



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1250  
(ART. 323 C. P. C.)**

**CLASE DE PROCESO : ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**

**MAGISTRADO PONENTE-DR : JÓRGÉ ELIECÉR FANDIÑO GALLO**

**DEMANDANTE : GRANPORTUARIA S-A**

**DEMANDADO : U-A-E DIAN**

**RADICADO J. XXI : 13-001-23-31-004-2005-01319-01**

**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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN No. 1 -**

Cartagena D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante : **Granportuaria S.A.**  
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**  
Expediente : **13-001-23-31-004-2005-01319-01**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 29 de febrero de 2012, por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Granportuaria S.A., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderado judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que se declare la nulidad de los actos administrativos denominados Requerimiento Especial Aduanero 000483 de 02 de septiembre de 2004, por medio del cual, la DIAN propone una

sanción contra la parte demandante; Resolución 002313 de 19 de noviembre de 2004, mediante la cual, impone la sanción propuesta y, Resolución 000219 de 14 de febrero de 2005, a través de la cual, fue resuelto el recurso de reconsideración interpuesto contra la anterior decisión; actos administrativos proferidos por el Grupo Infracciones de la División de Fiscalización, la División de Liquidación y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene al ente demandado devolverle los dineros que llegaren a ser cancelados en desarrollo del cobro coactivo que intentare en su contra, suma que deberá ser indexada y sobre la cual deberán pagarse los respectivos intereses que se causen hasta el momento en que se verifique el pago íntegro de la misma. Además, pide que se ordene la cesación de los efectos de los actos censurados e igualmente se declare extinta la situación jurídica por ellos constituida.

Por último, pide que se dé aplicación al artículo 90 de la Constitución Nacional, iniciándose la correspondiente acción de repetición contra los funcionarios responsables y, además, que se dé cumplimiento a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

## HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Señala la parte actora, que celebró contrato de transporte multimodal con la Empresa Compumemory Ltda., para transportar una carga consistente en un contenedor de veinte (20) pies (1x20) "*Shipper Load, stow, weigh, count and seal*", lo que en traducción libre significa "*contenido contado, pesado, estibado y sellado por el embarcador*".

Afirma, que recibió el en el Puerto de Cartagena de Indias el Contenedor GLDU 013365-8 con Precinto 4573546, homologado por la autoridad aduanera de la misma ciudad y, luego, le fue autorizada la Continuación de Viaje 02069 con destino al Depósito Almicarga con fecha límite de finalización para el día 28 de noviembre de 2002.

En virtud de ello, el día 17 de noviembre de 2002 expidió el Documento de Transporte Multimodal USMIA14028 y relata además, que en ejecución del contrato de transporte hacia la ciudad de Bogotá, aproximadamente a las cuatro y treinta de la tarde (04:30 p.m.), el camión con placas SWC-380 que realizaba el traslado del contenedor mencionado anteriormente, fue interceptado por un grupo armado al margen de la ley a cinco (5) kilómetros del Municipio de Pailitas (Cesar), quienes además de retener al conductor, procedieron a hurtar la mercancía embalada en el contenedor, situación que fue denunciada ante el Cuerpo Técnico de la Fiscalía de Aguachica (Cesar).

Con posterioridad, el día 26 de noviembre de 2003, presentaron ante la autoridad aduanera de partida en la ciudad de Cartagena de Indias, un escrito explicativo de la pérdida de la mercancía por hurto, apelando a las causales eximentes de responsabilidad de fuerza mayor y caso fortuito.

Agrega, que garantizó el cumplimiento de sus obligaciones con la constitución de la Póliza de Seguros 26CU009006 con fecha de vencimiento del 13 de septiembre de 2004, otorgada por la Compañía Seguros Cóndor S.A.

Acto seguido, por medio de la Resolución 002313 de 19 de noviembre de 2004, la DIAN declara el incumplimiento de la obligación aduanera por parte de la sociedad demandante y le impone una sanción; decisión contra la cual, la parte demandante interpuso recurso de reconsideración, el cual, fue resuelto de forma desfavorable a sus intereses, mediante Resolución 000219 de 14 de febrero de 2005.

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda, expone que el Requerimiento Especial Aduanero 000483 de 02 de septiembre de 2004 fue emitido con ausencia de competencia en razón del tiempo. Que el Estatuto Aduanero establece un término de treinta (30) días para que la administración emita dicho acto, plazo que marca el límite de su competencia para expedirlo, pero si se deja vencer dicho término pierde la competencia para ello y, en el caso de marras, el requerimiento especial aduanero fue emitido después de haber transcurrido quinientos diez (510) días al vencimiento del plazo legal para ello.

Arguye, que en el presente asunto la entidad accionada vulneró el principio “*non bis in idem*”, al haber sido sancionada dos veces por el mismo hecho, por la misma causa y por la misma carga, tal como se puede corroborar con el hecho de existir otra demandada ante esta jurisdicción admitida por esta corporación en el mes de septiembre de 2004. Según su dicho, los actos demandados son violatorios del artículo 29 de la Constitución Nacional, porque la DIAN ya le había sancionado por las mismas circunstancias mediante Resolución 002547 de 15 de diciembre de 2003.

Explica, que obró según los postulados de la buena fe y su conducta desde ningún punto de vista engendró un daño al fisco, situación que a su juicio constituye un eximente de responsabilidad, ya que no se vulneró ningún bien jurídico por cuanto su actuar estuvo enmarcado en la diligencia y el cuidado propio de aquél que conoce las funciones que debe desempeñar en el desarrollo de la actividad que lleva a cabo.

Que el literal b) del artículo 2º del Decreto 2685 de 1999, establece el principio de justicia como orientador de la función aduanera, el cual, señala de manera irrestricta que al usuario aduanero no se le puede exigir más de aquello que la misma ley pretende, enunciado que resulta fundamental en el *sub lite*, puesto que considera que se le ha exigido el cumplimiento de una variedad ilimitada de requisitos, como por ejemplo la irreflexiva exigencia de anteponer

la vida humana en el irresistible hecho acaecido de hurto, exigencia que a su parecer le resulta totalmente ajena y se encuentra por fuera de su ámbito de manejo, vislumbrándose que se le está obligando a cumplir lo imposible.

Considera, que se deben evaluar las circunstancias de excepción que permitan exonerar el acatamiento de las obligaciones del operador de transporte multimodal o justificar su incumplimiento, atendiendo principios como los de equidad y justicia para probar causales eximentes de responsabilidad como el caso fortuito o la fuerza mayor.

Por otro lado, dice que adoptó medidas razonables para dar cumplimiento al contrato de transporte multimodal y demás obligaciones aduaneras que le asistían, entre las que destaca: i) transitar únicamente en horas diurnas, ii) contacto que el conductor hacía en cada puesto de control establecido por Granportuaria S.A. y, iii) dio instrucciones claras para que se procediera a ordenar el acompañamiento del camión durante el viaje.

Concluye diciendo, que la configuración de la fuerza mayor fue demostrada ante la autoridad aduanera y, además, se probó que el hurto había sido imprevisible; que ante la siniestra escena no fue posible resistir, ni aún a pesar de superponer la vida como al parecer es la irreflexiva exigencia de la administración, hechos que afirma fueron irresponsablemente desconocidos por la DIAN.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue admitida por esta corporación, mediante auto de 07 de septiembre de 2005 (fl.175), siendo notificada al Director General de la DIAN a través del Administrador Seccional en la ciudad de Cartagena de Indias (fl.184) y al Agente del Ministerio Público. Acto seguido, con proveído de 03 de noviembre de 2005 (fl.183), se ordenó la vinculación de la Compañía

Seguros Cóndor S.A., la cual, fue notificada personalmente, tal como puede corroborarse a folio 236 del expediente.

Luego, en virtud de la entrada en funcionamiento de los juzgados administrativos, el proceso fue remitido a los mismos, correspondiéndole por reparto al Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.185), el cual, aprehendió su conocimiento con auto del 19 de febrero de 2007 (fls.186 – 187).

En la oportunidad legal, la compañía aseguradora presentó memorial mediante el cual coadyuva las pretensiones y fundamentos fácticos y jurídicos en que se sustenta la demanda (fls.339 – 344), adicionando que se declare la improcedencia de hacer efectiva la Póliza de Cumplimiento 026-CU009006 y que se condene a la entidad demandada al pago de costas, así como también, al reconocimiento y pago de los perjuicios que le sean ocasionados y se le ordene restituirle los dineros pagados o que llegare a pagar en virtud de lo dispuesto en los actos demandados.

Dentro del término de fijación en lista, la entidad accionada contestó la demanda (fls.345 – 363), expresando que la Continuación de Viaje 02069 de 22 de noviembre de 2002, autorizada a la sociedad demandante, señala claramente que la cantidad de mercancía a transportar constaba de quinientos noventa y ocho (598) bultos, pero la misma no llegó a su destino.

Alega, que la sanción impuesta a la parte actora se encuentra tipificada en el numeral 3.1.2 del artículo 497 del Decreto 2685 de 1999, consistente en “*No entregar la mercancía al depósito o Zona Franca*”.

En lo que concierne a la vulneración del principio “*non bis in idem*”, explica que la resolución a la que se refiere el accionante fue expedida con la finalidad de sancionarla por el faltante de la mercancía que no llegó a su destino, pero en lo concerniente al pago de tributos aduaneros, a diferencia de la sanción de

la cual pretende la nulidad en el caso de marras, que tiene que ver con el incumplimiento de su obligación como transportador por el no arribo de la mercancía a su destino, consagrado en la disposición previamente trascrita.

Esgrime, que la administración no considera el hurto que supuestamente ocurrió sobre la mercancía en tránsito como una causal eximente de responsabilidad, puesto que no se configuran los tres (3) elementos necesarios para ello, como tampoco la inmediatez en la presentación del denuncia para que la autoridad competente tomara medidas de reacción para impedir o revertir el ilícito. Que no basta con acreditar la ocurrencia del hurto para que se configure la fuerza mayor, ya que la denuncia penal en un momento dado probaría el acaecimiento del hurto pero no la fuerza mayor o caso fortuito, siendo lo pertinente demostrar que a pesar de haber tomado todas las medidas de seguridad tendientes a evitar un suceso como la piratería terrestre, este no se pudo evadir por lo imprevisible e irresistible del mismo.

En cuanto al cargo de violación del principio de justicia, manifiesta que de la normatividad aplicable al caso concreto se puede concluir que es responsabilidad del transportador entregar la mercancía con la misma cantidad a la que salió de la aduana de partida, por lo que considera que no se le está exigiendo más de lo que el ordenamiento jurídico pretende. Que no es cierto que con esta conducta no se cause ningún daño al Estado, ya que la mercancía faltante aún no ha cancelado los tributos aduaneros que se generan por su introducción a territorio nacional.

Añade, respecto al cargo de falta de competencia temporal para proferir el requerimiento especial aduanero, que este argumento configura una discusión diferente a la planteada en vía gubernativa en la medida en que en aquella oportunidad el argumento fue *"SILENCIO POSITIVO POR EXPEDICIÓN DEL REQUERIMIENTO ADUANERO POR FUERA DE LOS 30 DÍAS"* con los que contaba la administración para ello, lo que a su juicio constituye una clara violación al derecho de defensa de la administración en la medida de que ésta



no ha tenido oportunidad de defender su posición o contradecir al administrado en vía gubernativa sobre este argumento.

Aunado a ello, dice que en el presente caso no se ha configurado la caducidad del término para expedir el requerimiento especial aduanero, toda vez, que los hechos ocurrieron en el año 2002, fecha en la que debió llegar la mercancía a su lugar de destino y la resolución sanción fue expedida el 19 de noviembre de 2004, es decir, dentro de la oportunidad legal para ello.

Finalmente, propone las excepciones de *“INEPTA DEMANDA – CON LA DEMANDA SE ESTÁN ALEGANDO HECHOS NUEVOS NO DISCUTIDOS EN VÍA GUBERNATIVA”* e *“INDEBIDO AGOTAMIENTO DE LA VÍA GUBERNATIVA CON RELACIÓN A LOS HECHOS NO ALEGADOS EN LA MISMA”*, basadas ambas en que en la demanda se plantean hechos sobre los que la DIAN no tuvo oportunidad de pronunciarse en vía gubernativa como son la buena fe, principio de justicia, gradualidad, proporcionalidad, razonabilidad y ausencia de competencia para proferir el requerimiento especial aduanero.

Más adelante, en virtud de lo establecido en el Acuerdo PSAA11-8366 de 2011, expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el expediente fue redistribuido al Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena (fl.475), que aprehendió su conocimiento con auto del 31 de octubre de 2011 (fl.476).

Mediante auto de fecha 31 de octubre de 2011 (fls.477 – 478), el juzgado decretó la apertura del periodo probatorio y, acto seguido, con proveído de 26 de enero de 2012 (fl.607), ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, término dentro del cual, la parte demandada reiteró los argumentos expuestos en su defensa (fls.608 – 613); la parte demandante no presentó alegatos en dicha oportunidad; el Ministerio Público guardó silencio.

## EL FALLO RECURRIDO

(fls.626 - 646)

En la sentencia de primera instancia la juez *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por las razones que a continuación resume la Sala:

En primer lugar, despacha desfavorablemente las excepciones propuestas y, acto seguido, señala que está demostrado que la administración excedió el límite de tiempo para proferir el Requerimiento Especial Aduanero 000483 de 02 de septiembre de 2004, pero no obstante haber incumplido dicho término, ello no genera *per se* la pérdida de competencia temporal para expedirlo, toda vez, que por ser un acto de trámite, que por ende, no pone fin a una actuación administrativa, ni crea, modifica o extingue una relación jurídica concreta, su omisión no puede aparejar como consecuencia la configuración del silencio administrativo positivo.

En cuanto al cargo de violación de los principios "*non bis in idem*" y justicia, estima en primer lugar, que no es cierto que la parte actora haya sido sancionada dos veces por el mismo hecho, puesto que si bien los actos enjuiciados derivan de unas mismas circunstancias fácticas, los mismos obedecen a situaciones diferentes dentro de una misma operación de transporte multimodal, ya que la Resolución 002547 de 15 de diciembre de 2003 está dirigida a obtener el pago de los tributos suspendidos durante la operación de tránsito, situación que tiene fundamento en el artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, mientras que las Resoluciones 002319 de 19 de noviembre de 2004 y 000219 de 14 de febrero de 2005, se expidieron como consecuencia de la no finalización de la operación aduanera, concretándose dicha conducta en la no entrega de la mercancía en la aduana de destino, tal como lo indica el numeral 3.1.2 del artículo 497 *ibidem*.

Por otro lado, plantea que luego de ser revisado el material probatorio obrante en la foliatura, se encuentra rebatido lo sostenido por la sociedad demandante

en lo atinente a las medidas razonables por ella adoptada tendientes a prever el acaecimiento del hurto, a fin de estructurar la causal eximente de responsabilidad por fuerza mayor. Asevera, que no están acreditadas en el expediente las medidas tomadas para cumplir con la operación de transporte multimodal, ni se hace evidente que hayan adoptado mecanismos de prevención para la custodia de la mercancía, concluyendo que la sola denuncia penal presentada no tiene la suficiente entidad para acreditar la irresistibilidad, pues esta es una narrativa del resultado final, sin que de la misma se pueda evidenciar que el obligado no haya podido resistirlo, habiendo adoptado medidas tendientes a evitarlo.

Concluye, que las circunstancias aducidas como justificación al incumplimiento de la obligación, no reúnen los elementos de irresistibilidad e imprevisibilidad, cuya presencia en forma concurrente, permitan estructurar el fenómeno jurídico de la fuerza mayor.

### **SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN** **(fls.654 – 659)**

Los motivos de inconformidad expuestos por la parte demandante, se contraen a los siguientes aspectos:

En primer lugar, expresa que según la normatividad aplicable prevista en el Decreto 2685 de 1999, la DIAN dispone de treinta (30) días para expedir el requerimiento especial aduanero, luego que tenga establecida la presunta comisión de la infracción administrativa aduanera. Que en este caso la mercancía objeto del transporte multimodal, fue hurtada por un grupo de delincuentes armados el día 24 de noviembre de 2002 a cinco (5) kilómetros del Municipio de Pailitas (Cesar), lo cual, fue puesto en conocimiento de la autoridad aduanera el día 26 del mismo mes y año, fecha a partir de la cual, comenzó a correr el término para expedir el referido acto.

Alega, que el requerimiento especial aduanero sólo fue proferido hasta el día 02 de septiembre de 2004, esto es, un (1) año y dos (2) meses después que la administración tuvo certeza de la posible comisión de una infracción aduanera, lo que pone en evidencia que superó con creces el término otorgado por el ordenamiento jurídico y, añade, que los actos posteriores fueron expedidos a partir de una actuación originada por un acto expedido por la administración cuando temporalmente carecía de competencia, por lo que considera que es atentatorio contra el principio de buena fe y seguridad jurídica que la administración avale actuaciones viciadas de nulidad.

Finaliza diciendo, que el hurto de la mercancía se llevó a cabo sin que el personal de seguridad pudiera contrarrestar el asalto ni mucho menos evitar su acaecimiento y pese a las medidas de seguridad adoptadas fue imposible evitar el ilícito, hecho que fue denunciado ante el Cuerpo Técnico de la Fiscalía de Aguachica (Cesar) el día 25 de noviembre de 2002 y ampliada el 03 de diciembre siguiente. Que el asalto es un hecho que si bien es susceptible de presentarse no fue previsible en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de ocurrencia, mucho menos resistible debido a la violencia con que fuera ejecutado, razón para considerarlo como un hecho constituyente de fuerza mayor que escapa del control que la sociedad demandante tenía en ese momento de la operación.

### **TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El recurso de apelación presentado por la parte demandante fue concedido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante auto de fecha 11 de abril de 2012 (fl.661).

Por medio de proveído de 28 de junio de 2012 (fl.664), fue admitido el recurso de apelación y, posteriormente, a través de auto de 16 de enero de 2013 (fl.666), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto; término dentro del cual,

la parte demandada reitera los argumentos expuestos en las distintas etapas procesales (fls.667 – 672); la parte demandante a su vez, mantiene las razones del recurso de alzada (fls.681 – 683). El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### PROBLEMAS JURÍDICOS<sup>1</sup>.

¿Carece de competencia temporal la administración aduanera para expedir requerimiento especial aduanero, cuando se profiere por fuera del término establecido en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999?

¿El hurto de la mercancía transportada, da lugar a la configuración de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad del operador de transporte multimodal?

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte demandante, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

- **¿Carece de competencia temporal la administración aduanera para expedir requerimiento especial aduanero, cuando se profiere por fuera del término establecido en el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999?**

La competencia es la atribución expresa conferida por la Constitución Política o la ley a las autoridades para actuar en determinada forma, materializando a través de sus decisiones la manifestación de la voluntad de la administración.

---

<sup>1</sup> En este fallo se sigue en su integridad lo expuesto en las siguientes sentencias: 16 de mayo de 2013, Exp. 005-20-1-00159-01, 30 de mayo de 2013, Exp. 004-2005-01046-01, 30 de mayo de 2013, Exp. 013-2005-01264-02, entre otros, con ponencia del Magistrado Jorge Héctor Faudrino Gallo.

Desde la óptica del Estado de Derecho y su expresión más evidente que es el principio de legalidad, éste elemento es el inicio del proceso de formación del acto administrativo y a partir del cual se edifican las demás partes que lo estructuran, de suerte que sin la competencia no puede concebirse la más mínima expresión de voluntad del Estado.

De igual forma, la competencia involucra variantes que la determinan, como son el territorio, la función y el tiempo, que dan origen a la clasificación territorial, funcional y temporal de la misma. La primera, hace alusión al espacio geográfico sobre el cual pueden extenderse los efectos del acto y que limitan su exigibilidad. La segunda, se refiere al aspecto material que consulta la naturaleza de la función desplegada asignada a determinada autoridad. Por su parte, la tercera se relaciona con la vigencia en que pueden desarrollarse las atribuciones otorgadas, de suerte que su duración está limitada en el tiempo.

Descendiendo al caso concreto, se observa, que la parte actora considera que la entidad accionada carece de competencia para expedir el requerimiento especial aduanero que dio origen a los actos administrativo demandados, advirtiendo que fue proferido por fuera del término legal establecido para ello.

Sobre este tópico, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa a través de su jurisprudencia ha precisado<sup>2</sup>:

*“...en general, los términos procesales que tiene el Estado para proferir las decisiones correspondientes son términos de tipo perentorio pero no necesariamente preclusivos. Es decir que, así esté vencido un plazo, la decisión correspondiente resulta válida y eficaz, salvo que el legislador expresamente haya consagrado otra disposición como cuando estipula la preclusión del término en el sentido de indicar que la Administración pierde competencia para decidir y que, en su lugar, surja el acto ficto o presunto favorable al administrado. El vencimiento de los plazos meramente perentorios*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 12 de abril de 2012, Exp. 17497, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barceñas.

puede implicar la responsabilidad personal del agente que se ha demorado en tomar la decisión pero no afecta la validez de la decisión misma. Ese tipo de plazos son los más comunes en el derecho procesal, como por ejemplo, el plazo para dictar la sentencia que instituye tanto el C.C.A. como el C.P.C. Así esté vencido el plazo, la sentencia es válida y eficaz, sin perjuicio de que pueda existir en un momento dado responsabilidad personal del funcionario judicial si el vencimiento del plazo ocurrió injustificadamente

En general, las normas de competencia temporal, esto es, por razón del tiempo, que es el tema que subyace en un plazo legal para producir una decisión **deben interpretarse a favor de la competencia misma.** Así, sólo cuando está expresamente previsto otro efecto, el vencimiento del plazo no comporta siempre y necesariamente un caso de silencio administrativo positivo y mucho menos de nulidad de los actos administrativos

En el caso concreto no se discute, porque es un hecho reconocido por ambas partes, que la DIAN expidió el requerimiento especial aduanero por fuera del término de los 30 días a que alude el artículo 509 del Decreto 2685 de 1999. Pero también es un hecho cierto, y no desvirtuado por la parte actora, que la DIAN inició la actuación administrativa para formular la liquidación oficial de revisión de valor dentro del término de firmeza de las correspondientes declaraciones de importación. Estas circunstancias de hecho indican que la DIAN actuó con competencia, pues lo hizo dentro de los plazos legalmente establecidos y, por tanto, no violó el derecho al debido proceso. El desconocimiento del término perentorio de los 30 días, como se comentó, podría implicar la responsabilidad personal del agente que expidió el acto de trámite pero jamás implica la nulidad de las actuaciones surtidas con posterioridad a la expedición de ese requerimiento, con mayor razón si el requerimiento se expide en otra de las oportunidades procesales que prevé la ley para el efecto..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Resulta menester entonces, traer a colación el texto del artículo 509 del Decreto 2685 de 1999, para verificar si el mismo contempla de manera inequívoca la pérdida de competencia temporal, al no ser proferido el requerimiento especial aduanero dentro del término de treinta (30) días allí previsto:

*“Artículo 509. Término para la formulación del requerimiento especial aduanero y contenido del mismo. Establecida la presunta comisión de una infracción administrativa aduanera, o surtidos los trámites de aprehensión, reconocimiento y avalúo de una mercancía, o identificadas las causales que dan lugar a la expedición de Liquidaciones Oficiales; la autoridad aduanera dispondrá de treinta (30) días para formular Requerimiento Especial Aduanero, el cual deberá contener como mínimo: la identificación del destinatario del requerimiento; relación detallada de los hechos u omisiones constitutivos de la infracción aduanera o propuesta de Liquidación Oficial, causal de aprehensión y avalúo de la mercancía; las pruebas practicadas, las normas presuntamente infringidas, término para dar respuesta al Requerimiento y sanción que se propone, si procede.”*

Tal como quedó demostrado, no existe norma específica que consagre expresamente la pérdida de competencia temporal por parte de la autoridad aduanera, al proferir el requerimiento especial aduanero por fuera del término legal que establece el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la parte recurrente aduce que el tiempo para emitir el requerimiento especial aduanero debía ser contabilizado a partir de cuando se estableció la presunta comisión de la infracción aduanera, lo cual, ocurrió el día en que tuvo conocimiento del hurto de la mercancía sometida al régimen de transporte multimodal objeto de discusión.

