que el INPEC, entidad a cargo de la cual se encuentra la dirección, administración y vigilancia de los centros de reclusión del orden nacional (artículo 16 de la Ley 65 de 1993), debe velar por la salud de los internos (artículo 104 de la Ley 65 de 1993) y, en ese sentido, garantizar la

modifica cuando el daño deviene porque la autoridad penitenciaria no habilita en oportunidad el servicio de salud requerido por el recluso, tornando entonces aplicable el régimen objetivo de responsabilidad.

Teniendo siempre como tamiz, que el deber de protección asumido por el Estado respecto de los reclusos, tiene fuente en la relación especial de sujeción en la que se encuentran respecto del mismo, cabe puntualizar, que no por ello, las autoridades penitenciarias resultan responsables por todo detrimento que en su salud sufra el interno, contrastado que tal daño, puede provenir de causas extrañas a las condiciones de detención, y en esa secuencia se configuraría causal de exoneración.

6.3.4. Es posible se estructure el eximente de responsabilidad “hecho de un tercero”, en daño antijurídico infringido a recluso, siempre que satisfaga el requisito de que la conducta desplegada por el tercero, sea la causa exclusiva, esto es, única del daño, porque constituya la raíz determinante del mismo, ello es, que se trate de la causa adecuada¹².

6.4. - CASO CONCRETO

6.4.1. Aspectos Probatorios

6.4.1.1- Advertido que en esta instancia es del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, en cuanto apelante único, la carga de la prueba, es de puntualizar además, que asume como sucedáneo de certeza en el evento de duda, contrastado que en tamiz de los artículos 173 del Código General del Proceso y 1757 del Código Civil¹³, *incumbe a las partes probar el supuesto de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

En esta secuencia es de señalar, que en el sub-lite la comunidad probatoria encuentra conformada por documentales y testimonial trasladada, aducida en su integridad en primera instancia.

6.4.1.2- La documental reviste eficacia, sin perjuicio que obre parcialmente en fotocopia simple, por cuanto en preceptiva del artículo 246 del C.G.P, no encuentra sujeta a formalidad alguna, y destaca que en oportunidad de su agregación al proceso, no se promovió tacha.

Asimismo, la testimonial traslada asume eficaz en el proceso sub-lite, contrastado que aunque originada en denuncia penal interpuesta por el Director del Establecimiento Carcelario de Barranquilla ante la Fiscalía General de la Nación, por los hechos ocurridos el 27 de enero de 2017 al interior de aquel, su aducción al sub-lite, fue solicitada por ambos extremos procesales, la activa y la pasiva, sin oposición a ninguna de las versiones que allí reposan.

6.4.1.3. Finiquitando revisten relevancia para el debate en segunda instancia, reiterado que se recaudaron en su integridad en primera instancia, los siguientes **medios de prueba:**

prestación del servicio médico “en las mismas condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia que supone la prestación de este servicio para quienes no se encuentran en esa particular situación”, sentencia de 10 de agosto de 2001, exp. 12947, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION A, Consejera ponente: MARTA NUBIA VELASQUEZ RICO, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 76001-23-31-000-2001-02636-02(33873), Actor: RAFAEL TELLO Y OTROS, Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL Y OTRO, Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

¹³ “(...) Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

- Certificado de Defunción No. 81131663-0 del señor ALBERTO FRANCISCO PÉREZ GRAU, conforme al cual el deceso acaeció el 6 de febrero de 2014. (fl. 15 c2)
- Registro Civil de Defunción, indicativo serial 08530721, que acredita la muerte del señor ALBERTO FRANCISCO PÉREZ GRAU, el 6 de febrero de 2014. (fl. 16 c2)
- Registro Civil de Nacimiento del menor FRANCISCO ALBERTO PEREZ MERCADO¹⁴, hijo de FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU y LEONOR SOFIA MERCADO
- Oficio No 006113 del 25 de Noviembre de 2013, dirigido por el Defensor del Pueblo Regional del Atlántico, al Secretario del Interior de la Gobernación del Atlántico, solicitando una reunión a fin de discutir y establecer soluciones a la problemática del hacinamiento carcelario que se presenta en los centros de reclusión del Departamento del Atlántico. (FL. 49 C 2)
- Comunicación del Secretario del Interior de la Gobernación del Atlántico, adiada 13 de enero de 2014, informando del trámite adelantado ante el INPEC, en aras de suscribir convenio interadministrativo tendiente a que los centros de rehabilitación Femenino y Masculino sean asumidos por aquel, en aras de superar el fenómeno nacional de hacinamiento carcelario. (fl. 50 c2)
- Extracto del libro de minuta de guardia del Establecimiento Carcelario de Barranquilla, que registra con fecha 27 de enero de 2014, a las 21:40 horas:

*(...) estando de servicio en el comando de guardia, informa el pabellón del patio B, Dq Darío Calle, que desde la reja principal observo que se presenta una riña entre internos del pasillo 7, (...), de forma inmediata vía radial al personal que se encontraba de servicio, comunicando que en el interior del pasillo se observa fuego y humo, de acuerdo a este reporte se procedió a llamar a los bomberos y a la PONAL para solicitar apoyo ante la emergencia. El dq procedió a ingresar al pabellón para abrir el pasillo pero viéndose obstaculizados por (03) que tumbando una de las rejas y las ventanas **salen con armas blancas de fabricación carcelaria, con el tamaño aproximado de un machete, alterados y con intención de agredir al funcionario**, el cual procedió a pedir apoyo vía radial de todo el personal de la guardia disponible. Estas reaccionaron e ingresaron con extintores que al tratar de accionarlos, la mayoría se hallaban averiados, se procedió a intentar abrir la reja y al llegar a ella esta se encontraba en alta temperatura con fluido eléctrico, se logró abrir la reja soportando las circunstancias y se empezó a evacuar a los internos. Cuando la guardia ingreso a intentar apagar el fuego pero los extintores que servían no dieron abasto para mitigar las llamas ya que este se había propagado hasta el fondo del pasillo, impidiendo la salida de los internos por la reja principal del pasillo, de inmediato se procedió a tumbar las rejas de las ventanas las cuales también encontrándose bajo fluido eléctrico dificultaban (...) con ayuda de los demás internos de los demás pasillos se logró evacuar el personal que llegaba hasta las ventanas y sacarlos hasta el área de sanidad y puerta principal para brindarle los primeros auxilios y los que*

¹⁴ Fecha de nacimiento 23 de marzo de 2006, ver folio 19.

ameritaron mayor atención por su delicado estado de salud fueron trasladados a los diferentes hospitales y centros de salud de la ciudad. Es importante dejar constancia que durante el transcurso del día han venido presentando riñas y alteraciones del orden interno en este pabellón, como después de la contada para el cambio de compañías donde salieron heridos (02) internos; después de un operativo de registro y control donde fueron expulsados por los demás internos durante el día un total de (17) internos y para lo cual los comandantes del establecimiento tomaran la decisión como medida preventiva y de control mantener a los internos encerrados en sus respectivos pasillos, teniendo en cuenta que hay conflictos entre los internos de los pasillos 6 y 7 del pabellón que se han repetido en diferentes ocasiones.

28/01/2014- 01:30 Registro de constancia.

A esta hora se deja constancia que debido a la falta de personal en el momento de los sucesos de la novedad anterior, los funcionarios comandantes de este puesto se vieron en la obligación de ingresar al pabellón para ayudar a evacuar al personal de internos que se encontraban atrapados... (fl. 16 al 18 c1 suspensivos, subrayado y negrilla fuera de texto)

- Oficio No 301- ECBAJP-UPJ del 27 de enero 2014, en el que se reporta que a las 07:30 horas se efectuó un operativo de Registro y Control en el pabellón B, pasillo 5 del Establecimiento Carcelario de Barranquilla, ordenado por el Comandante Operativo de ese reclusorio, con la incautación de armas blancas corto punzantes, cocaína y celulares. (fl. 26 y 27 c 1)
- Informe de novedad, rendido por Suboficial de Administración del Establecimiento Carcelario de Barranquilla, con fecha, 28 de enero de 2014, en el que se señaló:

“siendo aproximadamente las 21:10 horas, el Dragoneante Calle de la Hoz Darío, quien se encontraba de servicio de comandante de Pabellón B, vía radial solicita apoyo para su pabellón, manifestando que dentro del pasillo 7 se presentaba una riña entre los internos, los cuales habían tumbado las ventanas porque habían heridos los cuales le dije que evacuaran por las mismas además, por consecuencia de esta, se inicia un incendio por lo cual se abren las rejas para que fuera necesario la ayuda de personal de guardia del servicio y que se encontraba descansando, los cuales ingresaron al pabellón con extintores y demás elementos para así auxiliar al personal de internos pero debido al alto número de colchonetas, madera, aparatos electrónicos y demás, las llamas se propagaron por todo el interior del pasillo en donde habitan aproximadamente 194 internos de inmediato y vía telefónica se solicitó apoyo al personal de bomberos quienes ingresaron al interior del penal para así controlar la situación, con ayuda de la guardia e internos, se fueron evacuando las personas que presentaban lesiones para el área de sanidad y así brindarles los primeros auxilios, debido a la gran cantidad de internos con quemaduras, ingresaron al penal para apoyar la emergencia los entes de salud como cruz roja, defensa civil y paramédicos, quienes evacuaron en ambulancia y con su respectiva custodia los internos de mayor urgencia, para los distintos centros de salud de la ciudad.

*Como consecuencia de esta situación, fueron remitidos, a las clínicas de la Costa, Cari Alta complejidad, Reina Catalina, Niño Jesús, general del Norte y Hospital Barranquilla **un total de 42 cuarenta y dos internos, de***

los cuales fallecieron 04 cuatro internos, faltando al momento el reporte de la inspección al lugar de los hechos por parte de la SIJIN, efectuando al interior del pasillo 7 del pabellón B.

Es de anotar, que durante el día se realizaron operativos de registro y control a internos e instalaciones de los pasillos 5, 6 y 7 de este Pabellón B, en donde se obtuvo la incautación de armas cortopunzantes de fabricación artesanal, sustancias psicoactivas, equipos de comunicación celular, los cuales fueron dejados a disposición de la unidad de policía judicial del establecimiento.

Debido a la alteración del orden interno que se presentó dentro de este pabellón, como consecuencia de la incautación de gran cantidad de elementos prohibidos, los internos fueron encerrados en cada uno de los siete pasillos del pabellón, siendo así controlado por parte del personal de guardia durante el día.” (fl 19 y 20 c1, negrilla, suspensivos y subrayado fuera de texto)

- Informe de novedad rendido el 30 de Enero de 2014 por el Director del Establecimiento Carcelario de Barranquilla en los siguientes términos:

(...)

El día 27 de enero del presente año, siendo aproximadamente las 08:00 horas, el Comando Operativo del Establecimiento al mando del Teniente CARLOS PONTON, (...) ordeno un operativo de requisa y control rutinario al pabellón B (...) Simultáneamente, en el pabellón se presentaron agresiones contra los internos VICTOR ANDRES VENEGAS LAZARO, JORGE LUIS CUETO MORENO, CARLOS CASTRO ACOSTA Y CARLOS MARTINEZ ARIZA, todos estos internos fueron conducidos de manera inmediata al área de sanidad para su valoración, siendo el ultimo mencionado trasladado a urgencias al Hospital de Barranquilla por la gravedad de sus heridas; estos internos fueron agredidos por que los señalaron de entregar información a la guardia del lugar donde escondían los elementos y sustancias decomisados.

(...)

En horas de la tarde, siendo las 14:30 horas, se efectuó otro operativo de requisa y control en ese mismo pabellón, con ocasión que continuaban presentándose focos de indisciplina y riñas en la parte interna, donde fue necesario utilizar los medios coercitivos para controlar y recuperar el orden, resultando herido el interno CESAR AUGUSTO MERLANO OVIEDO, quien fue conducido hasta el área de sanidad para su valoración, en consecuencia a lo anterior fue necesario sacar del pabellón los internos JAIME PINTO DURAN, ALONSO AMAYA COBO, GARCIA URINA JORGE, EDGAR CAMPO ROMERO, ERWIN JOSE CAÑATE GOMEZ, CAMILO PABLO DE LA ROSA, CRISTIAN CASTILLO, JORGE LUIS TORRES GARCIA Y MONTENEGRO CABARCAS MANUEL quienes fueron señalados por los internos del comité de derechos humanos de provocar los brotes de indisciplina y vulnerar la convivencia interna.

Siendo las 19:00 horas, una vez suministrada la comida a todos los internos del pabellón se procedió a encerrarlos en sus respectivos pasillos, la situación en ese momento se encontraba normal y controlada.