Para la Sala, este argumento hace clara referencia a la caducidad de la acción sancionatoria administrativa, que se encuentra regulada de manera general en el artículo 38<sup>3</sup> del Código Contencioso Administrativo, según el cual, esta se produce transcurridos tres (3) años de haberse presentado la infracción. De igual forma, está prevista de manera especial en materia aduanera en el artículo 478<sup>4</sup> del Decreto 2685 de 1999, por el mismo término, con las

<sup>3</sup> “Artículo 38. Caducidad respecto de las sanciones. Salvo disposición especial en contrario, la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de producido el acto que presta ocasionarlas.”

<sup>4</sup> “Artículo 478. Caducidad de la acción administrativa sancionatoria. La acción administrativa sancionatoria prevista en este Decreto, caduca en el término de tres (3) años contados a partir de la comisión del hecho u omisión constitutivo de infracción administrativa.”



variantes atinentes a que cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal el momento en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo y, cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión.

En este caso, el momento en que la autoridad aduanera tuvo conocimiento de la infracción aduanera es el día 26 de noviembre de 2002, fecha en la que la parte actora le explicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hurto de la mercancía (fl.393). Por tanto, la expedición del Requerimiento Especial Aduanero 000482 el día 02 de septiembre de 2004, se hizo dentro del término máximo para tomar la decisión de fondo en el procedimiento administrativo sancionatorio, por lo que se concluye, que este punto de la apelación no tiene vocación de prosperar.

- **¿El hurto de la mercancía transportada, da lugar a la configuración de la fuerza mayor como causal eximente de responsabilidad del operador de transporte multimodal?**

La solución al debate planteado conlleva a establecer el alcance o contenido de la obligación que adquirió la parte actora en su calidad de operador de transporte multimodal de la mercancía sujeta al régimen de tránsito aduanero, objeto de debate.

El artículo 372 del Decreto 2685 de 1999, establece la responsabilidad de los operadores de transporte multimodal de la siguiente manera:

*“Artículo 372. Responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal. Sin perjuicio de las responsabilidades comerciales, el Operador de Transporte Multimodal será responsable por el pago de tributos aduaneros en caso de que*

---

*aduanera. Cuando no fuere posible determinar la fecha de ocurrencia del hecho, se tomará como tal la fecha en que las autoridades aduaneras hubieren tenido conocimiento del mismo. Cuando se trate de hechos de ejecución sucesiva o permanente, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia del último hecho u omisión.”*

la mercancía por él transportada se pierda, o se deteriore durante la vigencia de la operación en el territorio aduanero nacional, sin perjuicio de la responsabilidad por la no finalización de la operación en el tiempo autorizado por la Aduana de Ingreso." (Subrayado fuera de texto)

A su vez, el artículo 374 *ibidem*, prevé que la ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte de propiedad del operador autorizado, pero permite que estos subcontraten a empresas transportadoras para tales efectos, lo cual, no los exime de sus responsabilidades. Dicha disposición preceptúa:

*"Artículo 374 Autorización de la continuación de viaje Para la autorización de la Continuación de Viaje por el territorio aduanero nacional al amparo de un contrato de transporte multimodal, o cualquier documento que haga sus veces, deberá presentarse copia del documento de transporte en el que se especifique el destino final de las mercancías.*

La ejecución del transporte multimodal deberá realizarse en un medio de transporte perteneciente a los Operadores de Transporte Multimodal, cuyo control está a cargo del Ministerio de Transporte o subcontratados con empresas transportadoras legalmente constituidas. La subcontratación que realice el Operador de Transporte Multimodal para la ejecución de la operación, no lo exonera de su responsabilidad de finalizar la operación en el término autorizado por la Aduana de Partida y por el pago de los tributos aduaneros suspendidos en caso de pérdida de la mercancía..." (Subrayado fuera de texto)

Se debe tener en cuenta, que el Capítulo II del Título VIII del Estatuto Aduanero, no reglamenta todos los aspectos concernientes al incumplimiento de las obligaciones aduaneras que se encuentran en cabeza del operador de transporte multimodal, razón por la cual, en su artículo 389 remite al Capítulo I del mismo título, que regula el régimen de tránsito aduanero, así:

*"Artículo 389. Aspectos no regulados. A los aspectos aduaneros no regulados para las operaciones de transporte multimodal y de cabotaje, les serán*

*aplicables las disposiciones establecidas en este Decreto para el tránsito aduanero, en cuanto no les sean contrarias.”*

Por tanto, al remitirnos al capítulo en comento, se observa, que en lo atinente a las responsabilidades de los transportadores en el régimen de tránsito aduanero, señala lo siguiente:

*“Artículo 356. Responsabilidades...*

*...La empresa transportadora responderá ante la autoridad aduanera por la finalización del régimen dentro de los plazos autorizados y por la correcta ejecución de la operación de tránsito aduanero ”*

Resulta pertinente también, traer a colación la disposición referente a las infracciones y sanciones en que pueden incurrir los transportadores, vigente para la época de ocurrencia de los hechos debatidos, que en lo atinente al caso bajo estudio, establece:

*“Artículo 497. Infracciones aduaneras de los transportadores y sanciones aplicables. Las infracciones aduaneras en que pueden incurrir las empresas transportadoras y las sanciones asociadas a su comisión son las siguientes...*

*...3. En el Régimen de Tránsito Aduanero y en las operaciones de transporte multimodal:*

*3.1. Gravisimas...*

*...3.1.2. No entregar la mercancía al depósito o a la Zona Franca....”*  
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Luego de revisar las anteriores disposiciones, encuentra la Sala, que las responsabilidades de los operadores de transporte multimodal son las siguientes: i) el pago de tributos aduaneros en caso de que la mercancía por él transportada se pierda o se deteriore durante la vigencia de la operación en el

territorio aduanero nacional y, ii) la finalización de la operación en el tiempo autorizado por la aduana de ingreso de la mercancía procedente del extranjero.

Asimismo, responden como transportadores en el régimen de tránsito aduanero por la entrega de la mercancía con el cumplimiento de todas las exigencias legales dentro de los plazos autorizados.

Por otro lado, se tiene, que en el caso concreto, no se discute el incumplimiento por parte de la empresa demandante, toda vez, que el mismo se encuentra probado debido a que la mercancía no arribó a la aduana de destino; la controversia se centra entonces, en establecer si en el caso bajo análisis se configuró la causal eximente de responsabilidad de fuerza mayor alegada por la sociedad accionante.

En virtud de lo anterior, corresponde a esta judicatura analizar el material probatorio contenido en el expediente, con el fin de verificar si realmente la parte actora se encuentra amparada en la referida causal eximente de responsabilidad.

En el informativo se encuentra acreditado lo siguiente:

-fls.393: Memorial adiado el 26 de noviembre de 2002, suscrito por el Profesional de Operaciones Terrestres de Granportuaria S.A., mediante el cual, informan a la DIAN el acaecimiento del hurto de la mercancía y le allegan copia de la denuncia del referido ilícito.

-fls.394 – 396: Copia de la Denuncia 349 de 25 de noviembre de 2002, presentada por el señor Raúl Pérez Democon, identificado con cédula de ciudadanía 19.332.669 expedida en Bogotá, ante el Cuerpo Técnico de Investigación – Unidad Local de Aguachica (Cesar), quien era el conductor de otro camión diferente al que transportaba la mercancía objeto de controversia, pero que también fue víctima del mismo hecho delictuoso. En la referida

denuncia señala como otro perjudicado del delito al señor Cesar Álvarez Rodríguez, identificado con cédula de ciudadanía 79.123.134 también expedida en la ciudad de Bogotá; además, hace referencia a que en los mismos hechos fue hurtada la mercancía del camión conducido por el señor Rafael Guillermo Niño.

-fls.403 – 404: Ampliación de la denuncia por hurto realizada por el señor Rafael Guillermo Niño, identificado con cédula de ciudadanía 2.872.862 expedida en Bogotá, quien se identifica como el conductor del vehículo que transportaba la mercancía confiada a Granportuaria S.A., de su relato se resalta la afirmación referente a que viajaba sólo.

Revisado lo anterior, se tiene, que las pruebas contenidas en el plenario no contienen la fuerza suficiente para desvirtuar el incumplimiento endilgado a la sociedad demandante, puesto que a la luz de la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo, la denuncia penal y los restantes documentos que dan cuenta del hurto de la mercancía no constituyen por sí solos fuerza mayor o caso fortuito que pueda eximir de responsabilidad al usuario aduanero.

Sobre este tópico ha manifestado el alto tribunal a través de su jurisprudencia, lo siguiente<sup>5</sup>:

*“...En este caso no hay prueba alguna que demuestre la configuración de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad de la actora pues el hecho de hurto o de “piratería terrestre” que usualmente se presenta en las carreteras del país es previsible, es decir, debe ser tenido en cuenta con el fin de que el transportador tome las medidas necesarias, como por ejemplo: Despachar los vehículos en caravana, disponer de puestos de control, conectar alarmas, etc., provisiones que no aparecen acreditadas por la parte actora, tal como lo sostiene el a quo*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 09 de julio de 2009, Exp. 2001-01558, C.P. Dr. Marco Antonio Velilla Moreno

Además, la denuncia penal es prueba del hecho en sí, tal como lo reconocen la administración y el a quo, pero no constituye por sí sola causal eximente de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor y antes, por el contrario, su contexto demuestra la inexistencia de medidas preventivas por parte de la actora, respecto a la seguridad de sus trabajadores y de los bienes transportados al exponerlos al riesgo de ser atracados en las carreteras colombianas por bandas delincuenciales sin protección alguna, situación que se deduce de la narración de los hechos por parte del conductor, al mencionar que se transportaba solo por las carreteras de Lizama, lugar donde ocurrieron los hechos, pues según el denunciante únicamente lo acompañó un amigo antes de llegar a ese sitio.

Así las cosas, al no adoptar las medidas necesarias tendientes a evitar exponer irreflexivamente a su conductor y los bienes transportados o a impedir las consecuencias de por sí, bastante peligrosas, no pueden ser de recibo los argumentos de la demandante, razón por la cual habrá de confirmarse la sentencia apelada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia..."

Y en pronunciamiento más reciente ha establecido<sup>6</sup>:

"...la denuncia es el medio idóneo para promover la actividad del Estado. Y, pese a la seriedad y requisitos con que debe ser presentada no deja de ser un documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos. En esa medida, el denuncia no es la prueba del hurto. Las pruebas del hurto serán las que se aduzcan y practiquen en el curso de la investigación penal y que, por supuesto, estarán orientadas a establecer el acaecimiento de las circunstancias de tiempo modo y lugar que el denunciante plasmó en la denuncia y las que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

Entonces, surge la inquietud de si es necesario que se adelante y concluya el proceso penal para que el contribuyente pruebe a la autoridad tributaria la deducción por pérdida de la mercancía, en casos de hurto. La Sala considera que no, porque el proceso penal, por muchas circunstancias no siempre

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de 02 de febrero de 2012, Exp. 16760 CP, Hugo Fernando Bristides Balcenas.

*termina con el fallo de fondo que determine la ocurrencia del hecho delictuoso y el sujeto responsable del mismo. Además, el procedimiento administrativo tributario no contempla la prejudicialidad para someter el proceso de revisión fiscal al proceso penal que se adelante.*

*Para la Sala, entonces, tanto en el procedimiento administrativo tributario como en el judicial que se adelante ante esta jurisdicción, se sigue aplicando el principio de la carga de la prueba, según el cual, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (artículo 177 del C.P.C.). De manera que, el que alega la pérdida de los bienes por hurto debe demostrar, al menos, la sustracción o el apoderamiento por parte de terceros, sin que baste la denuncia penal, pues, conforme se precisó, la denuncia es un simple documento informativo de hechos y conductas presumiblemente delictivos..." (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Es del caso mencionar, que sobre el operador de transporte multimodal recae una presunción de culpa, de la cual, puede exonerarse si demuestra que adoptó todas las medidas razonables que hubiese podido tomar, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio o su agravación.

Este requisito apunta hacia la conducta diligente con que actúe, teniendo en cuenta las medidas de prevención de riesgos que son usuales en esta actividad, por consiguiente, le compete demostrar que el hecho que ocasionó el daño no se originó o agravó por su negligencia o descuido.

En este punto tienen especial relevancia los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad del hecho, para valorar la conducta asumida por el transportador. Así las cosas, se tiene que si bien en el presente asunto la causa del daño le fue ajena a la sociedad demandante, la misma no probó adoptar todas las medidas razonables que hubieran podido tomar, según las exigencias de su profesión, para evitar el perjuicio.

En efecto, debió la parte actora acreditar que ejecutó un esquema de seguridad conformado por varias alternativas tendientes a impedir la comisión del ilícito o, por lo menos, a minimizar sus consecuencias, de manera que si fallaba alguna, las siguientes pudieran suplirla.

Como ha quedado visto y tal como lo indicó la juez de primera instancia, está comprobado que la sociedad demandante incumplió las obligaciones que le asistían como operador de transporte multimodal, razón por la cual, los actos administrativos demandados se encuentran ajustados al ordenamiento jurídico.

Por último, de conformidad con el poder visible a folio 673 del expediente, se procederá a reconocérsele personería al doctor Juan Herrera Chico, como apoderado judicial de la DIAN en el presente asunto.

En conclusión, en esta oportunidad habrá de confirmarse la sentencia emitida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia de 29 de febrero de 2012 emitida por el Juzgado Adjunto del Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, que denegó las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Granportuaria S.A., contra la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.



**RECONOCER** personería al doctor Juan Herrera Chico, identificado con cédula de ciudadanía 73.152.144 y Tarjeta Profesional número 77.769 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la DIAN para actuar en este proceso, según los términos y para los efectos del poder a él conferido.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** 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

  
JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-004-2005-01319-01.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1251  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>	<b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: MARTHA ELENA RODRIGUEZ MORELOS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: CAJANAL EN LIQUIDACION</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-008-2011-00171-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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,  
VEINTICUATRO(24) 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 BOLIVAR

---

**-SALA DE DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO  
Clase de Acción: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO  
Radicación: 13-001-23-31-008-2011-00171-01  
Demandante: MARTHA ELENA RODRIGUEZ MORELO  
Demandado: CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL EN LIQUIDACION  
Instancia: SEGUNDA  
Controversia: RECONOCIMIENTO PENSIÓN GRACIA

**I. ANTECEDENTES**

**1.1. LA ACCIÓN.-**

Fue allegado el expediente a esta Sala, con el fin de decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 10 de mayo de 2013 dictada por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, a través de la cual se accedieron las súplicas de la demanda.

**1.2. DEMANDA.-**

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Martha Elena Rodríguez Morelo, deprecó de esta jurisdicción las siguientes pretensiones:

Se declare la nulidad de la Resolución PAP 145953 del 30 de marzo de 2011, mediante el cual el Gerente General de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación (en adelante Cajanal) le denegó el reconocimiento y pago de la pensión gracia.

En restablecimiento del derecho solicita el reconocimiento y pago de la pensión gracia a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho (3 de noviembre de 2006), una vez cumplidos los veinte (20) años de servicio a la educación y cincuenta (50) años de edad, mesadas que deben ser liquidadas en cuantía equivalente al setenta y cinco (75%) del promedio devengado por la actora, por concepto de sueldos y todos los factores salariales en el último año de servicio inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para pensionarse, junto con los reajustes legales que correspondan.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

### **1.3. HECHOS.-**

En la primera instancia, la parte actora desarrolló sus argumentos fácticos, los que la Sala procede a sintetizar a partir de la demanda, así:

La señora Martha Elena Rodríguez Morelo, se vinculó como docente desde el día 25 de febrero de 1970, prestando sus servicios en el Municipio de Mompox hasta el 9 de agosto de 1979.

Posteriormente, se vinculó como docente distrital en la Escuela Sectores Unidos de Cartagena desde el día 19 de abril de 1996 hasta el 29 de abril de 2009, nombramiento que se encontraba amparado con presupuesto del distrito y no de la Nación.

El día 2 de octubre de 2000 cumplió cincuenta (50) años de edad y el 3 de noviembre de 2006 el tiempo de servicio como requisitos necesarios para adquirir el status jurídico de pensionada.

En escrito del 21 de junio de 2010, solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de la pensión gracia por reunir los requisitos establecidos en la Ley 114 de 1913.

Cajanal a través de Resolución PAP 045953 del 30 de marzo de 2011, negó la solicitud de pensión gracia de la demandante, argumentando que la demandante al presentar renuncia al cargo que desempeñaba inicialmente y vincularse nuevamente con posterioridad al 1º de enero de 1990, se entiende que su vinculación es nacional.

#### **1.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.-**

La entidad accionada, mediante memorial del 10 de noviembre de 2011, por conducto de apoderado especial replicó la demanda impetrada y solicitó se aplique la prescripción de las mesadas anteriores a los tres (3) últimos años. A su vez, formuló excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa, inexistencia de la obligación o cobro de no lo debido, buena fe e inconstitucionalidad (fls.41-46):

Después de hacer un recuento de las preceptivas legales que regulan la pensión gracia de jubilación, expuso que la demandante no cumple con los requisitos exigidos en las Leyes 114 de 1913 (artículo 1º y 4º), 116 de 1928, 37 de 1933 y 91 de 1989, en razón a que no cuenta con los veinte (20) años de servicio de docencia, pues es inadmisibles computar el tiempo de servicios prestados cuyo nombramiento sea nacional por ser estos incompatibles con los

prestados en un departamento, municipio o distrito o, los desempeñados en cargo de carácter administrativo.

Fundó el primer medio exceptivo en la obligatoriedad del recurso de apelación como requisito para agotar la vía gubernativa. Arguyó igualmente, que la entidad accionada no tiene deuda alguna con la demandante por concepto de pensión gracia.

De otro lado, sostiene que acceder a las pretensiones de la demanda implica la transgresión al principio de la sostenibilidad presupuestal consagrado en el artículo 1º del Acto Legislativo 1 de 2005, principio que llama al sistema pensional a la congruencia entre el monto cotizado y los valores reclamados por concepto de pensión gracia, dando lugar a que proceda en su contra la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4º de la Carta Magna.

#### **1.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.-**

El Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 10 de mayo de 2012, accedió a las súplicas de la demanda (fls.66-79).

El *a quo* antes de avocar el análisis del caso puesto a su consideración, estimó no probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto siendo el recurso de reposición el único admitido por el acto administrativo acusado, no era necesaria su interposición para acudir a la jurisdicción contencioso administrativo (artículo 41 del Código Contencioso Administrativo).

Precisó seguidamente que según lo dispuesto en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, no puede limitarse a los maestros de escuelas primarias

oficiales, como se concibió en un principio, sino que ella cobija a aquellos que hubieren prestado servicios como empleados y profesores de escuela normal o inspectores de instrucción pública o profesores de establecimientos de enseñanza secundaria, siempre que la vinculación sea de carácter municipal, departamental o regional.

En el caso concreto, estimó con fundamento en el caudal probatorio allegado al expediente que la demandante laboró como docente nacionalizada entre el 25 de febrero de 1970 y hasta el 9 de agosto de 1979 y como docente distrital a partir del 19 de abril de 1996 hasta el 29 de abril de 2009, lo que a su juicio no es óbice para denegar la referida pensión gracia.

Encontró probado igualmente que la actora acreditó contar con cincuenta años (50) años de edad para la fecha de presentación de la reclamación, concluyendo entonces en la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

#### **1.6. RECURSO DE APELACIÓN.-**

Mediante escrito del 28 de mayo de 2012 (fls.81-83), el apoderado especial de la entidad accionada interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia de primer grado y solicitó su revocatoria. Como argumentos de la impugnación reiteró los expuestos en la contestación de la demanda y adicionalmente alegó la prescripción de los derechos en caso de confirmarse la decisión del *a quo*.

#### **1.8. TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA.-**

Conforme al artículo 251 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el canon 11 de la Ley 1395 de 2010, mediante auto del 18 de febrero de 2013 (fl.106) se admitió el recurso de apelación; en providencia del 12 de marzo de 2013, se dispuso correr traslado a las partes por diez (10) días para que

presentarán sus alegatos y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl.108), oportunidad de la que no hicieron uso las partes. El Agente del Ministerio Público no rindió concepto en el asunto bajo examen.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.2. PROBLEMAS JURÍDICOS.-

**¿Procede el reconocimiento de la pensión gracia de jubilación de la demandante teniendo en cuenta la totalidad del tiempo laborado como docente nacionalizado y del orden nacional, pese a que por previsión legal sólo es computable el tiempo trabajado hasta el 31 de diciembre de 1980?**

A efectos de resolver el planteamiento propuesto la Sala precisará inicialmente el marco legal que regula la pensión gracia y en segundo lugar, revisará si le asiste derecho a la actora para la obtención del beneficio pensional reclamado.