(...)

Posteriormente, siendo aproximadamente las 21:10 horas, se presentan riñas y desordenes en el interior del pasillo 7 del pabellón B, intentando de manera inmediata el personal de guardia controlar la situación pero fue difícil con ocasión que los internos iniciaron la quema de colchonetas en la puerta de ingreso del pasillo, provocando cortos eléctricos que energizaron las rejas y que trasladaron el fuego a todo el pasillo inmediatamente el personal de guardia acudió con extintores y demás elementos para auxiliar al personal de internos, pero debido al alto número

de colchoneta, a la madera y a los enceres, el fuego se propago de manera fuerte, observando esta grave situación se activó el plan de emergencia, por consiguiente se solicitó apoyo a los organismos de emergencia (Bomberos, defensa civil, cruz roja y secretaria de salud distrital) quienes acudieron al establecimiento e ingresaron hasta el interior del pasillo 7 para extinguir el fuego, igualmente los organismos de seguridad como la Policía Nacional hizo presencia inmediata en el Establecimiento garantizando la seguridad externa del establecimiento.

(...)

Una vez los organismos de socorro ingresaron al establecimiento se inició con el traslado de los internos más graves a los diferentes centros hospitalarios de la ciudad con apoyo y escolta de Policía Nacional.

Siendo las 04:00 horas del 28 de enero de 2014; hizo el Grupo de Reacción inmediata GRI del INPEC, quienes ingresaron al interior del pabellón B con el fin de retomar el control interno, seguidamente ingreso el personal de la Policía Judicial de la SIJIN, con el fin de realizar la inspección del lugar de los hechos y efectuar el levantamiento técnico de cadáveres, donde fueron hallados 06 cuerpos sin vida, procedimiento que igualmente se efectuó el Hospital Niño Jesús donde se efectuó el levantamiento de 04 cadáveres, todos ellos trasladados hasta el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses para su plena identificación.

(...)

La dirección del establecimiento, una vez controlada la situación y verificada cada una de las instituciones hospitalarias donde se remitieron los internos, procedió a difundir a los diferentes organismos y medios de comunicación los listados de internos heridos y hospitalizados y el listado de internos que fallecieron por causas del incendio, igualmente se ordenó al área de sanidad la atención prioritaria de los internos del pabellón B que no tienen heridas de gravedad.

Por orden de la Dirección General del INPEC y la Dirección Regional Norte, se procedió a trasladar a 60 internos del pabellón B para el Establecimiento penitenciario del Bosque de Barranquilla con el fin de disminuir el índice de hacinamiento.” (fl. 28 al 32 c1)

- Informe pericial de necropsia No. 2014010108001000147 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, del 6 de febrero de 2014, en el que se señalaron como datos del acta de inspección los siguientes:

“(...) se trata del caso de un hombre que sufrió quemaduras por fuego, al interior de la Cárcel Modelo, ubicada en la ciudad de Barranquilla, el 27 de enero de 2014. Tras los hechos fue llevado a centro Asistencial, donde recibe atención medica pero a pesar de esta fallece el día 06 de febrero de 2014.

La autoridad aporta fotocopia de epicrisis de atención de la IPS Universitaria de donde se extraen los siguientes datos: “Paciente en malas condiciones generales, con diagnósticos anotados y descritos. Manejo por medicina intensiva, Se indica traslado al quirófano para realización de escarectomia avulsiva. Paciente con quemadura del 70% de área de superficie corporal total en malas condiciones generales presentando quemaduras limpias, secas, en proceso de epitelizacion, con curativos compresivos con fitostimoline... Cuadro de paro cardiopulmonar a las 5+50, en ritomo asistolia, se inicia masaje cardiaco de bloqueo AV se administra atoporina, entra en asistolia, líquidos endovenosos a chorro, se administra bicarbonato, se continua con masaje cardiopulmonar sin respuesta, pupilas plenas, no reactivas, se declara fallido a las 06:00”.

(...)

Causa básica de muerte: Quemaduras por Fuego.

Manera de muerte: Homicidio

La necropsia documenta quemaduras por fuego de II y III grado, comprometiendo el 70% de la superficie corporal (cara, tórax, abdomen y extremidades), con signos de intervención médica reciente. El examen interno documenta foco infeccioso pulmonar el cual asociado al edema pulmonar explica la muerte por insuficiencia respiratoria aguda, eventos patológicos inducidos por la quemadura. (...) “Cadáver de recluso adulto, que padece quemaduras producto de incendio carcelario y fallece dentro de Centro Hospitalario Adela de Char, en el décimo día, a consecuencia según la autopsia de síndrome de dificultad respiratoria Aguda de adulto (pulmón de shock) inducido por Quemadura de segundo y tercer grado con extensión del 70% de superficie corporal “. No se documentan signos de enfermedad natural. Se descarta otra patología diferente del trauma causante de la muerte del hombre. Los anteriores hallazgos son consistentes con los datos aportados en el Acta de inspección a cadáver y en la historia clínica y se correlacionan con lo documentado por la autoridad en el Acta de inspección del cadáver.” (fl. 29 al 39 c2 Subrayado y suspensivos fuera de texto)

- Informe rendido por la Policía Judicial ECBA – JP, el 13 de febrero de 2014, en el cual se señaló:

“Una vez controlado el pabellón ingreso el personal de la SIJUN, con el fin de realizar la inspección al lugar de los hechos e inspección técnica a cadáver, donde fueron sacados seis cuerpos sin vida, al mismo tiempo en el hospital niño Jesús se realizó la inspección técnica al cadáver a cuatro cuerpos más, para un total de diez cuerpos que fueron trasladados hasta las instalaciones de medicina legal y ciencias forenses de la ciudad para la respectiva identificación de cada uno y hasta la fecha del día de hoy 13 de febrero del año en curso hay un total de 17 muertos a causa del voraz incendio”(fl. 25 c1)

- Sentencia de acción de tutela No. 08001220400020140004300, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, del 25 de marzo de 2014, mediante la cual se ordena al INPEC, realizar los trámites correspondiente en aras de desarrollar un plan integral de acciones administrativas y presupuestales encaminadas al traslado y reubicación de los internos del Establecimiento Penitenciario de Barranquilla “El Bosque” y el Establecimiento Carcelario de Sabanalarga- ERE – con el propósito de disminuir el hacinamiento. (fl 75 al 101 c 2)
- Sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, a través de la cual se revocó la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, del 25 de marzo de 2014, y en su lugar, fue declarada improcedente. (fl 109 al 114 c2)
- Certificación emanada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, del 17 de junio de 2015, en el que se señaló:

“El señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU (F) identificado con cedula de ciudadanía No 72.223.359 estuvo recluso en este establecimiento Carcelario desde el día 12 de junio de 2013, hasta el día

06 de febrero de 2014, Baja por Muerte con ocasión a los hechos ocurridos el día 27 de enero de 2014, quien se encontraba alojado en el PATRIO B, condenado por el delito de hurto y fabricación tráfico y porte de armas de fuego o municiones, por el juzgado 1 Penal Municipal de Barranquilla – Atlántico, con radicado No 2009-01645-00” (fl. 35 c2)

- Proceso penal No. 080016001055201400938, adelantado por la Fiscalía General de la Nación, con ocasión de la muerte de varios reclusos en el Establecimiento Carcelario de Barranquilla “Modelo”. de los que se resaltan los testimonios rendidos por MANUEL OROZCO RODRIGUEZ y RICAR FRANCISCO DURAN CANO.
- Cartilla Biográfica del Interno PEREZ GRAU FRANCISCO, en el que se resalta la conducta ejemplar y buena del recluso durante el tiempo que estuvo recluso. (FL. 13 AL 15 C1)

6.4.1.4. Acervo probatorio en contexto del cual, contrastado el debate que se suscita en esta instancia, según se decantó al fijar los límites de esta Sala de Decisión al abordar la solución del recurso de alzada, asumen como relevantes los siguientes **hechos probados**:

El 27 de enero de 2014, se realizaron en el Establecimiento Carcelario de la ciudad de Barranquilla, una serie de operativos de requisa y control rutinario al pabellón B, por los guardas del lugar, incautando armas de fabricación carcelaria, celulares y droga; acciones estas que conllevaron a que entre internos se suscitara una riña, por la inculpación de dichos operativos y sus hallazgos.

Con ocasión de la disputa entre reclusos del pasillo 7 pabellón B, la guardia intento controlar la situación, sin embargo, esta se complicó por cuanto los internos iniciaron la quema de colchonetas en la puerta de ingreso del pasillo, provocando cortos eléctricos que energizaron las rejas y que trasladaron el fuego a todo el pasillo.