- **Pensión gracia.**

La pensión gracia tiene un carácter especial y aparece reglada en las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933. La primera creó el derecho y fijó sus parámetros: titulares, tiempo de servicio, edad, requisitos adicionales, cuantía y sujeto obligado a pagarla. La segunda y tercera ley ampliaron los titulares y el tiempo de servicio computable para esta prestación.

En efecto, la Ley 114 de 1913 consagró en su artículo 1º esta prestación excepcional en beneficio de los maestros de escuelas primarias oficiales que hayan servido en el magisterio por un término no menor de veinte (20) años y completen la edad de cincuenta (50) años de servicios. En el artículo 3º se previó que los veinte (20) años de servicio a que se refiere el artículo 1º podrán contarse



computando servicios prestados en diversas épocas y, se tendrán en cuenta los prestados en cualquier tiempo anterior a la presente ley.

La misma preceptiva en su artículo 4º, estableció los requisitos para acceder a la mencionada prestación, además de los consagrados en el artículo arriba transcrito, estos son los siguientes:

*“Artículo 4º.- Para gozar de la gracia de la pensión será preciso que el interesado compruebe:*

- 1. Que en los empleos que ha desempeñado se ha conducido con honradez y consagración.*
- 2. Que carece de medios de subsistencia en armonía con su posición social y costumbres.*
- 3. Que no ha recibido ni recibe actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional. Por consiguiente, lo dispuesto en este inciso no obsta para que un maestro pueda recibir a un mismo tiempo sendas pensiones como tal, concedidas por la Nación y por un Departamento.*
- 4. Que observa buena conducta.*
- 5. Que si es mujer, está soltera o viuda.*
- 6. Que hay (sic) cumplido cincuenta años, o que se halla en incapacidad por enfermedad u otra causa, de ganar lo necesario para su sostenimiento.”*

De lo anterior, se deduce que la pensión gracia, inicialmente, estaba dirigida únicamente a los maestros de escuelas oficiales primarias; sin embargo, el artículo 6º de la Ley 116 de 1928, extendió el beneficio de la pensión gracia a los empleados y profesores de las escuelas normales y a los inspectores de instrucción pública. La norma expresamente dice:

*“Los empleados y profesores de las Escuelas Normales y los inspectores de Instrucción Pública tienen derecho a la jubilación en los términos que contempla la Ley 114 de 1913 y demás que a esta complementan. Para el cómputo de los años de servicio se sumarán los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en el de la normalista, pudiéndose contar en aquella la que implica la inspección”.*

Consagró esta norma, que para el cómputo de los años de servicio, se podrán sumar los prestados en diversas épocas, tanto en el campo de la enseñanza primaria como en la normalista, al igual que el laborado en la inspección.

Posteriormente, el artículo 3° (inciso 2°) de la Ley 37 de 1933, amplió nuevamente el reconocimiento de la pensión gracia, a los maestros que hayan completado los años de servicio señalados en la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria, así:

*“Artículo 3° (...)*

*Hácese extensivas estas pensiones a los maestros que hayan completado los años de servicio mencionados por la ley, en establecimientos de enseñanza secundaria”.*

El crecimiento de la población y la extensión cada vez mayor de la cobertura del servicio educativo, llevó a los departamentos a una casi imposibilidad de cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales del personal docente, razón por la cual el Estado, mediante la Ley 43 de 1975, optó por lo que se denominó la “nacionalización” de la educación primaria y secundaria, proceso que se llevó a cabo entre el 1° de enero de 1976 y el 31 de diciembre de 1980. En virtud de tal nacionalización, el pago de los docentes oficiales, se realiza a través de los Fondos Educativos Regionales (FER), con dineros provenientes del situado fiscal, bajo la consideración de que la educación primaria y secundaria oficial es un servicio público a cargo de la Nación.

La pensión gracia no puede ser reconocida a favor de un docente nacional, pues constituye requisito indispensable para su viabilidad que el maestro no reciba retribución alguna de la nación por servicios que le preste, o que no se encuentre pensionado por cuenta de ella. Por lo tanto, los únicos beneficiarios de tal prerrogativa eran los educadores locales o regionales.

Para atender lo relacionado con las prestaciones económicas del personal docente oficial, con la Ley 91 de 1989, se creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo artículo 15 es del siguiente tenor:

*“A partir de la vigencia de la presente ley el personal docente nacional y nacionalizado y el que se vincule con posterioridad al 1° de enero de 1990 será regido por las siguientes disposiciones:*

*1°. Los docentes nacionalizados que figuren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efecto de las prestaciones económicas y sociales, mantendrán el régimen prestacional que han venido gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.*

*Los docentes nacionales y los que se vinculen a partir del 1° de enero de 1990, para efecto de las prestaciones económicas y sociales se registrarán por las normas vigentes aplicables a los empleados públicos del orden nacional. Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978, o que se expidan en el futuro, con las excepciones consagradas en esta Ley.*

#### *2°. Pensiones*

*A - Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, uin en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.*

*B.- Para los docentes vinculados a partir del 1° de enero de 1981, nacionales y nacionalizados, y para aquellos que se nombren a partir del 1° de enero de 1990, cuando se cumplan los requisitos de ley, se reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año. Estos pensionados gozarán del régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”.*

De la norma transcrita, surge entonces que a los docentes vinculados con posterioridad al 1° de enero de 1981, tanto nacionales como nacionalizados, al igual que para los nombrados a partir del 1° de enero de 1990, se les reconocerá sólo una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario

mensual promedio del último año, con sujeción al *“régimen vigente para los pensionados del sector público nacional y adicionalmente de una prima de medio año equivalente a una mesada pensional”*. Es decir, que la Ley 114 de 1913 y las que posteriormente la modificaron o adicionaron (Leyes 111 de 1928 y 37 de 1933) que ampliaron su radio de acción, fueron derogadas por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, la cual reguló íntegramente la materia relativa a las prestaciones sociales del magisterio y creó para el efecto un Fondo Nacional cuyo objeto es, precisamente, el atender lo relativo, entre otras cosas, al pago de pensiones del sector docente.

Como puede apreciarse, conforme al numeral 2º literal a) del artículo 15 *ibídem*, los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos, pensión ésta que será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.

En efecto, la pensión gracia como se dijo precedentemente tiene un carácter especial, pues constituye una dádiva que la Nación concedió a ciertas personas por su calidad de docentes, que prestan o prestaron sus servicios en entidades territoriales, por lo que el legislador entendió que ese beneficio no podía otorgarse indefinidamente. Por esa razón se dispuso un tope en el tiempo, consistente en que solamente se les reconocería a aquellos maestros, que previo cumplimiento de los requisitos de ley, estuvieren vinculados hasta antes del 31 de diciembre de 1980.

Resulta claro entonces, que por expresa voluntad del legislador, la Ley 114 de 1913 continúa teniendo vigencia en el tiempo pese a su derogación por el artículo 15 de la Ley 91 de 1989, pues, como acaba de verse, el legislador

expresamente dispuso que a los docentes “*vinculados hasta 31 de diciembre de 1980*” que “*tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos*”. Ello significa, a *contrario sensu*, que esta no rige para los vinculados a partir del 1º de enero de 1981, pues éstos docentes “*nacionales y nacionalizados*”, tendrán derecho sólo a una pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año.

- **Caso concreto.**

La señora Martha Elena Rodríguez Morelo presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con la finalidad de que sea declarada nula la Resolución PAP 045953 del 30 de marzo de 2011, emanada de la Gerencia General de la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, negó el reconocimiento y pago de la pensión gracia que reclama.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que le sea reconocida y pagada la pensión gracia a la que asegura tiene derecho, a partir del 3 de noviembre de 2006 y en cuantía equivalente al 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicio inmediatamente anterior al cumplimiento de los requisitos para pensionarse, junto con los reajustes legales que correspondan.

Como sustento de su solicitud esboza que cumplió veinte (20) años de servicio el día 3 de noviembre de 2006 y cumplió cincuenta (50) años de edad el día 2 de octubre de 2000, lo que a su parecer conforme a la normatividad relativa a la pensión gracia, la hace acreedora de este derecho.

Del contexto del acto administrativo enjuiciado se advierte que las razones tenidas por la entidad demandada para negar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión gracia a la accionante, comprenden las siguientes:

*"(...) la peticionaria ha prestado los siguientes servicios:*

<i>Entidad Laboro</i>	<i>Desde</i>	<i>Hasta</i>	<i>Novedad</i>	<i>Cargo</i>	<i>Vinculación</i>	<i>Modalidad</i>
<i>Dpto. Bolívar</i>	<i>19700225</i>	<i>19790809</i>	<i>Tiempo de servicio</i>	<i>Docente</i>	<i>Nacionalizado</i>	<i>Primaria</i>
<i>Dpto. Bolívar</i>	<i>19960419</i>	<i>20090429</i>	<i>Tiempo de servicio</i>	<i>Docente</i>	<i>Nacional</i>	<i>Primaria</i>

*(...) conforme a los tiempos de servicio aportados se puede observar que estos fueron prestados con nombramiento del orden nacional, en consecuencia no hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación solicitada, por cuanto su vinculación a la docencia fue de carácter NACIONAL.*

*(...) Conforme a lo anterior todos los nombramientos realizados a partir del 01 de enero de 1990 son del orden nacional, por lo tanto al presentar renuncia la solicitante y posterior vinculación estos tiempos son nacionales e independientes de lo que éste (sic) en el certificado el en nominador o pagador, ya que pierde el tipo de vinculación inicial al realizar un nuevo nombramiento de igual manera tiene un nuevo tipo de vinculación." (Resolución PAP 045953 del 30 de marzo de 2011 – ffs.2-7)*

Visto lo anterior, se obtiene, que la razón fundamental por la cual el ente accionado negó la solicitud elevada por la parte actora, obedeció a que el tiempo de servicio acreditado comprendió la prestación de sus servicios como docente nacionalizada del 25 de febrero de 1970 al 9 de agosto de 1979 y como docente del orden nacional del 19 de abril de 1996 al 29 de abril de 2009, siendo computable para la pensión gracia el tiempo laborado en calidad de docente nacionalizada.

A fin de precisar si le asiste razón al apelante al desestimar el tiempo de servicio prestado como docente de carácter nacional en el departamento, municipio o distrito, por ser inadmisibles su cómputo con los periodos laborados en virtud de nombramientos como docente nacionalizado, es menester revisar el acervo probatorio recopilado en el interregno procesal.

A folio 18 del Cuad. Prueb. reposa acta de nacimiento de la señora Martha

Elena Rodríguez Morelo, en el que consta que nació el día 2 de octubre de 1950.

Obran también en el paginario la Resolución PAP 045953 del 30 de marzo de 2011, mediante la cual el Gerente General de Cajanal denegó el reconocimiento y pago de la pensión gracia a la actora (fls.2-7 Cuad. Ppal.).

La certificación reposante a folios 9 a 11 del Cuad. Prueb., emitida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, da cuenta de que la demandante laboró en la Escuela Mixta El Limón de Mompox del 20 de febrero de 1970 al 19 de septiembre de 1975 y en la Escuela Francisco José de Caldas de El Carmen de Bolívar del 20 de septiembre de 1975 al 9 de agosto de 1975 como Docente nacionalizado.

Según certificado expedido por el mismo fondo, visible a folios 12 y 13 del Cuad. Prueb., la accionante laboró como Docente en el Distrito de Cartagena en los siguientes centros educativos y períodos: Escuela Sectores Unidos del 19 de abril de 1996 al 13 de abril de 1997, Institución Educativa Camilo Torres del 6 de noviembre de 2001 al 15 de octubre de 2007 e, Institución Educativa Mercedes Abrego del 16 de octubre de 2007 al 29 de abril de 2009.

Las documentales relacionadas dan muestra entonces, de que la demandante en el período comprendido entre el 25 de febrero de 1970 y el 9 de agosto de 1979, se encontraba vinculada como docente nacionalizada (fls.9-111 Cuad. Prueb.) y, desde el 19 de abril de 1996 al 29 de abril de 2009 laboró como docente distrital, esto es, del orden nacional.

Dadas las circunstancias fácticas probadas en el paginario conviene establecer si habiendo la demandante acreditado su labor como docente nacionalizada, dicho tiempo es computable para acceder al beneficio de la pensión gracia y,

si el hecho de no encontrarse vinculada como docente del orden nacional para el 31 de diciembre de 1980 implica la pérdida al derecho pensional reclamado.

Como quiera que estos dos aspectos hacen parte de algunas de las discrepancias presentadas en la jurisprudencia sobre la interpretación del artículo 15, numeral 2º de la Ley 91 de 1989, la Sala Plena del Consejo de Estado definió con claridad el ámbito de aplicación de esta norma frente a las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1993, así<sup>1</sup>:

*“3. El artículo 15 No. 2, literal A, de la Ley 91 de 1989 establece:*

*“Los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 que por mandato de las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieren desarrollado o modificado, tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia, se les reconocerá siempre y cuando cumplan con la totalidad de los requisitos. Esta pensión seguirá reconociéndose por la Caja Nacional de Previsión Social conforme al Decreto 081 de 1976 y será compatible con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación.”*

*“4. La disposición transcrita se refiere de manera exclusiva a aquellos docentes departamentales o regionales y municipales que quedaron comprendidos en el mencionado proceso de nacionalización. A ellos, por haberseles sometido repentinamente a este cambio de tratamiento, se les dio la oportunidad de que se les reconociera la referida pensión, siempre que reunieran la totalidad de los requisitos y que hubiesen estado vinculados de conformidad con las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928 y 37 de 1933, con el aditamento de su compatibilidad “con la pensión ordinaria de jubilación, aún en el evento de estar ésta a cargo total o parcial de la Nación”. hecho que modificó la Ley 114 de 1913 para dichos docentes, en cuanto ésta señalaba que no podía disfrutar de la pensión gracia quien recibiera “... otra pensión o recompensa de carácter nacional”.*

*5. La norma pretranscrita, sin duda, regula una situación transitoria, pues su propósito, como se ve, no es otro que el de colmar las expectativas de los docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 e involucrados, por su labor, en el proceso de nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales.*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia del 27 de agosto de 1997. Exp 8-699. C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda - SECCION SEGUNDA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Exp 25000-23-25-000-2003-09010-01(0874-07) C.P. Dr. Jaime Moreno García



*6. De lo anterior se desprende que para los docentes nacionalizados que se hayan vinculado después de la fecha a que se acaba de hacer referencia, no existe posibilidad del reconocimiento de tal pensión, sino de la establecida en el literal B del mismo precepto, o sea la "pensión de jubilación equivalente al 75% del salario mensual promedio del último año", que se otorgará por igual a docentes nacionales o nacionalizados (literal B. No. 2, artículo 15 ib.) hecho que indica que el propósito del legislador fue ponerle fin a la pensión gracia. También, que dentro del grupo de beneficiarios de la pensión gracia no quedan incluidos los docentes nacionales sino, exclusivamente, los nacionalizados que, como dice la Ley 91 de 1989, además de estar vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980 "tuviesen o llegaren a tener derecho a la pensión de gracia...siempre y cuando cumplan con la totalidad de requisitos". Y por último, que sin la ley 91 de 1989, en especial la norma contenida en el literal A, numeral 2, de su artículo 15, dichos servidores no podrían beneficiarse del reconocimiento de tal pensión, pues habiéndose nacionalizado la educación primaria y secundaria oficiales, dicha prestación, en realidad, no tendría el carácter de graciosa que inicialmente le asignó la ley." (Negritas fuera de texto)*

Con base en el anterior precedente se tiene que los docentes del orden departamental o regional y municipal que entraron en el proceso de nacionalización establecido por la Ley 43 de 1975, tienen la oportunidad de solicitar el reconocimiento de la pensión gracia, siempre y cuando se hayan vinculado hasta el 31 de diciembre de 1980, es decir, es limitada a aquellos docentes departamentales y municipales que a la fecha señalada en tal disposición quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización iniciado con la citada ley, **que deberán a su vez reunir los requisitos contemplados en la Ley 114 de 1913.**

De lo expuesto hasta ahora se colige, que la accionante se encontraría cobijada por la norma traída a colación, toda vez, que la misma entró en el proceso de nacionalización mencionado, ya que a la fecha de expedición y entrada en vigencia de la Ley 43 de 1975, esto es, el 11 de diciembre del referido año, se encontraba vinculada como docente departamental y la norma hace referencia a aquellos docentes regionales o departamentales que quedaron comprendidos en el proceso de nacionalización efectuado en virtud de la norma citada.

Ahora, en lo referente al hecho de que al no encontrarse la demandante vinculada como docente al 31 de diciembre de 1980, es decir, al no tener continuidad como docente en dicha fecha, implica que pierda el derecho a reclamar la pensión gracia.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado se pronunció en otra ocasión, siendo del siguiente criterio<sup>2</sup>:

*“En cuanto a los SERVICIOS DOCENTES, prestados antes del 31 de diciembre de 1980, y la continuidad de la Parte Actora que fuera considerada por el A-quo para aplicarle el régimen de transición para las plazas que se incluyeron en el proceso de nacionalización, basta anotar que el Consejo de Estado, ha sostenido que la expresión “(...) docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, contenida en el Art. 15 numeral 2º literal a) de la Ley 91/89, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, es decir, tiene derecho a la pensión de jubilación gracia, cuando cumplan los requisitos de ley. En ese sentido, se recuerda, entre otras, la Sentencia de Sep. 20/01 de la Sección 2ª de esta Corporación dictada en el Exp. No. 00095-01 del M. P. Alejandro Orlóñez Maldonado, que dice:*

*“(…) El segundo argumento que expuso el juzgador de primera instancia para denegar las súplicas de la demanda, lo concretó en que por la “.. pérdida de la continuidad no podía aplicarse al régimen de transición para las plazas que se incluyeron en el proceso de nacionalización, pues el demandante tan sólo reasumió funciones el 27 de julio de 1981.”.*

*(...)*

*Para la fecha de expedición de la Ley 91 de 1989 diciembre 29- el señor HECTOR BAENA ZAPATA ya había prestado sus servicios como docente nacionalizado, durante algo más de 15 años, y para 1980, por más de 6 años, circunstancia que en sentir de la Sala, le permite acceder a la pensión gracia, pues la expresión “.. docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980”, contemplada en la norma antes transcrita, no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, toda vez que lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido; por lo tanto, la*

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA Sentencia del 2 de febrero de 2006, Exp. 25000-23-25-000-2002-00528-01(3710-05), C.P. Dr. Taisicio Cáceres Tom.

*pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional como lo estimó el Tribunal. (...)*"

*En efecto, esta Honorable Corporación, ha sostenido que de conformidad con lo previsto en el Art. 15 de la Ley 91/89, la pensión gracia dejó de ser un derecho para aquellos educadores territoriales o nacionalizados, que por primera vez se hayan vinculado a la administración a partir de enero 1º/81; pero aquellos educadores territoriales o nacionalizados que hubiesen tenido una experiencia docente apta para acceder a la pensión gracia, laborada con anterioridad a la precitada fecha, no se le puede desconocer, y en consecuencia, si a Dic. 31/80 no se encontraba vinculado como docente al servicio de la administración, pero tenía una experiencia anterior, se le puede adicionar al prestado con anterioridad a 1981.*

*(...)*".

La sentencia del Consejo de Estado es clara y concisa al explicar que el hecho determinante para gozar del beneficio de la pensión gracia es el de haberse vinculado como docente departamental o regional y municipal hasta el 31 de diciembre de 1980, o lo haya tenido con anterioridad<sup>3</sup>. Empero, se reitera que dicha experiencia docente debe ser apta para acceder a los beneficios de la pensión gracia.

En el caso de marras se advierte, que si bien se encuentra demostrado que la actora laboró hasta antes del 31 de diciembre de 1980, también lo es que el tiempo de servicio prestado desde el 25 de febrero de 1970, es de nueve (9) años, cinco (5) meses y catorce (14) días, lo que es insuficiente para crear la expectativa en la demandante de acceder a la pensión gracia, en otras palabras, a juicio del *ad quem* si bien la docente estuvo dentro del proceso de nacionalización, también lo es que su experiencia docente no le otorga la aptitud para hacerse beneficiaria de la pensión reclamada.

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA. Sentencia del 20 de septiembre de 2001. Exp. 0095-01 C.P. Dr. Alejandro Otañoñez Maldonado. Se precisó que "la expresión 'docentes vinculados hasta el 31 de diciembre de 1980' contemplada en la norma antes transcrita no exige que en esa fecha el docente deba tener un vínculo laboral vigente, sino que con anterioridad haya estado vinculado, toda vez que lo que cuenta para efectos pensionales es el tiempo servido por lo tanto, la pérdida de continuidad, no puede constituirse en una causal de pérdida del derecho pensional"

Así las cosas, no comparte la Sala los argumentos vertidos por el *a quo* para acceder a las pretensiones de la demandante, pues contrario a lo considerado en la providencia recurrida, es improcedente contabilizar la totalidad del tiempo laborado por la actora, independientemente de si su vinculación se realizó como docente nacionalizada o docente del orden nacional vinculada a un municipio. La norma es clara al distinguir que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión gracia, los maestros de enseñanza primaria oficial, empleados y profesores de escuelas normales e inspectores de instrucción pública y maestros, quienes a 31 de diciembre de 1980 **hubiesen completado los servicios** en establecimientos de enseñanza secundaria que tuviesen el carácter de planteles municipales, distritales o departamentales y, no tienen derecho a ella, aquellos que hubieran servido en centros educativos de carácter nacional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### III. FALLA

**REVOCAR** la sentencia del 10 d mayo de 2012 emitida por el Juzgado Octavo (8º) Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante el cual accedió a las súplicas de la demanda, exceptuando lo considerado respecto a la falta de agotamiento de la vía gubernativa se refiere y, en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DENEGAR** las pretensiones de la demanda, de acuerdo a lo expresado en el aparte considerativo de esta providencia.

**SEGUNDO:** Abstenerse de condenar en costas.

**TERCER:** Notificar personalmente esta decisión al Agente del Ministerio Público Delegado ante este Despacho.

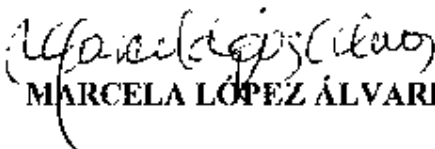
**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** el expediente al juzgado de origen.