La guardia intento controlar las llamas con extintores y demás elementos para auxiliar al personal de internos, pero debido al alto número de colchonetas, a la madera y a los enceres, el fuego se propago resultando deficientes los extintores con los que contaban, motivo por el cual se solicitó apoyo a los organismos de emergencia (bomberos, defensa civil, cruz roja y Secretaria de Salud Distrital) quienes acudieron al establecimiento e ingresaron hasta el interior del pasillo 7 pabellón B, para extinguir el fuego, igualmente los organismos de seguridad como la Policía Nacional hizo presencia inmediata en el Establecimiento garantizando la seguridad externa del reclusorio.

A causa del fuego suscitado al interior del Establecimiento Carcelario, el recluso FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, sufrió graves quemaduras, siendo trasladado al Hospital Adela de Char, y diez días después de su ingreso presenta el síndrome de dificultad respiratoria Aguda de adulto (pulmón de shock) inducido por Quemadura de segundo y tercer grado con extensión del 70% de superficie corporal, al que deviene su deceso.

6.4.2- Análisis del caso concreto y decisión

6.4.2.1- En esta instancia, contrastados los argumentos de alzada, el debate gravita en torno a la imputabilidad del daño a la accionada y precisa

determinar el título de imputación aplicable. Secuencia en la que cabe señalar que conforme a los medios de prueba arrimados a la foliatura, existe certidumbre respecto a que el interno FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, sufrió graves quemaduras con ocasión al incendio que se presentó el 27 de enero de 2014, en el Establecimiento Carcelario Modelo de la ciudad de Barranquilla, y remitido al Hospital Adela de Char, falleció el día 06 de febrero siguiente, esto es, diez (10) días después de su ingreso al centro hospitalario, a causa de síndrome de dificultad respiratoria Aguda de adulto (pulmón de shock) inducido por quemaduras de segundo y tercer grado con extensión del 70% de superficie corporal.

En este orden de ideas y atendiendo a que la muerte del señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU, acaeció mientras se encontraba recluido en el centro Penitenciario y Carcelario la Modelo de Barranquilla y por causas que sublevar las limitaciones propias de la reclusión, destaca que el Estado a través del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, tenía una responsabilidad de resultado como garante de su vida e integridad personal, en teoría del depósito y por razón de la relación especial de sujeción que vinculaba al señor PEREZ GRAU en razón a su condición de persona privada de la libertad.

Es así que en principio se avizora aplicable el régimen objetivo de responsabilidad, no obstante y establecida la existencia de falla en el servicio, es este el título de imputación aplicable al sub-lite, como de manera acertada implementó el A Quo.

En efecto, se encuentra acreditado que en la riña presentada al interior del patio 7 pasillo B, los internos se encontraban armados, tal como consta en el extracto del libro de minuta de guardia, del 27 de enero de 2014, a las 21:40 horas, en el que se señaló, que al intentar retomar el control por parte de los guardias, se vio obstaculizada su incursión por reclusos que **“salen con armas blancas de fabricación carcelaria, con el tamaño aproximado de un machete, alterados y con intención de agredir al funcionario”**,

Aunado a lo anterior, se advierte que los extinguidores con que contaba el centro de reclusión cárcel Modelo de Barranquilla, se encontraban averiados y los pocos con los que se contaban resultaron insuficientes, tal como se señaló en el extracto del libro de minuta de guardia, en el cual se estableció ***“extintores que al tratar de accionarlos, la mayoría se hallaban averiados”*** y ***“Cuando la guardia ingreso a intentar apagar el fuego pero los extintores que servían no dieron abasto para mitigar las llamas”***, quiere significarse entonces que el centro carcelario no se encontraba preparado para atender una emergencia como un incendio, pues no contaba con los suficientes extintores para evitar la propagación del mismo y además algunos de ellos se encontraban obsoletos.