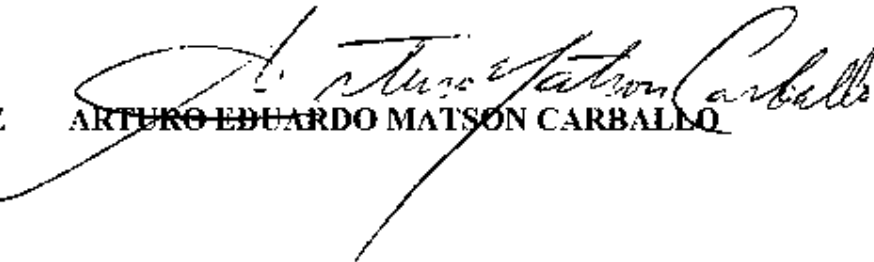
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.*

**Los Magistrados,**

  
**JORGE ELIÉCER CANINO GALLO**

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO EDUARDO MATSON CARBALLO**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1252  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>	<b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: DISTRIBUIDORA NACIONAL DE PRODUCTOS LTDA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: U-A-E DIAN</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-23-31-001-2009-00189-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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 RECONSIDERACIÓN DE ACTOS -

Cartagena D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Acción : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante : **Distribuidora Nacional de Productos Ltda.**  
Demandado : **Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales**  
Expediente : **13-001-23-31-001-2009-00189-00**

Magistrado ponente: **JORGE ELIÉCER FANDIÑO GALLO**

Procede la Sala a pronunciarse sobre la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurada por la Sociedad Distribuidora Nacional de Productos Ltda., en adelante Dinpro Ltda., contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, en adelante, DIAN.

**ANTECEDENTES**

La parte actora, por intermedio de apoderada judicial, concurre ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, instaurando demanda de nulidad y restablecimiento del derecho según lo indica el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que sean declarados nulos los actos administrativos denominados Resolución 001288 de 22 de julio de 2008, por medio de la cual, se define la situación jurídica de una mercancía aprehendida y, Resolución 001974 de 16 de octubre de 2008, por la cual, se resuelve un recurso de reconsideración interpuesto contra la primera; actos proferidos por

la División de Fiscalización Aduanera y la División Jurídica Aduanera de la Administración Especial de Aduanas de Cartagena de Indias, respectivamente.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se declare que no cometió infracción aduanera alguna y, por lo tanto, no procede ni la aprehensión ni el decomiso de la mercancía ordenada en los actos acusados.

De igual manera, pide que se declare la legal introducción al territorio aduanero nacional de la mercancía en cuestión y se ordene la continuación del trámite del proceso de importación de la misma por parte de la aduana o, en el evento en que no se pudiere, se disponga la devolución del valor real de la mercancía adicionado con los costos de transporte, seguros y conexos que se generaron en la operación de comercio objeto de debate.

Requiere también, que se condene al Tesoro Nacional a pagarle el daño emergente y el lucro cesante ocasionados desde el momento en que se ordenó la aprehensión de la motonave; como consecuencia de ello, exige que se pague a su favor la suma de quinientos treinta y ocho millones seiscientos cuarenta mil quinientos cincuenta pesos M/Cte (\$538.640.550,00), valor asignado a la mercancía por la aduana, más ciento siete millones ciento ochenta y siete mil ciento noventa y cinco pesos M/Cte (\$107.187.195,00), por concepto de la diferencia entre el valor asignado a la mercancía por la aduana y el valor aduanero de la misma establecido con el valor FOB de la Factura SUG-04041-B de 14 de abril de 2008 y que tales valores sean reajustados en consideración al tiempo transcurrido hasta la sentencia definitiva que ponga fin a este proceso.

A su vez, pretende que se le reconozca y pague a título de indemnización los valores correspondientes al lucro cesante en cuantía de ciento setenta y dos millones ochocientos nueve mil quinientos veintiséis pesos M/Cte (\$172.809.526,00).

Por último, pide que se condene en costas a la parte demandada.



## HECHOS

En la demanda se narran los que a continuación resume la Sala:

Refiere el libelo de la demanda, que el transportador informó a la aduana el arribo de la Motonave CMA CGM Paulista, mediante el Aviso de Llegada 062008100001528, en la que señaló como fecha estimada de llegada el día 17 de mayo de 2008, fecha en la que efectivamente atracó la embarcación.

Señala la parte actora, que ese mismo día el Agente Naviero Maritrans Ltda., y el Agente de Carga Internacional Cockeril Cargo Ltda., entregaron y transmitieron al Grupo de Carga de la División de Servicio al Comercio Exterior de la Administración Aduanera los documentos de viaje.

Indica la demanda, que el 21 de mayo de 2008, mediante Auto Comisorio Aduanero, la División de Servicio al Comercio Exterior comisionó a unos funcionarios para la práctica de una diligencia de control y verificación de las obligaciones aduaneras relacionadas con las mercancías reseñadas en el B/L PNGCT0001 que ingresaron a territorio aduanero el 17 de mayo del mismo año en la motonave mencionada previamente, la cual, se llevó a cabo en la fecha estipulada, dejando anotado en el Acta de Aprehensión 106 COMEX la siguiente descripción de la mercancía: *"AZUCAR CRISTAL COLOR ICUMSA MAX 200 CENIZA MAX 0.08% HUMEDAD MAX 0.08% POLARIZACIÓN MIN 99.7 GRADOS EMPACADO EN SACOS DE POLIETILENO/POLIPROPILENO CANTIDAD 945 TONELADAS SON 83.075 SACOS PESO BRUTO 948.402 PESO NETO 945 000 SEGÚN B/L"*.

Expone, que el reconocimiento y avalúo de la mercancía, según lo consignado en el acta traída a colación, fue de 945.000 kg y se estimó como precio unitario la suma de quinientos sesenta y nueve pesos con noventa y nueve

centavos M/Cte (\$569.99), para un total de quinientos treinta y ocho millones seiscientos cuarenta mil quinientos cincuenta pesos M/Cte (\$538.640.550.00).

En el acápite del concepto de violación de las normas citadas en la demanda señala que la administración aduanera violó sus derechos de defensa y al debido proceso, en tanto que en los actos demandados se señaló como causal de decomiso de la mercancía la establecida en el numeral 1.2, sin citar el artículo y la norma legal a la que este pertenece, por lo que al no conocer la disposición en la que supuestamente se funda el acto censurado no puede ejercer debidamente su derecho de contradicción.

Esgrime, que también se vulneró su derecho al debido proceso por cuanto el acto de trámite que fundamenta el auto decisorio en el proceso de definición de la situación jurídica de las mercancías no tiene coherencia jurídica, ni de identidad de causa. Que la administración de aduanas fundamentó la aprehensión en que por embarque de la mercancía debe entenderse la fecha de zarpe o salida del medio de transporte y, posteriormente, la resolución de decomiso la fundamentó en que la fecha de embarque es cuando el transportador marítimo recibe la mercancía para cargarla al medio de transporte, siendo que la legislación aduanera colombiana obliga a que exista una correlación jurídica directa entre el acta de aprehensión y la resolución de decomiso, tanto en sus aspectos probatorios como en su fundamentación jurídica.

Por otro lado, esboza que partiendo del supuesto que el fundamento jurídico es el numeral 1.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, se tiene, que dicha disposición fue aplicada indebidamente, puesto que la misma sólo procede cuando la mercancía ingresa al territorio aduanero nacional por lugar no habilitado, situación que asegura no se presentó en este caso, por cuanto la mercancía ingresó por la Aduana de Cartagena de Indias, que era un lugar habilitado para el ingreso de azúcar para la fecha en que ocurrieron los hechos.

Agrega, que el debate jurídico se circunscribe al alcance de lo previsto en la Resolución 13212 de 08 de noviembre de 2007, la cual, estableció restricciones respecto al lugar de ingreso de las importaciones de azúcar de caña o remolacha y sacarosa químicamente pura, en estado sólido; al igual que al alcance de la Resolución 03413 de 17 de abril de 2008, modificatoria de la excepción a la restricción del lugar de ingreso y, en especial, a las consecuencias jurídicas del artículo 2º transitorio de la misma. Que la administración aduanera consideró que la mercancía es objeto de aprehensión y decomiso por haber ingresado por el Puerto de Cartagena de Indias, cuando según dicha dependencia, las resoluciones citadas establecían la obligación de realizar los trámites de importación por la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura, en cambio que la modificación introducida por la segunda, consagró que las mercancías de la partida 17.01 del arancel de aduanas sólo podrían realizarse por el Puerto de Buenaventura.

Resalta el contenido del artículo 2º transitorio de la Resolución 03413 de 17 de abril de 2008, extrayendo del mismo que las mercancías cuyo documento de transporte estuviere consignado o endosado a un Usuario Aduanero Permanente (UAP), como lo es la sociedad demandante, embarcadas hacia Colombia con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la mencionada resolución, podían ingresar por los lugares habilitados de cualquiera de las jurisdicciones aduaneras del país, puesto que las mismas no estaban sometidas a la restricción administrativa de ingresar exclusivamente por la Aduana de Buenaventura.

De igual manera, explica que se debe precisar con claridad cuándo se entienden las mercancías “embarcadas” hacia Colombia para poder determinar si la restricción consagrada en las resoluciones plurimencionadas es aplicable o no para las mercancías que introdujo al país el día 17 de mayo de 2008, las cuales, fueron declaradas y recibieron el levante respectivo. Que las operaciones tendientes a importar una mercancía a territorio colombiano es un proceso complejo que implica diferentes etapas en las que participan

diversos medios de transporte y diferentes transportadores, destacándose en el contexto del comercio internacional la figura de los Agentes de Carga Internacional.

Discute el hecho de que la DIAN considere que el embarque de la mercancía se presenta en la fecha del cargue de la misma en el medio de transporte marítimo, puesto que en este se realiza solamente el último tramo de todo el trayecto necesario para exportar la mercancía, lo que le lleva a considerar como único documento determinante de la fecha de embarque el expedido por el transportador marítimo, denominado documento de transporte máster. En virtud de ello, señala que la administración concluyó que como la fecha de expedición del referido documento es el día 02 de mayo de 2008, el embarque se realizó en esa fecha, periodo en el que se encontraba vigente la Resolución 03413 de 17 de abril de 2008 y, por ende, resulta aplicable la restricción respecto del ingreso al territorio nacional para la mercancía en cuestión.

A su juicio, la anterior interpretación lleva a la administración a desconocer de plano la existencia jurídica de la intervención del agente de carga internacional y de los documentos de transporte hijo que ellos expiden. Que cuando una mercancía es entregada en un lugar diferente al lugar de salida del país exportador, se hace a un agente de carga internacional para que la movilice hasta el lugar de salida y, este a su vez, expide los aludidos documentos de transporte hijo, por lo que considera que la verdadera fecha de embarque de la mercancía es la del Documento de Transporte Hijo PNGCTG0001 de 15 de abril de 2008.

Finalmente, hace alusión a que cuando el decomiso es ilegal, por cuanto se ha efectuado violando disposiciones constitucionales y legales, como ocurre en este caso, el traspaso de la propiedad de las mercancías decomisadas constituye un enriquecimiento sin justa causa para el Estado, pues incrementa el patrimonio sin que medie una causa legal para ello.

## TRÁMITE

La demanda fue admitida mediante auto de 05 de agosto de 2009 (fl.83), notificada al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales por intermedio del Administrador Especial de Aduanas de Cartagena (fl.88) y al Agente del Ministerio Público.

En el término legal, la entidad accionada se opuso a la demanda mediante escrito obrante a folios 89 a 115 del expediente, exponiendo que el hecho de haberse omitido el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999 en la parte resolutive del acto administrativo demandado, no significa que se encuentre expedido en forma irregular y, por consiguiente, incurso en causal de nulidad como lo pretende el demandante, pues el mismo se encuentra en consonancia con las consideraciones donde claramente se enuncia no sólo la causal, sino además el artículo correspondiente.

Resalta, que la habilitación de zona primaria aduanera otorgada a la Sociedad Portuaria Regional de Cartagena, como muelle de arribo de la mercancía en cuestión, dentro de la jurisdicción del Puerto de esta ciudad, está sujeta a la condición de que no se trate de azúcar, pues el ingreso de este tipo de mercancía está restringido al Puerto de Buenaventura.

Que el agente de carga no es un transportador, sino un auxiliar o intermediario profesional entre los intereses de la carga y el transportador, quien coordina y organiza el transporte de cosas desde el origen hasta el destino, pero que no se obliga a transportar él mismo y no acepta la responsabilidad como transportador.

Añade, que el artículo 278 del Decreto 2685 de 1999 establece que para efectos de importación, la fecha del embarque es la de cargue en el medio de transporte de la mercancía que va a ser exportada y quien puede embarcarla es el transportador, por tanto, la fecha del conocimiento de embarque máster,

expedido por el mismo es la única que puede tomarse como fecha cierta del embarque de la mercancía en el medio de transporte. A *contrario sensu*, siendo el agente de carga un intermediario que no transporta mercancía, sino que se encarga de coordinar y gestionar el transporte marítimo, la fecha de emisión del documento de transporte que este expide no puede tenerse como fecha efectiva del cargue para la exportación, sencillamente porque el agente no es quien embarca la mercancía, sino quien coordina todo para que el transportador lo haga.

Por otro lado, esboza que la autorización de embarque 08/0618432-001 fue otorgada por la Aduana de Brasil el 18 de abril de 2008, sin embargo dicha autorización por si sola no acredita el embarque como tal, puesto que es sólo una autorización a partir de la cual se tiene un término para realizarlo y, de acuerdo con el artículo 236 de la Resolución 4240 de 2000, en la legislación colombiana se cuenta con un mes contado a partir de la autorización para efectuar el cargue de la mercancía y de no hacerse en dicho plazo, se debe iniciar nuevamente todo el trámite.

Aunado a esto, señala que la Resolución 03413 de 17 de abril de 2008, que modificó parcialmente el inciso 2º de la Resolución 13212 de 2007 y amplió su vigencia hasta el 30 de noviembre de 2008, se publicó en el diario oficial del 23 de abril de 2008, por tanto, de acuerdo con el artículo 61 del Código de Régimen Político y Municipal, empezó a regir a las doce un minutos de la madrugada (12:01 a.m.) del mismo día de la publicación.

Sobre la aplicación al caso concreto de la definición de Agente de Carga contenida en el Decreto 2101 de 13 de junio de 2008, pone de manifiesto que no puede ser tenida en cuenta, ya que la referida disposición no se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos.

Por último, propone la excepción de "*Ineptitud de la demanda por falta de presentación del poder*", basada en que el poder otorgado por la representante

legal de la sociedad demandante no fue presentado personalmente ante el secretario del tribunal ni ante un notario, sino que la firma de la misma fue autenticada ante el Notario 21 del Circulo de Cali, lo cual corresponde a una diligencia diferente a la exigida por la ritualidad procesal.

Con auto de fecha 15 de julio de 2010 (fls.151 - 157), se abrió a pruebas el proceso y, seguidamente, mediante proveído adiado el 29 de abril de 2013 (fl.209), se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto.

La parte actora presenta alegatos (fls.210 – 221), reafirmando lo expuesto en el libelo de la demanda; la parte accionada hace lo propio, a través de memorial visible a folios 222 a 247 del expediente, ratificando las razones que sustentaron su defensa. El Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide el presente asunto puesto a conocimiento de esta corporación, previas las siguientes.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **CUESTIÓN PREVIA.**

La parte demandada propone la excepción de *“Ineptitud de la demanda por falta de presentación del poder”*, basada en que el poder otorgado por la representante legal de la sociedad demandante no reúne los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico, ya que no fue presentado personalmente ante notario sino que simplemente procedió a autenticar su firma registrada en la Notaría 21 del Circulo de Santiago de Cali.

A juicio de la Sala, tal situación no comporta una excepción de fondo como lo plantea la entidad demandada, ya que no ataca las pretensiones ni los argumentos en los que se sustenta la demanda, sino que se limita a cuestionar

aspectos puramente procesales atinentes al otorgamiento del poder para demandar ante esta jurisdicción.

Ahora bien, podría estar enmarcada en la causal de nulidad prevista en el numeral 7° del artículo 140<sup>1</sup> del Código de Procedimiento Civil, al cual se acude por remisión del artículo 165<sup>2</sup> del Código Contencioso Administrativo; dicho numeral establece taxativamente que el proceso será nulo en todo o en parte cuando “...es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso”, la cual, a la luz del último inciso del artículo 144 *ejusdem*, es de aquellas que pueden ser subsanadas en el transcurso del proceso.

Revisadas las actuaciones surtidas en el presente asunto, se observa que la entidad demandada no presentó recursos en contra del auto admisorio de la demanda alegando la situación bajo análisis, máxime cuando los incisos finales del artículo 143<sup>3</sup> del Código Contencioso Administrativo así lo prevén y, tampoco, la alegó como causal de nulidad sino como excepción de fondo, que como ya se dijo, no reviste tal calidad, razones por las que se considera que la referida nulidad actualmente se encuentra subsanada.

Al respecto, el H. Consejo de Estado a través de su jurisprudencia ha señalado lo siguiente<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> “Artículo 140. Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:  
( )

<sup>2</sup> “Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

<sup>3</sup> Artículo 165. Nulidades, causales y procedimiento. Serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil, y se propondrán y decidrán como lo previenen los artículos 154 y siguientes de dicho estatuto.”

<sup>4</sup> “Artículo 143. Inadmisión y rechazo de la demanda  
( )

Contra el auto admisorio sólo procederá recurso de reposición, pero si resuelve sobre suspensión provisional procederá el de apelación, cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal en primera instancia o, el de reposición, cuando sea dictado por la Sala, Sección o Subsección del Tribunal o del Consejo de Estado en única instancia.

Los recursos podrán formularse también en las causales de que trata el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.” (Subrayado fuera de texto)

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de abril de 2010, Exp. 18276, C.P. Manrico Fajardo Gómez



“...En relación con el hecho aducido en el *sub-lite* como constitutivo de una excepción de fondo que debió ser declarada aún de oficio por el juez, esto es la falta de poder de la parte demandante a su apoderado para demandar al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO -INPEC-, observa la Sala:

2.2.1. En primer lugar, que el hecho alegado no constituye un ataque a las pretensiones de la demanda, por cuanto no se están negando los fundamentos fácticos que le dan soporte a lo pedido por la parte demandante, ni se está negando la existencia del derecho reclamado a la indemnización de los perjuicios que alega ésta haber sufrido, sino que se trata de una cuestión de índole eminentemente procesal y adjetiva, como es la inexistencia de poder para demandar a una entidad estatal determinada, en consecuencia, a la luz de la clasificación de las excepciones, esta correspondería a una excepción previa que, como ya se dijo en párrafos anteriores, carece de una oportunidad procesal específica para ser resuelta en los procesos contencioso administrativos.

2.2.2. En segundo lugar, que esa circunstancia constitutiva de un defecto procesal, está contemplada en el artículo 140 del C. de P. C., numeral 7º, como una causal de nulidad absoluta del proceso: “Cuando es indebida la representación de las partes *Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso*” (La Sala resalta).

2.2.3. No obstante, en este punto es necesario advertir que existen en el ordenamiento procesal civil nulidades insaneables y nulidades saneables, tal y como lo determina el artículo 144 del C. de P. C...

...Aplicando las anteriores normas al presente caso, observa la Sala que el hecho alegado por la parte demandada –falta de poder para demandar al INPEC-, contrario a lo afirmado por ella, no constituye una excepción de fondo que debía declarar oficiosamente el juez, como lo sostuvo reiteradamente la entidad demandada –INPEC-, sino que corresponde a la causal de nulidad del numeral 7º del artículo 140 del C. de P. C., la cual, según lo dispuesto por el artículo 144 *ibidem*, es una causal de nulidad saneable...”

Y en otra oportunidad sobre la temática en cuestión, precisó<sup>5</sup>:

*“...la Sala debe reiterar el criterio expuesto en las sentencias proferidas el 21 de febrero de 2002 y el 29 de agosto de 2007<sup>6</sup>, en el sentido de que aun si se tuviere por cierto que se hubiere configurado la causal de nulidad referida por ausencia total de poder, la misma debe tenerse por saneada cuando dicha circunstancia no hubiere sido alegada por las partes y cuando a pesar del vicio el acto procesal de representación se hubiere cumplido su finalidad y no se hubiere violado el derecho de defensa, finalidad que lógicamente está referida al hecho de que salgan airosas las súplicas formuladas a favor de la persona indebidamente representada...”*

Así las cosas, se considera, que la referida causal de nulidad se encuentra saneada, motivo por el cual, no hay lugar a declararla en el asunto de marras.

## **PROBLEMA JURÍDICO.**

Se centra en determinar, si la mercancía importada por la sociedad demandante consistente en “azúcar” clasificable en la subpartida arancelaria 17.01, se encontraba sometida a la restricción de ingreso exclusivo por el Puerto de Buenaventura y, por ende, le estaba vedado introducirla a territorio nacional por la Aduana de la ciudad de Cartagena de Indias.

Los motivos de inconformidad manifestados por las partes, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La controversia surgida en el presente asunto, tiene su origen en la importación de mercancía clasificada en la subpartida arancelaria 17.01 por parte de la sociedad demandante, consistente en “azúcar”, la cual, a juicio de la entidad demandada, no podía ingresar por la aduana de la ciudad de Cartagena de Indias, en virtud de la restricción establecida por las

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, Exp. 25508, C.P. Mauricio Fajardo Gómez

<sup>6</sup> Sentencia del 29 de agosto de 2007, expediente 10052

Resoluciones 13212 de 2007 y su modificatoria 03413 de 2008, que disponen que este tipo de productos deben ingresar exclusivamente por el Puerto de Buenaventura.

Por su parte, la sociedad accionante considera que al momento de ocurrencia de la operación aduanera internacional no se encontraba vigente aún la modificación prevista en la Resolución 03413 de 2008, toda vez, que según el documento de transporte "hijo" expedido por el Agente de Carga Internacional, la mercancía en cuestión fue embarcada el día 15 de abril de 2008 y la resolución en comento sólo entró a regir a partir del día 23 del mismo mes y año, es decir, con posterioridad.

En contraposición, la DIAN explica que no puede tomarse como fecha efectiva del embarque de la mercancía la misma de la expedición del documento suscrito por el Agente de Carga Internacional, ya que éste no actúa como transportador en la operación de importación, sino que se limita a realizar actividades de logística para que la mercancía llegue a su lugar de destino; por tanto, a su entender, la fecha de embarque es la de la expedición del documento de transporte "máster" proferido por el transportador marítimo de la mercancía, que para el caso de marras, es posterior a la entrada en vigencia de la resolución mencionada en párrafos anteriores.

Para dilucidar la discusión puesta a consideración de esta Sala de Decisión, corresponde en primer lugar revisar la normatividad aplicable al caso concreto:

Así las cosas, se tiene, que la Resolución 13212<sup>7</sup> de 08 de noviembre de 2007, proferida por el Director General de la DIAN, al respecto señala:

---

<sup>7</sup> Por la cual se establecen disposiciones transitorias para el ingreso e importación de algunas mercancías. Diario Oficial No. 46 812 de 14 de noviembre de 2007.

*“Artículo 1º Ingreso e importación de azúcar de caña o de remolacha y sacarosa químicamente pura, en estado sólido. Salvo lo previsto en el inciso quinto del artículo 39 de la Resolución 4240 de 2000, las mercancías clasificables por la partida 1701 del Arancel de Aduanas, deberán ingresarse e importarse exclusivamente por la jurisdicción de la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura.*

*Para estas mercancías no procederá la autorización del régimen de tránsito aduanero.”*

Según el texto de la disposición previamente transcrita, los productos clasificados en la subpartida arancelaria 17.01, como el azúcar, sólo podían ingresar por el Puerto de Buenaventura a partir de la entrada en vigencia de la misma, con excepción de la mercancía de este tipo procedente de Venezuela, tal como lo prevé el inciso 5º del artículo 39 de la Resolución 4240<sup>8</sup> de 2000, la cual, únicamente puede ingresar por el paso de frontera San Antonio-Cúcuta por el Puente Internacional Simón Bolívar y por el paso de frontera Ureña-Cúcuta, por el Puente Internacional Francisco de Paula Santander, que no es el caso de la mercancía objeto de discusión.

A su vez, el artículo 2º *ejusdem*, establece otros eventos en los que resulta inaplicable la restricción señalada en el artículo anterior, de la siguiente manera:

*“Artículo 2º. Excepciones. Lo previsto en el artículo anterior no se aplicará a las importaciones que se realicen en el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina ni para las mercancías que arriben al país por la jurisdicción de la Administración Delegada de Aduanas de Leticia.*

*Así mismo, lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º de la presente resolución, no se aplicará a los bienes que ingresen al país para ser sometidos a la modalidad trasbordo, a las mercancías cuyo documento de transporte se encuentre consignado o sea endosado a las personas jurídicas reconocidas e*

<sup>8</sup> Por la cual se reglamenta el Decreto 2685 de diciembre 28 de 1999

*inscritas como Usuarios Aduaneros Permanentes o Usuarios Altamente Exportadores; ni a las mercancías que se encuentren consignadas a usuarios industriales de bienes de las zonas francas, cuya actividad económica corresponda al procesamiento industrial de dichas mercancías ”*

Se extrae de este artículo, que se encuentran exoneradas de esta restricción las mercancías clasificadas en la subpartida 17.01 que ingresen a territorio nacional por las Aduanas de San Andrés y Providencia y Leticia en el Departamento de Amazonas.

Por otro lado, el artículo 3° de la misma resolución, prevé las consecuencias que se derivan del desconocimiento de la plurimencionada restricción aduanera, en los siguientes términos:

*“Artículo 3° El incumplimiento de lo establecido en el inciso primero del artículo 1° de la presente resolución dará lugar a la aprehensión de la mercancía de conformidad con lo establecido en el artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.”*

Además, dispone claramente dicha resolución en sus artículos 4° y 5° a partir de cuándo y hasta qué fecha resulta aplicable la restricción, así:

*“Artículo 4° Transitorio. Lo previsto en la presente resolución será aplicable para aquellas mercancías que sean embarcadas hacia Colombia a partir de la fecha de su entrada en vigencia.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

*“Artículo 5° Vigencia. La presente resolución rige a partir de su publicación y hasta el 31 de mayo de 2008, previa su publicación, y deroga las normas que le sean contrarias ” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Como puede observarse, resulta determinante la fecha de embarque de la mercancía hacia Colombia, para precisar con claridad si es aplicable o no la limitación aduanera en el régimen de importación ordinaria.

Con posterioridad, la normativa bajo análisis fue modificada por la Resolución 03413<sup>9</sup> de 17 de abril de 2008, expedida por el Director General de la DIAN, preceptuando lo siguiente:

*“Artículo 1º. Modifíquese el inciso 2 del artículo 2º de la Resolución 13212 de 2007, el cual queda así.*

*“Así mismo, lo establecido en el inciso segundo del artículo 1º de la citada resolución, no se aplicará a los bienes que ingresen al país cuyo documento de transporte se encuentre consignado o sea endosado a las personas jurídicas reconocidas e inscritas como Usuarios Altamente Exportadores, cuya actividad económica corresponda al procesamiento industrial de dichas mercancías”*

La modificación introducida por la disposición traída a colación radica en la limitación a los Usuarios Altamente Exportadores como únicos destinatarios de la restricción adicional establecida en el inciso 2º del artículo 1º de la Resolución 13212 de 2007 consistente en que “*Para estas mercancías no procederá la autorización del régimen de tránsito aduanero.*”, pero mantiene la condición de ingreso exclusivo por el Puerto de Buenaventura de las mercancías clasificadas en la subpartida arancelaria 17.01.

Igualmente, los artículos 2º y 3º de ésta resolución, anuncian desde cuándo y hasta qué fecha se amplía la restricción aduanera, de la siguiente manera:

*“Artículo 2º Transitorio. Lo previsto en la presente resolución será aplicable para aquellas mercancías que sean embarcadas hacia Colombia a partir de la fecha de su entrada en vigencia.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

*“Artículo 3º La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación hasta el 30 de noviembre de 2008 y deroga el artículo 5º de la Resolución 13212 de 2007.”*

<sup>9</sup> Por la cual se modifica parcialmente y se amplía la vigencia de la Resolución 13212 del 8 de noviembre de 2007. Diario Oficial de Colombia No. 46966. 23 de Abril de 2008.

Como corolario de lo anterior, encuentra la Sala, que el ingreso exclusivo de azúcar por el Puerto de Buenaventura entró en vigencia desde el 14 de noviembre de 2007 y se mantuvo hasta el 30 de noviembre de 2008, razón por la cual, cualquier persona natural o jurídica que haya realizado operaciones de importación de mercancía clasificada en la subpartida arancelaria 17.01, debía someterse a lo establecido en las resoluciones a que se ha hecho mención, con excepción de aquellas provenientes de Venezuela ó de las ingresadas por los Puertos de San Andrés y Providencia y Leticia.

Ahora bien, el artículo 278 del Decreto 2685 de 1999, establece en qué consiste el “embarque” de la mercancía, bajo los siguientes parámetros:

*“Artículo 278 Embarque. Es la operación de cargue en el medio de transporte de la mercancía que va a ser exportada, previa autorización de la autoridad aduanera.”*

La anterior disposición, debe ser analizada en consonancia con lo previsto en el párrafo 2º del artículo 241 de la Resolución 4240 de 2000, que es del siguiente tenor:

*“Artículo 241 Certificación de embarque.*

(...)

*Parágrafo 2 Para efectos de la exportación y de conformidad con lo previsto en el artículo 278 del Decreto 2685 de 1999, el embarque comprende, además de la operación de cargue de la mercancía en el medio de transporte, su salida del puerto o aeropuerto con destino a otro país.”<sup>10</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De ello se puede colegir, que la fecha efectiva del “embarque” de la mercancía es aquella en que la misma sale del puerto de origen con destino a otro país, es

<sup>10</sup> Texto modificado por la Resolución 12802 de 2005

decir, cuando deja definitivamente el territorio aduanero de una nación para ser transportada y finalmente entregada a su propietario en otro país diferente.

Para el caso en concreto, el documento que contiene la fecha exacta del embarque de la mercancía objeto de discusión, viene a ser el “conocimiento de embarque”<sup>11</sup>, ya que se trata de productos transportados hacia Colombia en un medio de transporte marítimo.

Por último, resulta pertinente traer a cuento el contenido del numeral 1.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, que es la causal de aprehensión y decomiso de la mercancía alegada por la DIAN en el *sub examine* y que a la luz del artículo 3° de la Resolución 13212 de 2007, se convierte en motivo de incumplimiento de la restricción arancelaria en discusión, el cual, reza:

*“Artículo 502. Causales de aprehensión y decomiso de mercancías. Dará lugar a la aprehensión y decomiso de mercancías la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:*

*1. En el Régimen de Importación:*

*(...)*

*1.2 Cuando el ingreso de mercancías se realice por lugares no habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, salvo que se configure el arribo forzoso legítimo a que se refiere el artículo 154<sup>12</sup> del Código de Comercio...* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El artículo en cita dispone que procederá la aprehensión y decomiso de la mercancía por parte de la autoridad aduanera, cuando se produzca el ingreso

<sup>11</sup> Decreto 2685 de 1999 “Artículo 1° Definiciones para la aplicación de este decreto. Las expresiones usadas en este Decreto para efectos de su aplicación tendrán el significado que a continuación se determina ( )

*Conocimiento de Embarque. Es el documento que el transportador marítimo expide como certificación de que ha tomado a su cargo la mercancía para entregarla. Contra la presentación del mismo en el punto de destino a quien figure como consignatario de ésta o a quien la haya adquirido por endoso total o parcial, como constancia del flete convenido y como representante del contrato de fletamento en ciertos casos. Los conocimientos de embarque de la carga consolidada los expide el agente de carga internacional.”*

<sup>12</sup> “Artículo 154. Calificación de arribada forzosa. La arribada forzosa es legítima o ilegítima. La legítima es la que procede de caso fortuito inevitable e ilegítima la que trae su origen de dolo o culpa del capitán. La arribada forzosa se presume legítima. En todo caso, la capitana de puerto inspecciona y califica los hechos.”



de la misma a territorio nacional por lugares inhabilitados para tal efecto, entendiéndose todos aquellos en los que la DIAN no permite el ingreso y salida de mercancías bajo control aduanero, de conformidad con lo señalado en el artículo 41<sup>13</sup> *ibidem*.

Hecho el anterior recuento normativo, corresponde ahora revisar el acervo probatorio recopilado en el expediente, con el fin de verificar si la mercancía importada por la sociedad demandante, se encuentra cobijada por la restricción prevista en las Resoluciones 13212 de 2007 y su modificatoria 03413 de 2008.

En el expediente se encuentra probado lo siguiente:

-fls.44 – 46 cuaderno principal: Registro de Operaciones de Exportación MCEX3111 de 18 de abril de 2008, expedido por SISCOMEX (Brasil), debidamente refrendado ante el Consulado General de Colombia en Sao Paulo (Brasil), en el que se informa que la Autorización de Embarque 08/0626572-001 fue expedida el día 18 de abril de 2008.

-fls.6 – 8 expediente administrativo: Acta de Aprehensión 106 COMEX de 21 de mayo de 2008, diligenciada por la autoridad aduanera del Distrito de Cartagena de Indias, en la que señala como transportador a la Empresa Maritrans S.A., como Agente de Carga a la Compañía Cockerill Cargo Ltda., y como consignataria de la mercancía a la Sociedad Dinpro Ltda., además, se pone de manifiesto que el objeto de la aprehensión de la mercancía es por haber incurrido en la causal 1.2 del Decreto 2685 de 1999, esto es, haber ingresado por lugar no autorizado.

En dicho acta se describe la mercancía de la siguiente manera: “AZUCAR CRISTAL COLOR ICUMSA MAX 200. CENIZA MAX 0.8% HUMEDAD MAX 0.08% POLARIZACIÓN MIN 99.7 GRADES. EMPACADO EN SACOS DE

---

<sup>13</sup> Artículo 41. Lugares inhabilitados para el ingreso y salida de mercancías bajo control aduanero. Son aquellos lugares por los cuales la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales permite el ingreso y salida de mercancías bajo control aduanero del territorio aduanero nacional.

*POIJETILENO/POLIPROPILENO CANTIDAD 945 TONELADAS. SON 33.075 SACOS, CON PESO BRUTO 948.402. PESO NETO 945.000 SEGÚN B/L.* En la parte final del referido documento, explica que la carga es aprehendida por existir restricción administrativa, en el sentido que las mercancías clasificadas por la partida 17.01 del arancel de aduanas, deberán ingresar e importarse exclusivamente por la jurisdicción de la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura.

-fl.9 expediente administrativo: Consulta de inventario por Documento de Transporte del Manifiesto 062008100002782 y Documento de Transporte 4294PNGCTG0001, en la que figura como transportador Maritrans Ltda., como Agente de Carga Internacional Cockerill Cargo Ltda., y como consignatario Dinpro Ltda., además, se señala como fecha del manifiesto el día 17 de mayo de 2008.

-fl.10 expediente administrativo: Respuesta a Oficio 0006068-0306 de fecha 20 de mayo de 2008, a través de la cual, Maritrans S.A., afirma que la Motonave CMA CGM Paulista Viaje GBS347S, zarpó de los Puertos de Santos y Paraguana (Brasil), los días 28 de abril y 02 de mayo de 2008, respectivamente.

-fl.21 expediente administrativo: Conocimiento de Embarque BR1382800, en el que se señala como fecha de emisión del mismo el día 02 de mayo de 2008, tal como se puede apreciar en la traducción oficial del aludido documento visible a folios 191 a 195 del cuaderno principal.

-fls.26 – 31 expediente administrativo: Documento de Transporte PNGCTG001, en la que se registra como consignatario de la mercancía al Depósito de Almagrario S.A., por cuenta de Dinpro Ltda., y tiene como fecha de expedición el día 15 de abril de 2008, como puede corroborarse en la traducción oficial que milita a folios 196 a 210 del cuaderno principal.

-fl.82 expediente administrativo: Registro ante la DIAN del Documento de Transporte 4294PNGCTG0001, en donde se deja por sentado que es tipo “HIJA” y que fue expedido el día 15 de abril de 2008.

-fl.83 expediente administrativo: Registro ante la DIAN del Documento de Transporte BR1382800, en donde se consigna que es tipo “MASTER” y fue expedido el día 02 de mayo de 2008.

-fl.110 expediente administrativo: Respuesta a Requerimiento Ordinario 0048A070 00000232, presentada por la empresa transportadora Maritrans S.A., en la que informa lo siguiente:

*“Por medio de la presente comunicación, y dentro del plazo estipulado, damos respuesta a su atento requerimiento de la referencia, en los siguientes términos:*

*1) La autorización de embarque N° 08/0626572.001, emitida por la aduana en Brasil, fue expedida el día 18 de abril de 2008. Anexamos copia del documento.*

*2) La MN CMA CGM Paulista arribó al puerto de Paraguana el día 1° de mayo de 2008 embarcando, entre otras las cargas amparadas por el B/L de la referencia.*

*3) La MN CMA CGM Paulista zarpó de Paraguana el día 2 de mayo de 2008, fecha de expedición del B/L Máster N° BR1382800, certificando así la fecha de embarque-cargue de la mercancía que nos ocupa.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Del material probatorio militante en la foliatura, se resalta que el Conocimiento de Embarque BR1382800, tiene consignado como fecha de emisión el día 02 de mayo de 2008, es decir, que es esa la fecha de embarque

de la mercancía importada por la sociedad demandante, en aplicación de la presunción legal establecida en el artículo 1641<sup>14</sup> del Código de Comercio. Así también lo afirma la Empresa Transportadora Maritrans S.A., en el numeral 3º de la respuesta dada al Requerimiento Ordinario 0048A070 00000232.

En ese orden de ideas, resulta diáfano que la misma se encontraba sometida a la restricción aduanera referente al ingreso exclusivo de este tipo de mercancías por el Puerto de Buenaventura, ya que como se dejó suficientemente explicado con anterioridad, dicha limitación estuvo vigente en las fechas comprendidas entre el 14 de noviembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2008, dentro de las cuales, quedó incluida la fecha de emisión del conocimiento de embarque a que se ha hecho mención.

Por las razones expuestas, es claro para esta colegiatura que la parte actora incumplió la limitación aduanera que la cobijaba, al ingresar azúcar por el Puerto de Cartagena de Indias en el periodo regulado por las resoluciones bajo análisis y, de contera, incurrió en la causal de aprehensión y decomiso prevista en el numeral 1.2 del artículo 502 del Decreto 2685 de 1999, tal como lo concluyó la autoridad aduanera.

Para finalizar, sea del caso resaltar, que no es de recibo para esta corporación el argumento esbozado por la parte actora, atinente a la vulneración de su derecho al debido proceso por haber omitido la DIAN en la parte resolutive del acto administrativo que definió la situación jurídica de la mercancía objeto de controversia, precisar a qué disposición en específico pertenece el numeral 1.2 citado como causal de aprehensión y decomiso, toda vez, que en la parte considerativa de dicho acto (fls.54, 61 y 62 del cuaderno principal), se señala

---

<sup>14</sup> - Artículo 1641 Presunción de la fecha de recibo. Si en el conocimiento no aparece indicada la fecha de recibo de las mercaderías se presumirá como tal la de su embarque. Si en el conocimiento no aparece indicada la fecha de embarque, se presumirá que ésta es la de emisión del documento. (Subrayado y negrita fuera de texto)

con claridad que está haciendo referencia al artículo 502 del Decreto 2685 de 1999.

Bajo el criterio de la Sala, tal situación permitió a la parte actora ejercer debidamente su derecho de defensa, puesto que fue puesto bajo su conocimiento las disposiciones normativas sobre las cuales basó la administración su decisión de aprehender y decomisarle la mercancía que introdujo por la Aduana de Cartagena de Indias.

En virtud de lo anterior, al no desvirtuar la sociedad accionante la presunción de legalidad de la que se encuentran revestidos los actos administrativos censurados, no le queda otro camino a esta Sala de Decisión que proceder a denegar las pretensiones de la demanda.

Por último, en cuanto a la condena en costas a la parte vencida, se tiene, que conforme al artículo 171 del Código Contencioso Administrativo “...*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*”. En el *sub lite* no se evidencia en la actitud de la parte demandante temeridad alguna y abuso de derechos procesales, que hagan procedente tal sanción, razón por la cual, en el presente asunto no hay lugar a imponer esta condena.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley;

### FALLA

**PRIMERO:** DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por la Sociedad Dinpro Ltda., en contra de la DIAN, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** NO CONDENAR en costas a la parte vencida.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, DEVOLVER el remanente al demandante si lo hubiere y ARCHIVAR el expediente.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

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

**LOS MAGISTRADOS**

  
**JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO**

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-23-31-001-2009-00189-00.




**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1253  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>	<b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: MARIA CONCEPCION SALAZAR OLIVARES</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL Y OTRO</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-009-2009-00340-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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,  
VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: **Jorge Eliécer Fandiño Gallo**  
Clase de Acción: **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante: **María Concepción Salazar Olivares**  
Demandado: **Ministerio de Defensa-Policía Nacional-Miriam Rico De León**  
Expediente: **13-001-33-31-009-2009-00340-01**

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil doce (2012), proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se accede parcialmente a las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

**I. LA ACCIÓN**

La señora María Concepción Salazar Olivares, por medio de apoderado judicial, concurrió ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de nulidad y restablecimiento del derecho conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, contra el Ministerio de Defensa, Policía Nacional y la señora Miriam Rico De León, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable las siguientes:



## **2. PRETENSIONES**

Se declare la nulidad de las Resoluciones 544 de 2007 por medio de la cual se dejó en suspenso el pago de la pensión de sobreviviente y la compensación por muerte en proporción de 50% y 00575 de 11 de mayo de 2009, a través de la cual se revocó parcialmente la anterior y se ordenó el pago de la pensión de sobreviviente y la compensación a favor de la señora Miriam Rico De León.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó se ordene a la accionada a reconocerle pensión de sobreviviente en su condición de compañera permanente del señor Idel Antonio Pérez Espriella y el pago de la compensación por muerte en cuantía de un 50%.

Solicita así mismo el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de las sumas reconocidas.

## **3. HECHOS**

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Idel Antonio Pérez Espriella prestó sus servicios a la Policía Nacional desde el 10 de mayo de 1993 hasta el 5 de enero de 2008, acumulando un tiempo de 16 años, 4 mese y 22 día de servicio.

Que el señor Idel Antonio Pérez Espriella se encontraba casado con la señora Miriam Rico De León, de cuya unión nacieron tres (3) hijos.

El señor Idel Antonio Pérez Espriella presentó demanda de cesación de efectos civiles del matrimonio, la cual correspondió su conocimiento al Juzgado

Tercero de Familia, quien fallo desfavorablemente a los intereses del demandante.

Que el señor convivió por más de 18 años con la señora María Concepción Salazar Olivares, de cuya unión nacieron tres (3) hijos a saber: Idel Antonio, Joel y Yoider Pérez Salazar.

La señora María Concepción Salazar Olivares en su condición de compañera permanente reclamó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, resuelta mediante Resolución 0544 de 2008, a través de la cual se decidió dejar en suspenso el 50% de la pensión de sobreviviente y la compensación por muerte, por existir controversia entre las señoras María Concepción Salazar Olivares en su condición de compañera permanente y la señora Miriam Rico De León en su condición de cónyuge.

Mediante Resolución 00575 de 2009, la Policía Nacional resuelve el recurso de reposición presentado contra la decisión anterior, en la que se reconoce a favor de la señora Miriam Rico De León el 20% de la pensión de sobreviviente y la compensación por muerte.

#### **4. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 24 de noviembre de 2009 (fl. 186), y fue fijada en lista, término dentro del cual las partes se pronunciaron así:

##### **4.1. Policía Nacional (fls. 235-238)**

Señaló que frente al caso concreto, que como quiera que la señora María Concepción Salazar Olivares no presentó en el curso de la actuación administrativa adelantada a raíz de la muerte del señor Idel Antonio Pérez Espriella sentencia judicial que declarará la unión marital de hecho alegada, o

siquiera el auto admisorio de la demanda de la constitución de la sociedad marital de hecho, no le era dable a la institución reconocerla como beneficiaria de la pensión de sobreviviente.

#### **4.2. Miriam Rico De León (fls. 199-207)**

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, y adujo que es cierto que a partir del año 2005 cesó su convivencia con el señor Idel Antonio Pérez Espriella, año en el que se separaron de cuerpo de forma definitiva. Sin embargo, señala que hasta dicha fecha se configuró una convivencia simultánea de la cual tanto la cónyuge como la compañera permanente tenían conocimiento.