Por demás, advierte contraevidente el argumento de la demandada-apelante conforme al cual, son desacertadas las conclusiones del A Quo, en punto de afirmar que en el Establecimiento Carcelario Modelo de Barranquilla había hacinamiento, como quiera que en fundamento de ello obra comunicación del Secretario Distrital de Gobierno de Barranquilla, informando que para el 13 de enero de 2014, el INPEC se encontraba adelantando acciones en aras de suscribir convenio interadministrativo con la finalidad de superar el fenómeno de hacinamiento; asimismo, el Informe de novedad rendido el 30 de enero de 2014 por el Director del Establecimiento Carcelario de Barranquilla, conforme al cual, por orden de la Dirección General y la Dirección Regional Norte del INPEC, se trasladaron a sesenta (60) internos del pabellón B para el Establecimiento Penitenciario del Bosque de Barranquilla con el fin de disminuir el índice de hacinamiento.

De contera, asume para esta Sala de Decisión, que las conclusiones a las que arribo el A Quo, corresponden a lo probado dentro del plenario y resulta infundada la

réplica del recurrente.

6.4.2.2. De la existencia del excluyente hecho de un tercero, solo alegó la accionada con ocasión del recurso de alzada sub-lite, contingencia que impide su abordamiento en esta instancia, por cuanto conllevaría violación al debido proceso de la activa, aunque advierte en gracia de discusión, que el incendio iniciado por algunos de los reclusos, no fue la única ni exclusiva causa de producción del daño cuya indemnización se reclama, como quiera que conforme ha venido decantando y acredita la realidad procesal, concurren otras circunstancias tales como la obstrucción de ayuda por encontrarse los internos armados, la falta de extintores para controlar la propagación del fuego y la ubicación de las rejas y ventanas bajo fluido eléctrico que en conjunto impidieron la atención inmediata y oportuna por parte de la guardia.

En conclusión, por los motivos antes expuestos, esta Sala de decisión confirmara la sentencia de primera instancia, en el sentido de encontrar responsable al INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC de los perjuicios causados a los demandantes con la muerte del señor FRANCISCO ALBERTO PEREZ GRAU.

6.4.3- Sin condena en costas

El artículo 188 del CPACA¹⁵, no contiene imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”¹⁶, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

De contera, en los asuntos de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, y fortalece conjugado que esta jurisdicción tiene como objeto, conforme prescribe el artículo 103 del C.P.A.C.A., la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, y resulta adverso al alcance material de tales garantías, exigir al demandante, so pena de condena en costas, que sólo acuda al juez cuando tenga plena certeza de su derecho, y a la parte accionada, que en el evento de incertidumbre sobre la legalidad de su actuar, se allane a la demanda.

Admitir en contrario, ello es, que en jurisdicción contencioso administrativa al igual que en la ordinaria, la parte vencida se condena en costas, es desconocer que en este tópico, la norma especial reglamenta en una y otra jurisdicción de manera distinta. Es así que el artículo 365 del Código General del Proceso:

“(...) En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica,

¹⁵ “CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia **dispondrá** sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

¹⁶ Ver www.rae.es

anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...)

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...)

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)"

En secuencia de que la condena en costas en jurisdicción contencioso administrativa no deviene como efecto de resultar vencido en el proceso, corresponde al juez de conocimiento realizar juicio sobre su procedencia y en tal labor acometer valoración sobre su real causación. Al respecto es de interés que la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2013, al hacer control de exequibilidad sobre los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, decantó que:

"(...) La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra." (negrilla fuera de texto)

Hermenéutica que ha sido acogida por el H Consejo de Estado, conforme a cuyo antecedente¹⁷, la condena en costas se condiciona a la existencia de prueba que lo justifique, en cuanto acredite que la parte vencedora asumió gastos con ocasión del proceso, y los mismos resultaron necesarios.

En el caso sub iudice, la pasiva resultó vencida en primera instancia y en apelación, no se argumentó de manera expresa por el recurrente la solicitud de liberarla de condena en costas, no obstante en orden de las valoraciones que anteceden y contrastado que trata de asunto regido por la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, asume relevancia que no media prueba que justifique la condena en costas.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 12 de noviembre de 2015, Radicación: 73001233300020130000501 (20801), Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño de Valencia

De contera, **la Sala revocará la condena en costas proferida en la sentencia de primera instancia.**

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Revocar el numeral séptimo de la sentencia proferida el catorce (14) de julio de 2016, por el Juzgado Treinta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás sentencia proferida catorce (14) de julio de 2016, por el Juzgado Treinta y Siete Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá,, pero por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO: En firme esta providencia devuélvase al despacho de origen

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

Ly