### **5. EL FALLO RECURRIDO**

En la sentencia de primera instancia el *a quo* concedió las pretensiones de la misma, basado en lo siguiente:

Señaló que, acogiendo el criterio adoptado por la Corte Constitucional y por el Consejo de Estado, bajo los principios de justicia y equidad y teniendo en cuenta que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, teniendo en cuenta, además, que en el caso concreto, de conformidad con los testimonios de los familiares del fallecido, no se acreditó convivencia simultánea del difunto tanto con su cónyuge como con su compañera permanente en los últimos años de vida, la sustitución de la pensión reconocida por muerte en servicio activo del señor Idel Antonio Pérez Espriella, esto es el 20% de la pensión reconocida correspondiente al 50% de la misma, le corresponden a la actora, con quien convivió varios años antes de su muerte y consolidó un grupo familiar, dado que la cónyuge, a pesar de no haberse disuelto el vínculo matrimonial, no acreditó haber convivido con el

causante durante sus últimos años de vida, es mas la misma manifestó en su escrito de contestación de demanda que convivió con el finado hasta el 2005. (fls.1104-1119)

## **6. RECURSOS DE APELACIÓN**

### **6.1. Policía Nacional (fls. 375-378)**

Mediante escrito de 01 de junio de 2012, la Policía Nacional interpuso y sustentó el recurso de apelación pidiendo revocar la sentencia proferida por el a quo.

Señaló que la señora María Concepción Salazar Olivares no probó en vía administrativa su calidad de compañera permanente, por lo que la asignación de la pensión no debe retrotraerse al momento de la decisión administrativa sino a partir de la ejecutoria de la sentencia.

### **6.2. Miriam Rico De León (fls. 1121-1125)**

La demandada solicita la aplicación del artículo 11 del Decreto 4433 de 2004, por ser la norma especial que rige el caso concreto, por lo que solicita el reconocimiento proporcional de la pensión de sobreviviente dada la convivencia simultanea hasta el año 2005.

## **7. TRÁMITE DE LA ACCIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, concedió el recurso de apelación en audicioncita de fecha 18 de octubre de 2012 (fl. 1157) y fue admitido por esta corporación por medio de proveído de 15 de marzo de 2013 (fl. 1162).

A través de auto de 4 de junio de 2013 (fl. 1166), se ordenó correr traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto, término dentro del cual la demandante guardó silencio, mientras que las demandadas ratificaron los argumentos de la apelación y el Ministerio Público guardó silencio.

Hecho el anterior recuento, se decide, previas las siguientes,

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala, determinar si es procedente el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora María Concepción Salazar Olivares, en un 50% por haber convivido con el señor Idel Antonio Pérez Espriella, o a la señora Miriam Rico De León en su condición de cónyuge.

Los motivos de inconformidad manifestados por la parte recurrente, los desata la Sala bajo los siguientes argumentos:

La normatividad que rige el asunto en debate es, en principio, el Decreto 4433 de 2004, por tratarse de un régimen especial, exceptuado de la Ley 100 de 1993, por mandato del artículo 279.

El Decreto 4433 de 2004 “Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública.”, preceptúa:

*“ARTÍCULO 11. ORDEN DE BENEFICIARIOS DE PENSIONES POR MUERTE EN SERVICIO ACTIVO. Las pensiones causadas por la muerte del personal de Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, miembros del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, y Alumnos de las escuelas de formación, en servicio activo, serán reconocidas y pagadas en el siguiente orden:*

*11.1 La mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente y la otra mitad a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos si dependían económicamente del causante.*

*11.2 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, la pensión corresponderá íntegramente a los hijos menores de 18 años e hijos estudiantes mayores de 18 años y hasta los 25 años, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y a los hijos inválidos, si dependían económicamente del causante.*

*11.3 Si no hubiere hijos, la pensión corresponderá la mitad al cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, y la otra mitad en partes iguales, para los padres que dependían económicamente del causante.*

*11.4 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, la prestación se dividirá entre los padres, siempre y cuando dependieran económicamente del causante.*

*11.5 Si no hubiere cónyuge o compañero (a) permanente sobreviviente, ni hijos, ni padres, la pensión le corresponderá previa comprobación de que el causante era su único sostén, a los hermanos menores de dieciocho (18) años o inválidos.*

*La porción del cónyuge acrecerá a la de los hijos y la de estos entre sí y a la del cónyuge, y la de los padres entre sí y a la del cónyuge. En los demás casos no habrá lugar a acrecimiento.*

*PARÁGRAFO 1o. Para efectos de este artículo el vínculo entre padres, hijos y hermanos será el establecido en el Código Civil, y la calificación de la invalidez de los beneficiarios, será acreditada con fundamento en las normas del Sistema de Seguridad Social Integral que regulan lo concerniente a la determinación de dicho estado.*

*PARÁGRAFO 2o. Para efectos de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, cuando exista cónyuge y compañero o compañera permanente, se aplicarán las siguientes reglas:*

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite. En caso de que la sustitución de la asignación de retiro o pensión de invalidez se cause por muerte del pensionado, el*

*cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos inmediatamente anteriores a su muerte;*

*b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente superviviente, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de treinta (30) años de edad, y no haya procreado hijos con este. La sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión. con cargo a dicha sustitución. Si tiene hijos con el causante se aplicará el literal anterior.*

*Si respecto de un titular de asignación de retiro o pensionado por invalidez hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a y b del presente parágrafo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años. antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge o compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez o de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente*

**ARTÍCULO 12. PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE BENEFICIARIO.**  
*Se entiende que falta el cónyuge o compañero (a) permanente y por lo tanto se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la asignación de retiro o de la pensión de invalidez, en cualquiera de las siguientes circunstancias, según el caso:*

*12.1 Muerte real o presunta.*

*12.2 Nulidad del matrimonio.*

*12.3 Divorcio o disolución de la sociedad de hecho.*

*12.4 Separación legal de cuerpos.*

*12.5 Cuando lleven cinco (5) o más años de separación de hecho. (...)*

De acuerdo con la normativa transcrita la legitimación para recibir la pensión de sobreviviente radica en el cónyuge supérstite, excepto en el caso de que en el momento del deceso no hiciera vida marital en común con el causante.

El Consejo de Estado, mediante sentencia de 31 de enero de 2008<sup>1</sup>, realizó la evolución histórica normativa en tratándose de la protección a las compañeras permanentes (os), en cuanto pueden acceder a la sustitución pensional con la normatividad prevista en el Régimen General, así:

*“(...)*

*La Ley 33 de 1973 previó el derecho a la sustitución pensional a favor de la viuda. Por su parte, la Ley 12 de 1975 preceptuó en su artículo 1º que el cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular o de un empleado o trabajador del sector público, tendrían derecho a la pensión de jubilación si este falleciere.*

*Posteriormente, la Ley 71 de 1988 determinó que se extendían las previsiones de la sustitución pensional en forma vitalicia al cónyuge o a la compañera (o) permanente que dependiera económicamente del pensionado y finalmente la Ley 100 de 1993 previó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia al cónyuge o a la compañera permanente.*

*Así entonces, sin duda, la legislación aplicable a los pensionados del régimen general protegieron y protegen actualmente a las (os) compañeras (os) permanentes en tanto ellos pueden acceder a la sustitución pensional, lo que lleva a la conclusión de que si la norma prevista para el régimen especial de las Fuerzas Militares contiene esa discriminación coloca en desventaja a un grupo de personas que, conforme al régimen general tienen el derecho a ser beneficiarios de la sustitución pensional, y por tal razón debe acudirse a las previsiones de la Ley 100 de 1993, máxime cuando la muerte del causante ocurrió con posterioridad a su vigencia.*

*Tratándose de sustitución pensional, con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, lo que debe probarse es que se hizo vida marital*

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A", 31 de enero de dos mil ocho (2008), Rad: 25000-23-25-000-1995-08523-01(0437-00), CP: ALFONSO VARGAS RINCÓN



*cuando menos por dos años desde cuando el causante cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión y hasta su muerte, salvo que se haya procreado uno o más hijos con el pensionado fallecido.  
(...)*

Por su parte, la Corte Constitucional<sup>2</sup> declaró exequible el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, en el entendido de que además de la cónyuge y el cónyuge, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y la pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido, en los siguientes términos:

*“El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modifica los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y contempla una serie de condiciones que deben cumplirse para que el cónyuge o la compañera o compañero permanente superviviente tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, en caso de que se presente la situación excepcional de la convivencia simultánea en los últimos cinco años previos al fallecimiento del causante, disposición sobre la que la Corte declara su constitucionalidad condicionada, en el entendido que además de la esposa o esposo, también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, el compañero o compañera permanente y dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.*

*(...)*

*El requisito de la convivencia simultánea, para determinar el beneficiario de la pensión de sobreviviente tiene que ver con la convivencia caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, esto es, que ocurran al mismo tiempo la convivencia del causante con el respectivo cónyuge y con el compañero o compañera permanente durante los cinco años previos a la muerte del causante y excluye de antemano las relaciones casuales, circunstanciales, incidentales, ocasionales, esporádicas o accidentales que haya podido tener en vida el causante, como tampoco se refiere a aquellas situaciones en las cuales el causante convivió con diversas personas de forma sucesiva (no simultánea), situación que tiene su regulación especial.*

*(...)*

---

<sup>2</sup> Sentencia C-1035 de 22 de octubre de 2008 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Actora Linda María Cabrera Cifuentes.

*La jurisprudencia constitucional ha precisado con suficiencia las diferencias del matrimonio frente a la unión marital de hecho y ha sostenido que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones con especificidades propias y no plenamente asimilables, y no obstante, a partir del reconocimiento de estas diferencias, la Corte ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en ambos casos han constituido una familia.*

*(...)*

*La pensión de sobrevivientes es un derecho revestido por el carácter de cierto, indiscutible e irrenunciable, y constituye para sus beneficiarios un derecho fundamental.*

*(...)*

*El propósito perseguido por la Ley al establecer la pensión de sobrevivientes ha sido el de ofrecer un marco de protección a los familiares del afiliado o del pensionado que fallece, frente a las contingencias económicas derivadas de su muerte.*

*(...)*

*Teniendo en cuenta que con la pensión de sobrevivientes se garantizan derechos constitucionales de carácter fundamental, las disposiciones destinadas a regular los aspectos relacionados con esta prestación asistencial, de ningún modo, podrán incluir expresa o implícitamente tratos discriminatorios que dificulten el acceso a ésta, dada su especial dimensión constitucional.*

*(...)"*

La aplicación e interpretación de dicha normatividad debe hacerse atendiendo lo previsto en la Constitución Política de 1991, a partir de la cual tomó especial importancia bajo un marco de igualdad jurídica y social, la familia constituida por vínculos naturales, que para su protección, es irrelevante que su origen o fuente de conformación sea el matrimonio o unión de hecho, como lo ha sostenido la Corte Constitucional<sup>3</sup>.

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en un caso similar en el que se demostró la convivencia simultánea de la compañera permanente y la cónyuge, señaló<sup>4</sup>:

*"(...)*

<sup>3</sup> C-595 de 1996, T-660 de 1998, entre otras

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007), Rad: 76001-23-31-000-1999-01453-01 (2410 -04), CP JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE

*Así, en criterio de la Sala, debe aceptarse que el causante compartió su vida con los dos grupos familiares en forma simultánea. Constituye un hecho cierto y probado, la voluntad de Jaime Aparicio Ocampo de mantener vínculos afectivos, de apoyo mutuo, solidario y de respaldo económico con su esposa MARÍA LILIA ALVEAR CASTILLO, y a la vez con la señora FANORY PIMENTEL CULMAN, a quienes los terceros consideraban por el trato como su respectiva compañera de hogar.*

*La prueba testimonial con la que se acreditan los supuestos que dan muestra tanto de la convivencia con su esposa como con su compañera no fue controvertida por cada una de las interesadas, teniendo la oportunidad procesal para ello. Bajo este supuesto, valorada la prueba de acuerdo con los principios de la sana crítica, para la Sala no existen razones que induzcan a desvirtuar su contenido y a restarle valor o mérito afectando su eficacia probatoria.*

*Sin duda, y en esto insiste la Sala, si bien no se demostraron las condiciones particulares de la convivencia simultánea pues cada grupo de testigos sólo se refiere a una familia en particular y no puede el juez entrar a derivar supuestos que no se encuentran debidamente soportados en el expediente, es indiscutible que el agente compartía en vida sus ingresos y prodigaba manifestaciones de afecto, solidaridad y apoyo con quienes sus antiguos compañeros conocían como su esposa e hijos y con quienes los vecinos del corregimiento de Amainie, incluida la inspectora departamental, conocían como su compañera e hijo*

*Por estas razones, bajo un criterio de justicia y equidad y en consideración a que la finalidad de la sustitución pensional es la de evitar que las personas que forman parte de la familia y que dependen patrimonialmente del causante puedan quedar sumergidas en el desamparo y abandono económico, en el caso concreto, habiéndose acreditado una convivencia simultánea, se resolverá el conflicto concediendo el 50% restante de la prestación que devengaba el extinto agente Jaime Aparicio Ocampo, distribuido en partes iguales entre la cónyuge y la compañera permanente, con quienes convivió varios años antes de su muerte, procreó hijos y a quienes prodigaba ayuda económica compartiendo lo que recibía a título de asignación mensual de retiro.*

*No existen razones que justifiquen un trato diferente al que aquí se dispone pues concurre el elemento material de convivencia y apoyo mutuo, de manera simultánea, por voluntad propia del causante, en cabeza de la cónyuge y de la compañera.*

*(...)"*

Con el anterior antecedente jurisprudencial y con base en los artículos 13, 42 y 48 de la Constitución Política, los derechos a la Seguridad Social comprenden de la misma manera tanto al cónyuge como al compañero o compañera permanente. Adicionalmente, cuando se presente conflicto entre los posibles titulares del derecho a la sustitución pensional, debe valorarse el auxilio o apoyo mutuo, la convivencia efectiva, la comprensión y la vida en común al momento de la muerte, que son los factores que legitiman el derecho reclamado, así como la dependencia económica de las potencialmente beneficiarias.

En este orden de ideas, para la Sala es el criterio material de convivencia y no el criterio formal de un vínculo el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional.

## **2. CASO CONCRETO**

En el presente asunto la demandada Policía Nacional, pretende la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al considerar que el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la señora Miriam Rico De León en su condición de cónyuge del señor Idel Antonio Pérez Espriella se hizo teniendo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente administrativo.

De otra parte, pretende la demandada señora Miriam Rico De León, la revocatoria de la decisión de primera instancia, al considerar que existió una convivencia simultanea entre ella, el señor Idel Antonio Pérez Espriella y la señora María Concepción Salazar Olivares hasta el año 2005, es decir tres (3) años antes al fallecimiento del causante, tiempo que debe reconocérsele.

La Sala para efectos de resolver lo anterior encuentra probado lo siguiente:

- El señor Idel Antonio Pérez Espriella falleció el 5 de enero de 2008. (fl. 22).
- Ante el fallecimiento del señor Idel Antonio Pérez Espriella concurren a reclamar la pensión de sobreviviente la señora María Concepción Salazar Olivares, como compañera permanente y, la señora Miriam Rico De León, en calidad de cónyuge supérstite.
- A través de Resolución 0544 de 23 de junio de 2008. (fls. 23-26), la Policía Nacional reconoció pensión de sobreviviente en un 40% del salario que a la fecha de la muerte devengaba el Intendente Idel Antonio Pérez Espriella y una compensación por muerte, en un 50% a favor de sus hijos, y dejó en suspenso el otro 50% por existir controversia entre la señora María Concepción Salazar Olivares, como compañera permanente y, la señora Miriam Rico De León, en calidad de cónyuge.
- Mediante Resolución 575 de 11 de mayo de 2009 (fls. 27-30), la entidad resolvió recurso de reposición interpuesto por la señora Miriam Rico De León contra la decisión anterior, y procedió a revocar parcialmente la Resolución 0544 de 2008, y reconoció a favor de la señora Rico De León el 50% de la pensión de sobreviviente y la compensación por muerte.
- El señor Idel Antonio Pérez Espriella contrajo matrimonio con Miriam Rico De León, el 15 de mayo de 1988. según se desprende del registro civil de matrimonio visible a folio 31, en el cual aparece registrada la denuncia presentada por el señor Javier Mendoza Díaz en fecha 13 de julio de 2005.
- El día 16 de junio de 2010 fue recibido testimonio a la señora LOURDES DÍAZ GARCÍA (fls. 260-261), en el que manifestó: *"me citaron aquí para hablar sobre la convivencia del señor Difunto IDEL PÉREZ ESPRIELLA Y MIRIAM RICO DE LEÓN, soy comadre de*

*ambos y a la vez madrina de su matrimonio, a Miriam la conocí aproximadamente hace 40 años cuando estudiamos en la primaria, a IDER lo conocí hace como 35 años a 38 años antes de que se casaran, éramos muy amigos en esa época, hasta donde sé ellos convivieron hasta finales del 2005, me consta porque yo iba casi todos los días, mínimo cuatro días a la semana, yo pasaba por ahí todos los días a llevar mis niños al colegio, llegaba a veces en la mañana, me brindaban tinto y hasta desayuno, cuando mi esposo los llevaba en la mañana yo los recogía a medio día y nos encontrábamos ahí, a veces me brindaba almuerzo y me quedaba charlando con él, era un hogar muy unido, él era un padre muy cariñoso, correspondía con cierta obligación de alimentación pero no les alcanzaba para tener una vida mejor, nunca los escuche discutir, como le decía, me consta que vivieron hasta finales del 2005 y por ahí ya a principios de 2006 él le pidió el divorcio, cosa que me extrañó porque siempre nos contábamos las cosas, argumentando que el divorcio se lo pedía porque se iba para contraguerrilla, nos extrañó porque un hombre con tantas mujeres e hijos por todos lados, no nos pareció incoherente que pidiera el divorcio por eso, cuando él puso la demanda yo fui testigo de la señora MIRIAM en esa época, en el 2006, si sabía que tenía otro hogar creo que la señora se llama MARÍA, tuvo con MARÍA hijos y con MIRIAM, pero los tuvieron entrelazados, primero MIRIAM tuvo la mayor, ósea vivía al mismo tiempo con las dos familias, porque sino cómo se explica que tuviera los hijos así entrelazados.”*

- Obra a folios 264 a 266 testimonio del señor JOAQUÍN PÉREZ TORRES, en su condición de padre del señor Idel Antonio Pérez Espriella, en el que manifestó: *“él convivía con la Señora María Salazar, y soy testigo que él convivía con maria hace rato y tienen tres niños, como su mujer permanente. Nunca se separaron, tuvo a su esposa, hicieron vida marital y eso causó la separación de ellos dos, de la esposa con él, tanto que estaban haciendo vueltas para hacer el divorcio, que no llegó a efectuarse por su novedad que tuvo: y él antes tuvo un accidente grave también, y la que lo atendió fue María, tanto en la clínica como cuando le dieron de alta. El día de su fallecimiento, lo supe primero yo Joaquín Pérez y después fui a avisar a María porque somos vecinos de la misma calle y nos hicimos presentes en la clínica donde lo llevaron. Soy testigo de todas sus cosas y él vivía era donde María. Tiene sus tres hijos con ella, con ambas tiene tres, con esto no estoy diciendo que estoy bogando solo para donde María, sino que por derecho de igualdad, que solamente no sea una la favorecida,*

*sino que compartan por igual, porque hay tres niños por delante de ambas familias. Acto seguido el apoderado de la parte demandante, interroga al testigo: PREGUNTADO: 'Sírvasse decir las circunstancias de tiempo, modo, en que el Señor Miguel Antonio hizo vida marital en el barrio san José de los campanas. CONTESTADO: En el año 2005 aproximadamente, mi hijo vivía arrendado para esa fecha con María, entonces yo tengo un solarcito en san José de los campanas, y él me dijo a que lo ayudara para no seguir pagando arriendo. Entonces yo tenía un solar y empecé a pararle unas dos piezas que es donde siempre vivieron en San José, hace aproximadamente doce años, y ahora está ahí viviendo María, la verdad que él no le dejó casa, sino así como yo le estoy diciendo. Estuvieron juntos hasta la hora del fallecimiento. PREGUNTADO: Sírvase aclarar al Despacho, en tanto que en su respuesta manifestó que en el año 2005 llegaron a San José de los Campanas, y al final, manifiesta que hace aproximadamente doce años. Sírvase aclarar su respuesta en este sentido, para no dejar ninguna duda en tanto a la veracidad de su respuesta. CONTESTADO. Yo vivo en san José desde el año de 1993, en el sector villa esperanza lote 50 estoy metido desde el 96, por ahí como del 97 o 98 comencé a construirle al hijo mío y desde esa fecha está metido en san José. PREGUNTADO: Sírvase decir, a qué distancia, vive de la casa en que la señora María Salazar convivió con Idel Antonio. CONTESTADO: Unos 25 metros aproximadamente, porque los lotes son de 5.50 tenemos una calle de por medio que tiene como tres metros, mas once que tienen dos casas restantes, unos veinte metros aproximadamente; desde esa fecha ellos están ahí, porque esa casita se la construí yo, y la única mujer que le he conocido a su lado en el lapso de estar viviendo por ahí es a María. PREGUNTO: Sírvase decir, si el Señor Idel Antonio se separó alguna vez de la señora María Salazar o abandonó ese hogar. CONTESTADO: No, en ningún momento. Se separaban cuando lo trasladaban, pero siempre se comunicaban. PREGUNTADO. Sírvase decir, si el Señor Idel Antonio, hizo vida marital durante los últimos quince años con la Señora Miriam Rico. CONTESTADO. No convivía, me consta porque siempre lo veía permanente donde la querida María Salazar, que era donde siempre nos comunicábamos.(...)"*

- Así mismo, obra a folios 267 a 269 testimonio recibido a la señora PATRICIA ESTIER PÉREZ GÓMEZ, en su condición de hermana del señor Idel Antonio Pérez Espriella, quien señaló: "CONTESTO. El señor Idel y la Señora María tenían aproximadamente doce o trece

años de vivir en San José de los campanas, y vivían cerca donde mi papa que fue quien le cedió la casa a ellos, la convivencia era buena, puesto que siempre que íbamos a visitarlos o nos invitaban a la casa estaban bien o vivían en unión. si tuvieron problemas normales de pareja, pero siempre los veíamos bien. PREGUNTADO. Durante el tiempo de convivencia, el señor Idel Antonio con la señora María Salazar éstos alguna vez se separaron. CONTESTO. No que yo recuerde, desde el tiempo que comenzaron a vivir siempre vivieron juntos, se 'separaban cuando a él lo trasladaban por motivos de trabajo. Sin embargo, ella lo visitaba muchas veces donde estaba trasladado. PREGUNTADO. Sírvase decir al despacho. si el Señor Idel Antonio Pérez tuvo convivencia con la señora Miriam Rico durante los quince años anteriores a su muerte. CONTESTO. Hasta donde yo sé al principio ellos vivían, pero él vivía allá y acá, asea él iba allá y acá, pero al principio iba donde Miriam e iba donde María, dormía allá y acá, era una relación compartida al principio. Pero cuando él vivió en mi casa con María cuando Maria estaba embarazada de Idelito, el Hijo Mayor, el dormía casi todas las noches en su casa. entonces yo no sé como él podía vivir con Miriam también de lleno. Después el se mudo de la casa mas alantico con Maria y vivía allí con María, pero en todas las partes donde él vivía estaba con María. Ya después se mudaron para San José de los campanas y ya uno siempre lo veía en su casa siempre. dormía allá, tenía todas sus cosas allá. Hasta el momento de su muerte yo lo vi viviendo donde María. Bueno, pienso acá que uno vive donde duerme y tiene todo, porque uno vive donde descansa. PREGUNTADO Sírvase decir que relación de parentesco tiene o tenia con el Señor Idel Antonio Pérez. CONTESTO. La relación de parentesco con el Señor Idel Pérez, éramos Hermanos. (...) PREGUNTADO. Cuando en respuesta anterior manifestó que su hermano vivió junto con usted y luego se mudo para más adelante, sírvase decir en que barrio fue u aproximadamente en qué año. CONTESTO. En el barrio Olaya Herrera en el sector Rafael Núñez en la calle Tabu. Yo por fecha de años no se pero más o menos eso hace como unos 17 o 18 años atrás. PREGUNTADO. Sírvase decir en forma espontánea sus consideraciones en relación a la vida en común ente el Señor Idel Antonio Pérez y la Señora María Salazar Olivares. CONTESTO. Yo pienso que si Maria y Miriam saben cada una en la posición en la que estuvieron con él, porque tienen que alargar tanto este proceso, si mis sobrinos son los que están sufriendo las consecuencias, Miriam sabe que ella tenía ratos de no vivir con Idel, porqué se empeña en decir que sí vivía con él. Ahora ella sabe, que



*todos los niños necesitan, porque no trata de hacer las cosas bien que todos los hijos tomen por partes iguales. o que tengan los mismos beneficios. PREGUNTADO. Cuando en su última respuesta dice, que Miriam Sabe que desde hace ratos no convivía con Idel, diga al Despacho en meses o años cual era ese rato. CONTESTO. Por años no me acuerdo, pero yo se que ellos tenían ya raticos que no estaban conviviendo. Yo se que cuan o a e lo trasladaron para Magangué ya ellos no estaban viviendo eso fue más o menos en ve el 2004 el 2005 que yo estaba estudiando c ando eso. Yo si se que él le mandaba a sus hijos pero ya él no iba a la casa.”*

- También obra testimonio de la señora JACQUELINE CONCEPCIÓN PÉREZ GÓMEZ, a folios 270 a 272, en el que expuso lo siguiente: *“soy testigo y me consta que María Salazar vivió aproximadamente de 19 a 20 años con mi hermano. vivencia, porque de conocerse y andar juntos tienen 23 años o más, porque antes de mi hermano casarse con la señora MIRIAM nos presento a María como su novia y después de 4 años de novio nos enteramos que se iba a casar y para todos los familiares fue una sorpresa porque no sabíamos de la existencia de Miriam y fue casado obligado porque ella estaba en embarazo, incluso 1 mes antes de casarse fue donde mi mama la señora concepción Gómez para que ella to ayudara a casarse en un pueblo con María, pero María no acepto porque ella decía que el matrimonio no garantizaba la felicidad y al mes se caso con Miriam obligado todos los que asistieron al matrimonio se noto que fue obligado, incluso llegaron a la casa en carros separados. después de eso convivió con Miriam 1 año, al año siguiente se saco a vivir a MARÍA SALAZAR, me consta esto porque todo el tiempo viví con ellos. mis vacaciones de escuela las pase con ellos y los fines de semana también, vivieron en Escallon Villa, en Zaragocilla, en el Nuevo Bosque, en Olaya donde mi mama, después se mudaron dos casas después. después se mudaron en la esquina por donde mi mama, de allí se pasaron al Callejón Yanes. de ahí pasaron al 13 de junio, en el callejón estela, de allí se fueron a vivir en un lote con dos cuartos que le hizo mi papa en el barrio san José. un terreno que les cedió mi papa con dos habitaciones. aproximadamente tienen como 12 años de estar ahí, y doy fe que mi hermano todo el tiempo vivió con María, el día que no lo veíamos allá era que estaba trasladado, como le digo todo el tiempo fui a pasar vacaciones con ellas hasta cuando forme mi hogar y no pude ir mas. allá hacíamos parrandas, hablábamos, iba a visitar a mis sobrinos, a una cuadra como a 12 metros vive mi papa, comenzábamos las*

*parrandas donde papi y terminábamos allá, y la verdad es que allá tiene todas sus cosas en el momento que tuvo un accidente no tengo la fecha exacta pero fue antes de la muerte, y la que nos aviso a todos fue maria y fue la que permaneció con él en el hospital, ella era la que nos avisaba y a la hora de la muerte fue ella quien nos aviso. Acto seguido se le concede la palabra al Dr. CARLOS ALBERTO ALEMÁN CASTELLANO, quien manifiesta desea interrogar a la declarante. PREGUNTA. Sírvase decir si el señor IDEL ANTONIO PÉREZ sostuvo convivencia efectiva con la señora MIRIAM RICO. CONTESTADO. La verdad como le dije en la declaración ellos convivieron un año después del matrimonio que vivían donde mi abuela, de allí al año siguiente mi hermano se fue a vivir con la señora MARÍA SALAZAR, no puedo decir si siguieron conviviendo porque no me consta porque tuvieron hijos después de eso, pero si me consta que el vivo con la señora MARÍA al año siguiente de haberse casado con la señora MIRIAM, incluso el todavía no era policía, era chef. PREGUNTADO. Como era la convivencia del señor IDEL ANTONIO PÉREZ con la señora MARÍA SALAZAR. CONTESTADO. Excelente se puede decir, nunca los vi discutiendo, le decíamos que era una boba ella porque hasta las medias se las colocaba, le tenía que buscar la ropa, le tenía que buscar todo si ella no estaba ese niño se vestía como loco cuando ella no estaba. tanto con él como con su familia, una mujer que siempre atendió a la familia de el excelente, es la hora y mi hermano tiene dos años de fallecido y todavía nos trata igual que cuando él estaba vivo. PREGUNTADO. Sírvase decir cómo era la relación del señor IDEL ANTONIO con sus hijos producto de la relación con la señora MIRIAM RICO. CONTESTADO. Era una relación buena, el cumplía con su obligación de padre, no tengo mucho conocimiento porque no he convivido mucho, no he tenido tantas relaciones con ellos. Acto seguido se le concede la palabra a la Dra. MARÍA CAROLINA MORALES BUELVAS quien PREGUNTA. Señale a este despacho que relación mantuvo con el hogar conformado por el señor IDEL ANTONIO y la señora MIRIAM RICO. CONTESTADO. La relación fue que fui cuñada de ella, no tengo nada en contra de ella a pesar de que no fue la primera que vi como pareja de mi hermano, igual ella tampoco hizo nada por ganarnos a nosotros, nunca hubo una atención las veces que íbamos a visitarla de parte de ella, hablamos nos saludamos lo normal pero no hay un vinculo estrecho. PREGUNTADO. Señale con qué frecuencia visitaba el hogar PÉREZ - RICO Y durante cuánto tiempo lo hizo. CONTESTADO. Durante el año que convivieron iba frecuentemente donde mi abuela que ellos vivían*

*allá igual llegábamos donde ella y ella se iba para la calle no le importaba que nosotros llegáramos. PREGUNTADO. Tiene conocimiento acerca del valor o si en general el señor IDEL cumplía con su obligación alimentaria con los menores IDELFY e IDELMIS. CONTESTADO. Si cuanto no se pero si se que cumplía. PREGUNTADO. Tiene conocimiento si en alguna oportunidad el señor IDEL PÉREZ enfrente alguna reclamación alimentaria por vía judicial o administrativa, para el cumplimiento de sus obligaciones con sus menores hijos IDELFY e IDELMIS. CONTESTADO. No, hasta donde tengo entendido la que lo demando fue MIRIAM no fue porque no le cumpliera sino porque quería un monto mayor que hoy en día me hago la pregunta, si, .convivía con el porqué tiene que haber una demanda por alimentación, un hombre que vive en mi casa porque lo tengo que demandar imagino que tiene que comer el también. ”*

Descendiendo en el caso concreto, la Sala es del sentir que la señora Maria Concepción Salazar Olivares, quien acude en calidad de compañera permanente del señor Idel Antonio Pérez Espriella, logró acreditar haber convivido con el causante en los años anteriores a su fallecimiento.

Por otra parte, no existe duda que el señor Idel Antonio Pérez Espriella, aunque no se separó legalmente de su cónyuge Miriam Rico De León, dejó de convivir con ella los tres (3) años anteriores a su deceso, como se desprende de lo dicho por la misma en el escrito de contestación.

En esa medida, se encuentra de acuerdo la Sala con la conclusión a la que llegó el a quo, cuando encontró probada la convivencia exclusiva del causante con la señora Maria Concepción Salazar Olivares, pues una vez verificado el material probatorio de manera conjunta, se logra determinar que el señor Idel Antonio Pérez Espriella, había cesado su convivencia con la señora Miriam Rico De León y únicamente convivía con la demandante.

De otra parte, en cuanto al argumento planteado por la Policía Nacional, en el sentido de que la señora Maria Concepción Salazar Olivares, no acreditó en

vía administrativa la calidad de compañera permanente, encuentra la Sala que dicha afirmación resulta contradictoria con lo expuesto en la Resolución 00544 de 23 de junio de 2008, cuando se señala que se presentaron a reclamar el derecho de la sustitución pensional las señoras Miriam Rico De León como cónyuge y María Concepción Salazar Olivares como compañera permanente, razón por la cual en dicha actuación se procedió a dejar en suspenso el reconocimiento de la cuota pensional correspondiente, hasta tanto se dirimiera el conflicto por la autoridad competente.

Visto lo anterior, para la Sala no es de recibo el argumento de que la ahora demandante no ejerciera en vía administrativa su derecho como compañera permanente, situación distinta es que la entidad exigiera que le fuera aportada sentencia de declaratoria de la unión marital de hecho con el causante, por lo anterior, y teniendo en cuenta que la señora Salazar Olivares si se presentó a reclamar el beneficio de la pensión sustitutiva en tiempo, y que fue la entidad quien desestimó su condición de compañera permanente, el reconocimiento de la pensión resulta procedente desde el momento del fallecimiento del señor Idel Antonio Pérez Espriella.

En este orden de ideas, como quiera que se encontró demostrada materialmente la convivencia de la demandante con el señor Idel Antonio Pérez Espriella, para la Sala atendiendo a que es dicho criterio el factor determinante reconocido por la reciente jurisprudencia para determinar a quién le asiste el derecho a la sustitución pensional, y no el vínculo formal, en el asunto de marras habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

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

### III. FALLA

**CONFIRMAR** la sentencia de treinta (30) de abril de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada la presente providencia, **DEVOLVER** 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

  
JORGE ELI CERFANDINO GALLO

  
MARCELA LOPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

Las anteriores firmas corresponden al expediente No. 13-001-33-31-009-2009-00340-01



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1254  
(ART. 323 C. P. C.)**

**CLASE DE PROCESO : ACCION DE REPARACION DIRECTA**  
**MAGISTRADO PONENTE-DR : JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO**  
**DEMANDANTE : DEIVIS GILBERTO MONTERROSA MENDOZA**  
**DEMANDADO : NACION- FISCALIA GENERAL -MINISTERIO DE  
DEFENSA-POLICIA NAICONAL-ARMADA NACIONAL**  
**RADICADO J. XXI : 13-001-23-31-001-2005-00977-00**  
**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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO  
Clase de Acción: REPARACIÓN DIRECTA  
Radicación: 13-001-33-31-001-2005-00977-00  
Demandante: DEIVIS GILBERTO MONTERROSA MENDOZA  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA  
NACIONAL – ARMADA NACIONAL – POLICÍA  
NACIONAL - FISCALÍA GENERAL DE LA  
NACIÓN  
Instancia: SEGUNDA  
Controversia: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR  
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Agotado como se encuentra el trámite de la presente acción, procede la Sala a emitir decisión de fondo.

**I. ANTECEDENTES.**

**I. LA ACCIÓN.**

El señor Deivis Alberto Monterrosa Mendoza, por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contencioso administrativa a instaurar demanda de reparación directa, conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional – Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## **2. PRETENSIONES.**

Que se declare responsable a la Nación – – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional – Policía Nacional, por los perjuicios materiales y morales ocasionados al demandante por la expedición y ejecución de una orden de captura de la que fue objeto el día 14 de mayo de 2003 por el supuesto delito de hurto calificado y acceso carnal violento, con fundamento en información suministrada por un miembro activo de la Policía Nacional.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada a pagar a título de reparación del daño los perjuicios materiales y morales, los que se estiman en una suma superior a trescientos millones de pesos (\$300.000.000,00), más el lucro cesante, los que se piden como intereses compensatorios a la tasa del 6% anual.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

## **3. HECHOS.**

El libelista sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls.2-4 Cuad. Ppal.):

Mediante informe de inteligencia contenido en oficio 0271 GRUVI-SIJIN rendido por el señor Luis Eusebio Angulo Martínez, investigador de la Policía Judicial adscrito a la Sijin Bolívar, se dejó sentado que en virtud del testimonio de Gregorio José Torres Mattos, el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza fue puesto a disposición de la Fiscalía Seccional 20 de Cartagena.



La Fiscalía Seccional 32 en resolución del 30 de mayo de 2003, dentro del proceso radicado bajo el número 117.268 dictó medida de detención preventiva contra el actor por hechos que ocurrieron el 16 de abril de 2003 en la Finca Tarapaca donde fueron violadas varias mujeres y los delincuentes se sustrajeron varios artículos. En este se demostró que el testigo por el que se vinculó al demandante a la investigación penal, era agente activo de la Policía Nacional, sin embargo, toda la información que suministró y llevó a la cárcel al demandante fue falsa, pues con testimonios presenciales se comprobó que éste no tenía nada que ver con los homicidios en los que se le había inculcado.

También fue relacionado con la investigación penal adelantada por la Fiscalía Seccional 30 dentro del proceso penal con radicado 110.181 por el presunto delito de homicidio.

El día 23 de mayo de 2003 el actor fue capturado por miembros de la Sijin cuando se encontraba en el barrio El Pozón, siendo privado de su libertad por el término de cuatro (4) meses.

Mediante resolución del 13 de septiembre de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito resolvió calificar el mérito del sumario con preclusión de la investigación penal seguida contra el demandante, con lo que quedó demostrada la inocencia del procesado y su injusta privación de la libertad.

Durante el tiempo que estuvo detenido el actor fue objeto de toda clase de aberraciones y expuesto al peligro permanente junto a peligrosos delincuentes de la ciudad, sufriendo maltrato físico y psicológico.

Adicionalmente, le fueron acaecidos perjuicios materiales en cuanto que para la época de su detención se desempeñaba como panadero, actividad a la que se

dedicó después de sufrir un accidente en su mano derecha cuando prestaba el servicio militar, negocio con el que sostenía su familia y de la cual percibía buenos ingresos económicos por los contratos y ventas que mantenía.

Para su defensa contrató un profesional del derecho para que ejerciera su defensa en los reseñados procesos, pagando la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00) por concepto de honorarios. Aunado a ello dejó de presentarse a las citas que le fueron programadas para su valoración por parte de la Junta de Invalidez, lo que le proporcionó una disminución significativa de la calificación de incapacidad.

#### **4. TRAMITE PROCESAL.**

La demanda fue admitida el 28 de junio de 2005 (fl.183 Cuad. Ppal.) y, luego de surtirse su notificación, se fijó el proceso en lista por diez (10) días (fl.183 reverso *idem*), plazo dentro del cual el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, alegó que teniendo en consideración que la imputación de los delitos efectuada al actor tiene como origen un informe de inteligencia de la Policía Nacional el cual no alcanza la categoría de acto administrativo al no contener decisión alguna.

El Ministerio de Defensa – Policía Nacional por su parte, como argumentos de defensa señaló que el hecho de que la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena haya proferido la cesación del proceso penal del actor no implica que la Policía Nacional haya incurrido en falla del servicio, dado que las funciones de esa institución están dirigidas y coordinadas por el Fiscal General de la Nación o su delegados de acuerdo a lo establecido en el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal y el 251 (4) de la Constitución Política, por lo que las unidades de policía judicial únicamente pueden realizar labores de verificación previas a la judicialización

en casos de flagrancia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada por la fiscalía no puedan iniciar la correspondiente investigación previa, pero una vez ésta se haya iniciado solo actuará por orden del fiscal, quien comisionará a cualquier funcionario público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas o diligencia tendientes al esclarecimiento de los hechos. (fls.218-220 Cuad. Ppal.).

La Fiscalía General de la Nación, mediante apoderada especial, contestó la demanda (fls.225-232 Cuad. Ppal.) y en oposición a las pretensiones del accionante señaló que no se verifican los presupuestos esenciales para estructurar su responsabilidad patrimonial porque obró conforme a lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, según el cual es deber de la fiscalía realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito. Manifestó que precisamente en ejercicio de esa función se le adelantó una investigación penal contra el demandante por los delitos de hurto calificado y acceso carnal violento, lo que no configura una falla en el servicio imputable a la fiscalía, pues la detención tuvo por objeto capturar preventivamente dentro de una investigación penal al individuo que resulte involucrado.

Precisa que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de los perjuicios ocasionados, debe considerarse que conforme al criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional, no siempre que una persona haya sido privada de la libertad, como consecuencia de una orden de captura o una medida de aseguramiento y posteriormente, recupere su libertad, se configura en error judicial como fuente de responsabilidad administrativa.

De otra parte expresa, que la parte demandante se limita a solicitar indemnizaciones tanto por daño emergente y lucro cesante, vida de relación y perjuicios morales, pero no concretizan o logran demostrar los supuestos perjuicios causados o que acrediten los ingresos que por su oficio de panadero percibía el demandante.

Solicitó el llamamiento en garantía de la señora Blanca Isabel Saenz Castillo, Fiscal Seccional 32, quien adelantó parte de la investigación penal y ordenó la captura del actor.

Por auto del 22 de septiembre de 2009 (fls.236-237) se admitió el llamamiento en garantía de la Fiscal Seccional 32, ordenándose su emplazamiento en proveído del 24 de marzo de 2010 (fl.245), empero, ante la desatención de la entidad accionada para retirar el emplazamiento a fin de surtir la notificación de la llamada en garantía, después de transcurrido veinte (20) días de estar el expediente a disposición de la parte solicitante se entendió desistido el llamamiento en garantía (fls.257-259).

En providencia del 1º de diciembre de 2011 se aperturó el período probatorio (fls.255-257 Cuad. Ppal.). Posteriormente, en auto del 29 de julio de 2013 se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para alegar de conclusión (fl.295 Cuad. Ppal.).

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso que nos ocupa.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA.**

Antes de entrar a estudiar el fondo del presente asunto, se debe precisar que

como quiera que en los supuestos fácticos del libelo demandatorio se hace referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial frente a la privación injusta de la libertad de que fue objeto el demandante con ocasión de las investigaciones penales adelantadas en su contra por la Fiscalía Seccional 30 por el delito de homicidio con radicación 110.181 y por la Fiscalía Seccional 32 por los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado radicado bajo el número 117.268 y; en el acápite petitorio se solicita la declaratoria de responsabilidad estatal por los perjuicios materiales y morales causados al demandante en virtud del tiempo que estuvo recluido por los supuestos delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, el análisis que hará la Sala sobre la comparecencia de los elementos de responsabilidad para predicar la falla en el servicio por la privación injusta de la libertad del actor se limitará a la ocurrencia de ésta dentro del proceso penal con radicación 117.268.

De otro lado, estima la Sala necesario dilucidar previamente si la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional ostenta o no legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto, ello, como quiera que según lo relatado en la demanda la actuación de esa entidad se limitó a ejecutar una orden de captura emitida por la fiscalía en el marco de una investigación penal adelantada contra el actor.

Ahora bien, revisadas las pruebas obrantes en el plenario, se observa que: i) la Fiscalía Seccional 20 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito en proveído del 19 de mayo de 2003, dio inicio a la investigación penal contra el señor Deivis Monterrosa y otros (fl.7 Cuad. Prueb.2); ii) mediante resolución del 30 de mayo de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional contra el actor por los presuntos delitos de hurto calificado y acceso carnal violento (agravado) en calidad de coautor y

libró boleta de detención ante el Director de la Cárcel San Sebastián de Ternera de Cartagena (fls.57-68 *idem*); iii) en proveído del 9 de julio de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito denegó la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria (fls.115-118 *idem*), decisión que fue confirmada el día 29 de julio de 2003 (fls.162-166 *idem*); iv) el ente investigador ordenó cerrar parcialmente la investigación seguida contra el accionante (fl.146 *idem*); v) el 13 de agosto de 2003 la fiscalía repuso el auto del 16 de julio de 2003 (fls.181-183 *idem*); vi) el 13 de septiembre de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito resolvió calificar el merito del sumario con preclusión de la investigación penal seguida contra el aquí demandante (fls.212-222 *idem*).

Desde esta perspectiva, resulta incontrastable que los hechos dañosos invocados en la demanda, que se concretan en la apertura de investigación penal en contra de Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por los delitos de hurto calificado y acceso carnal violento (agravado) en calidad de coautor, y en su posterior detención preventiva, obedecieron a actuaciones todas cuya responsabilidad sólo es endilgable a la fiscalía, como quiera que fueron funcionarios de esa entidad quienes ordenaron en el asunto bajo estudio la realización de cada una de las actuaciones judiciales cuestionadas. En efecto, los agentes de policía que capturaron al demandante se limitaron a dar cumplimiento a la orden de aprehensión de captura emitida por el ente investigador dentro de la esfera de sus competencias.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional no debe responder por los daños supuestamente causados a los demandantes, pues no existen elementos probatorios que permitan atribuirle alguna responsabilidad y, por ende, tampoco puede resultar afectada con la eventual condena que se imponga en esta sentencia, por lo que

se estimará de oficio la falta de legitimación material en la causa respecto de esa entidad.

En este mismo sentido se emitirá pronunciamiento respecto a la Armada Nacional, toda vez que de igual manera no le asiste ningún tipo de responsabilidad por la falla del servicio que se reclama, en el entendido que dicha institución no está relacionada ni directa o indirectamente con la captura de que fue objeto el demandante en cumplimiento de una orden judicial emitida por la fiscalía.

## **2.2. PROBLEMA JURIDICO.**

¿Está llamado a responder el Estado por los perjuicios causados al sindicato, como consecuencia de su vinculación a un proceso penal y posterior privación de la libertad en virtud de detención preventiva, cuando se absuelve o se precluye la investigación, por ausencia de elementos probatorios?

### **2.2.1. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.**

- **De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.**

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el “*Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que al tenor reza:

*“Indemnización por privación injusta de la libertad.- Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el*

*sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.*

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y, la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió y iii) la conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El Consejo de Estado ha venido recalcando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas<sup>1</sup>. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

a) Una primera postura que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que **la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez** que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA. Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Exp. 13558, C.P. Dr. Alíen Eduardo Hernández Enríquez



absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

b) Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando se absuelve porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, **la responsabilidad es objetiva** por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "*injusto*" sino "*injustificado*" de la detención.

c) Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaría imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en **aplicación del principio universal del *in dubio pro reo***<sup>2</sup>.

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Sentencia del 8 de julio de 2009. Exp.16932. C.P.: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que verificarse si es imputable o no a la administración de justicia<sup>3</sup>.

- **Régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en los casos contemplados en el inciso segundo del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.**

En sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado adiada 6 de abril de 2011, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio<sup>4</sup>, se hicieron algunas precisiones en tomo a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, pero advirtiendo que en dicha decisión *“no se fijará el alcance del primer aparte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en tanto establece el derecho a la reparación para quien haya sido “injustamente privado de la libertad”, ni se entrará a definir si además de las causales taxativamente señaladas en la norma hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con un criterio objetivo y tampoco se referirá a los eventos de *in dubio pro reo*”*.

Por ello, en este precedente, sólo se determinó el alcance del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 frente a una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Exp.33238. C.P., Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA DE LA SECCION TERCERA. Sentencia del 6 de abril de 2011. Exp.21.653. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

En este orden de ideas, de la sentencia de la Sala Plena se pueden resaltar los siguientes aspectos relevantes:

i) El derecho a la reparación del daño por privación injusta de la libertad ha sido regulado por distintas normas, razón por la cual en cada caso concreto, el juez debe precisar cuál es la normatividad vigente para el momento en que la persona es exonerada de responsabilidad penal y la causal que fundamenta esa exclusión de responsabilidad.

ii) El concepto de daño antijurídico se desliga de su causación antijurídica porque *“aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno”*.

En torno de este punto, el Consejo de Estado precisó que sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

iii) Esa Corporación señaló que en vigencia de la actual Constitución Política, la privación de la libertad está prevista ya sea como pena o medida de aseguramiento, pero siempre que se cumplan los siguientes requisitos de orden

legal y constitucional: a) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) cumplimiento de las formalidades legales y, c) la existencia de motivos previamente definidos en la ley. De igual manera debe obedecer “a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena”, por lo cual sólo debe ordenarse para procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse.

iv) Cuando en vigencia del Decreto 2700 de 1991, es decir, entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, se profiera sentencia penal absolutoria o su equivalente de preclusión de instrucción, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico, aplicando el segundo inciso del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991-Código de Procedimiento Penal<sup>5</sup>.

En estos casos, la persona “tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta”. Por ello, en estos casos el juez no tiene que hacer otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a la persona porque el daño así causado se toma antijurídico.

v) Teniendo en cuenta que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigencia al entrar a regir la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal-, esto es, a partir del

---

<sup>5</sup>Esta norma expresamente contempla: “Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituir hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”

24 de julio de 2001-, y que ni éste código, ni el subsiguiente –Ley 906 de 2004- contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado precisó que en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, es decir, con posterioridad al 24 de julio de 2001, no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal. Señaló que lo anterior no obsta para que la decisión reparatoria se apoye en el artículo 90 de la Constitución, y por los mismos eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, aquél, esto es, *“cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible”*.

Lo anterior, bajo el argumento que *“la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico”*.

vi) Respecto del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que prevé que *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*, el Consejo de Estado precisó que se refiere a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por actuación de cualquiera de sus órganos *“abiertamente arbitraria”*, pero ello *“no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de*

*soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible. que son los eventos a los que se refiere el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991”.*

vii) Finalmente, decantó que en el evento de reclamarse daños consolidados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esto es, *“por privaciones de la libertad sufridas con ocasión de investigaciones penales concluidas antes del 7 de julio de 1991, la decisión reparatoria deberá fundamentarse en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos- y en los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886, así como en los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado que fueron desarrollados por la jurisprudencia en aquella época”.*

Es decir, que *“los daños sufridos por los demandantes por privación de su libertad antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991 y se expidiera el artículo 414 del Decreto 2700 de ese mismo año, son atribuibles al Estado cuando esa privación hubiera sido injusta, ilegal, o se hubiera incurrido en error judicial. Para deducir la responsabilidad deben aplicarse los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas, que la jurisprudencia había desarrollado hasta entonces (falla probada, falla presunto del servicio, daño especial, o riesgo excepcional)”.*

En providencia más reciente, del 22 de junio de 2011, la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado<sup>6</sup>, hizo las siguientes precisiones:

i) Al margen de la fecha en que se produjo la privación de la libertad, ya sea

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Sentencia del 22 de junio de 2011. Exp.20713. C.P. Dr. Enrique Gil Botero

que se hubiese llevado a cabo en vigencia del derogado Decreto 2700 de 1991 o no, se deben estudiar las reglas que el artículo 414 de esa normatividad contempla para determinar si el régimen aplicable es objetivo o subjetivo.

ii) Si la absolución o la preclusión se producen porque: 1) el hecho no existió, 2) el sindicado no lo cometió, o 3) la conducta no constituía hecho punible, el régimen aplicable, por expresa disposición legal, es el objetivo, mientras que si la libertad se concedía por cualquier otra causa se imponía el estudio de la responsabilidad desde una perspectiva subjetiva (v.gr. la acción penal estaba prescrita, no se cumplían con los requisitos de la medida de aseguramiento, entre otros factores).

ii) Recalcó que *“las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (Decreto Ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996”* y puntualizando que ello no significa que se esté avalando una aplicación ultractiva del citado precepto legal (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, ello, en aplicación del principio *iura novit curia*, que habilita al juez para adoptar o acoger supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, según el fundamento en que se soporte la misma.

Puntualizó que en estos casos no hay necesidad de revisar si el Estado actuó de manera diligente o cuidadosa pues la fuerza de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), *“refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el*

*que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso (...)*"

### **2.2.2. LO PROBADO.**

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas que resultan relevantes con miras a definir el presente asunto:

- a) Oficio 086225 del 23 de febrero de 2012 en el que la Directora de Registros de la Cámara de Comercio informa que revisado el archivo del registro mercantil que se lleva en esa entidad no figura matriculada persona natural a nombre de Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza y tampoco figuran inscritos bienes mercantiles a su nombre sujetos a registro (fls.268 Cuad. Ppal).
- b) Oficio del 23 de febrero de 2012 a través del cual el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Cartagena certifica que en su sistema no figura como interno en establecimiento carcelario de esa jurisdicción el señor Deivis Gliberto Monterrosa Mendoza (fl.269 *idem*).
- c) Expediente radicado bajo el número 110.181 correspondiente a investigación penal seguida por la Fiscalía Seccional 30 contra el demandante por el delito de homicidio (fls. 271-272 Cuad. Ppal. - Cuad. Prueb. 1).
- d) Expediente con radicación 117.268 correspondiente a investigación penal seguida por la Fiscalía Seccional 32 contra el actor por el delito de acceso carnal violento y hurto calificado (fls.273 Cuad. Ppal. - Cuad. Prueb. 2).



- e) Oficio N3-00250-RC del 29 de febrero de 2012, en el que el Notario Tercero del Círculo de Cartagena hace constar que en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil figura registro civil de nacimiento del actor en la Notaría Primera de Cartagena con serial 23054675 (fl.274 Cuad. Ppal.)
- f) Oficio JRD-2251-12 del 9 de marzo de 2012, a través del cual la Directora Jurídica del consorcio SAYP hace constar que en el histórico de afiliados compensados del Sistema General de Seguridad Social en Salud no figura información del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza (fl.275-276 *idem*).
- g) Contrato de prestación de servicios profesionales del 29 de mayo de 2003, suscrito entre el demandante y el abogado Ramón Pérez Betancur el cual tiene como objeto asumir la defensa del procesado en las investigaciones penales seguidas por las Fiscalías 30 y 32 por los delitos de homicidio y, acceso carnal violento y homicidio agravado, respectivamente, en el que se tasaron honorarios por valor de doce millones de pesos (\$12.000.000,00), los cuales serían cancelados así: el 50% en tres (3) cuotas mensuales de dos millones de pesos (\$2.000.000,00) cada una y el otro 50% en dos (2) cuotas mensuales de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) después que recupere su libertad (fl.279 *idem*)
- h) Constancia de pago de honorarios pagados por el demandante al abogado Ramón Pérez Betancur en la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00), disgregada en valores de dos millones de pesos (\$2.000.000,00), pagados los días 29 de mayo, 30 de junio, 30 de agosto, 30 de septiembre y 20 de octubre de 2003, respectivamente (fls.280-281 *idem*).

- i) Certificación del 15 de septiembre de 2003, expedida por el señor Manuel Hernández Herazo, Contador Público con registro ante la Junta Central en el que hace constar que revisados los documentos de ingresos y egresos del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza, al 15 de mayo de 2003 se percibía la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) por concepto de su actividad económica como producción y venta de panes por mayor y detal, documento que acompaña con fotocopia simple de su cédula de ciudadanía y tarjeta profesional (fls.282-284 *idem*).
- j) Oficio 01-32-237-1017 del 2 de marzo de 2012, en el que el Despacho de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hace constar que el demandante no figura en la base de datos de esa entidad (fl.286 *idem*).
- k) Oficio 2-2012-032646 del 18 de mayo de 2012, mediante el cual la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Salud certifica que el accionante registra como afiliado cotizante en la EPS Humana Vivir, teniendo como último período compensado el mes de diciembre de 2001 (fls.287-288 *idem*).

Ahora bien, el análisis global de los medios probatorios relacionados conduce a concluir que en el *sub lite* se encuentra plenamente acreditado: i) que el 19 de mayo de 2003 la Fiscalía Seccional 20 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito le abrió instrucción penal al señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza (fl.7 Cuad. Prueb.2); ii) que la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena dictó medida de detención preventiva sin beneficio de excarcelación y a su vez libró orden de captura contra el actor, el 30 de mayo de 2003 (fls.57-68 *idem*); iii) que el 9 de julio de 2003 se denegó la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria (fls.115-118 *idem*); iv) que el 16 de julio de 2003 el investigador cerró parcialmente la investigación seguida contra el actor (fl.146 *idem*); v) la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del

Circuito calificó el merito del sumario con preclusión de la investigación penal a favor del libelista (fls.212-222 *idem*) y, vi) que para la época de los hechos, el señor Deivis Monterrosa Mendoza se dedicaba a labores de comercialización de pan.

### 2.2.3. CASO CONCRETO.

Valoradas las pruebas recaudadas en el proceso, se advierte que para la fecha en que se profirió la resolución que impuso la medida de aseguramiento contra el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza, el 23 de mayo de 2003, se encontraba vigente la Ley 600 de 2000 que derogó la Ley 2700 de 1991, porque el sistema acusatorio (Ley 906 de 2004) sólo entró en vigencia en el Distrito Judicial de Cartagena el 10 de enero de 2008<sup>7</sup> y, en tal medida, el análisis de la responsabilidad del Estado por privación de la libertad en el caso concreto, se efectuará con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política.

De igual manera debe recordarse como lo precisó el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 6 de abril de 2011 *ut supra* citada, que la pérdida de vigencia del Decreto 2700 de 1991 y la no referencia en ningún otro código a las causales previstas en el artículo 414 *ibidem* no es óbice para deducir responsabilidad del Estado en los mismos eventos que disponía esta norma, es decir, cuando la persona hubiese sido sometida a medida de aseguramiento, pero finalmente hubiera sido exonerada de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente con fundamento en que: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no era constitutiva de hecho punible, y iv) por aplicación del principio del *in dubio pro reo*, como se señaló en el marco jurídico de esta sentencia.

---

<sup>7</sup> Según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 530 de la Ley 906 de 2004

En este orden de ideas, resulta necesario determinar si en el caso *sub examine*, concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de indemnizar los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación de la libertad del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza.

Dicho de otro modo, habrá de precisarse si en el *sub lite* se ha producido un daño antijurídico al actor.

#### **2.2.4. EL DAÑO.**

En el caso concreto se probó que el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza fue objeto de la privación de su libertad dentro la investigación penal llevada a cabo por la fiscalía, por el punible de acceso carnal violento y homicidio.

Se demostró que en providencia del 19 de mayo de 2003 expedida por la Fiscalía Seccional 20 Delegada ante los Jueces Penales, se le vinculó con fines de indagatoria (fls.7 Cuad. Prueb.2).

Así mismo se verificó que fue capturado el 23 de mayo de 2003 (fl.8 Cuad. Prueb.2) y que mediante resolución del 30 de mayo de 2003, se decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación (fls.57-68 *idem*).

Se acreditó, además, que la Fiscalía 32 Especializada Delegada de Cartagena decretó la preclusión de la investigación penal a favor del libelista y concedió su libertad inmediata el 13 de septiembre de 2003, pues consideró el investigador al momento de calificar el mérito del sumario que existían elementos de juicio que señalaran un alto grado de probabilidad de que el

imputado era responsable por los punibles que le fueron endilgados (fls.212-222 Cdo. Prueb.2).

De lo anterior se desprende que el señor Deivis Gilberto Santarrosa Mendoza estuvo privado de la libertad en lo que al proceso penal 117.268 se refiere durante el tiempo transcurrido entre su captura, acaecida el 23 de mayo de 2003 (fl.8 Cuad. Prueb.2) y el 13 de septiembre de 2003 (fls.212-222), es decir, por espacio de tres (3) meses y veinte (20) días, deducción que se ve reafirmada con lo señalado en el acápite de pretensiones atinente al lucro cesante del libelo demandatorio, donde se indicó que estuvo *"recluido en la Cárcel Distrital de Sebastián de Ternerera por un tiempo de más de cuatro (4) meses"* (fl.3 Cuad. Ppal).

Igualmente se colige de las providencias antes anotadas, que en el juicio penal no existían pruebas sumarias que demostraran la responsabilidad del actor en la comisión de la conducta punible investigada.

Lo expuesto permite concluir que, efectivamente, el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza fue objeto de una medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado por no haberse acreditado su responsabilidad, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Se precisa que el Estado en el juicio punitivo no logró desvirtuar la presunción de inocencia del demandante, por lo que la medida de detención que debió soportar por el lapso de tres (3) meses y veinte (20) días resulta abiertamente injurídica.

Resta reiterar que el régimen de responsabilidad aplicable en el *sub judice* es el objetivo, bajo cuya égida al demandante le corresponde la carga de probar

la existencia del daño antijurídico 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 que sea relevante verificar si la autoridad judicial incurrió en un error. Por su parte, para exonerarse de responsabilidad la administración debe acreditar la presencia de una causa extraña o ajena, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En efecto, al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño generado de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el actor.

Por consiguiente, la Sala advierte que en el presente caso se dan todos los presupuestos para que pueda predicarse responsabilidad a cargo de la entidad demandada, en la medida en que la privación de la libertad del demandante en el interregno temporal del 23 de mayo al 13 de septiembre de 2003 fue una carga que éste no estaba llamado a soportar.

## **2.2.5. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.**

### **2.2.5.1. PERJUICIOS INMATERIALES.**

- **Daño Moral.**

La imposición de la medida de aseguramiento contra el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza, consistente en detención preventiva por espacio de tres (3) meses y veinte (20) días, le generó un daño moral produciéndole

sentimientos de aflicción, rechazo, desconsuelo, más aún, cuando se le precluyó la investigación por ausencia de elementos probatorios que concluyeran su responsabilidad en las conductas punibles, situación que no se pone en tela de juicio por estar ampliamente acreditada en el plenario, y porque para ninguna persona en condiciones normales resulta placentero verse privada de uno de sus patrimonios más preciados, como lo es la libertad, circunstancias que demuestran que el sindicado se vio perjudicado moralmente. En efecto, las reglas de la experiencia indican sin lugar a ninguna duda que el procesado se ve afectado moralmente cuando es sometido a la restricción de su libertad, máxime si es en forma injusta.

En relación con la estimación del perjuicio moral, el 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 vigentes<sup>8</sup>, estimativo que tomará la Sala como punto de referencia para tasar la indemnización a reconocer a los demandantes por este concepto.

Puntualmente, en tratándose de la tasación de la indemnización por concepto del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad, dicha Corporación ha adoptado en recientes pronunciamientos un criterio de cuantificación cronológico, en virtud del cual ha promediado el valor del resarcimiento a pagar a la víctima directa por esta categoría de perjuicio inmaterial, en la suma de cinco punto un (5.1) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada mes de reclusión, tal y como se indicó en sentencia del 28 de febrero de 2013, que seguidamente se extracta:

*“(...) para la determinación de la cuantía de la indemnización del perjuicio moral, la Sala se guiará por la proporción valor-tiempo que ha*

---

<sup>8</sup> Al respecto ver CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Sentencia del 19 de octubre de 2007 Exp. 29273 C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de febrero de 2003. Exp. 12654. C.P. Dr. Alier Eduardo Enríquez. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Exp. 16058 C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

*desarrollado en su jurisprudencia más reciente en los casos de privación injusta de la libertad. Al respecto se ha considerado que es necesario establecer*

*'...el valor que, en promedio, se concede al mes de privación de libertad, atendiendo únicamente al factor temporal, sin perjuicio de que otras circunstancias concurrentes obliguen a reconocer una cifra más alta, y atendiendo al precedente jurisprudencial en virtud del tope indemnizatorio para el perjuicio moral es de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>9</sup>.*

*13.9. De acuerdo con estos parámetros, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad, reconocido por la Sala, es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>10</sup>. Si se aplica dicho criterio temporal de cuantificación a la situación del señor José Rubiel Sánchez Sánchez, se tiene que el valor de la indemnización que debe reconocerse por su perjuicio moral es de 84.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el periodo de la detención (un año, cuatro meses y 20 días equivale a 16.56 meses) y multiplicarlo por el valor del promedio indicado.<sup>11</sup>*

Así las cosas, aplicados estos lineamientos al presente caso, se tasarán como perjuicio moral para Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza el equivalente a dieciocho punto siete (18,7) salarios mínimos mensuales legales vigentes, teniendo en cuenta el tiempo que estuvo privado de su libertad (tres (3) meses y veinte (20) días).

## **2.2.5.2. PERJUICIOS MATERIALES**

- **Daño emergente.**

---

<sup>9</sup> Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 26 de julio de 2012, exp. 24688 y de 29 de agosto de 2012, exp. 24093, ambas con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>10</sup> En sentencia de 11 de noviembre de 2009, exp. 15485, C.P. Ruth Stella Correa Palacio los perjuicios morales por 8.5 meses de prisión se fijaron en 50 smlmv (5.2 smlmv por mes); en sentencia de 31 de enero de 2011, exp. 18626, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, se ordenó pagar una indemnización de 50 smlmv por la privación de la libertad durante 12 meses (4.1 smlmv por mes). Luego, en sentencia de 12 de mayo de 2011, exp. 18902, C.P. Danilo Rojas Betancourth, se reconoció una indemnización de 50 smlmv a una persona que fue privada de la libertad durante 11 meses (6.1 smlmv por mes).

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 28 de febrero de 2013, radicación número 18001-23-31-000-1998-00147-01(24622), C.P. Danilo Rojas Betancourth.



Si bien en el acápite de pretensiones el demandante solicitó el pago de trescientos millones de pesos (\$300.000.000,00) como monto total de la condena, a folio 8 de libelo demandatorio se advierte que este tasó como perjuicios materiales la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00) los que supuestamente tuvo que asumir el actor por concepto de honorarios profesionales del mandatario judicial que tuvo a cargo su defensa en la investigación penal adelantada en la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, con radicación 117.268.

Sin duda constituye daño emergente, cierto, directo y por tanto indemnizable los gastos en que haya incurrido el accionante por contratar los servicios de profesionales del derecho con el fin de defender sus intereses en los trámites procesales ante la jurisdicción penal, con ocasión de las sindicaciones de las cuales posteriormente se ordenó su libertad por cuanto no se demostró que fue la persona que cometió el delito.

La responsabilidad endilgada a la entidad accionada en el caso que nos ocupa se circunscribe únicamente a la privación de la libertad de que fue objeto el demandante con ocasión del proceso penal radicado bajo el número 117.268 adelantado por la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena por el punible de acceso carnal violento y homicidio, en tal sentido, se tendrán en cuenta para la determinación del daño emergente los honorarios pactados y/o sufragados por el procesado con el profesional del derecho que lo haya asistido en el reseñado proceso penal y que se encuentren debidamente probados en el plenario.

Visible a folio 29 del Cuad. Prueb.2, se observa documento en el que el demandante confiere poder especial, amplio y suficiente al abogado Ramón Pérez Betancur para que en su representación asumiera la defensa en el proceso con radicado 117.268, el cual fue presentado personalmente el día 27

de mayo de 2003 ante la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena. El togado en mención, actuando en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas, suscribió los siguientes memoriales: i) del 26 de mayo de 2003 pidiendo al fiscal investigador la libertad de su defendido (fls.27-28 *idem*), ii) solicitud de práctica de pruebas del 8 de julio de 2003 (fls.99-101 *idem*), iii) del 9 de julio de 2003 controvirtiendo las pruebas practicadas en el interregno procesal (fls.108-109 *idem*), iv) solicitud de nulidad contra la diligencia de reconocimiento en fila del 11 de julio de 2003 (fls.139-145 *idem*), v) recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto contra la resolución que negó la sustitución de la medida de detención (fls.151-153 *idem*), vi) recurso de reposición contra el proveído que cerró la etapa de instrucción (fls.154-157 *idem*), vii) alegaciones de conclusión (fls.192-202 *idem*), lo que da muestra que el mencionado profesional del derecho actuó en representación del demandante en todo el proceso penal.

Obra a folio 279 del Cuad. Ppal., contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por el procesado con el abogado Ramón Pérez Betancur, quien se comprometió en desarrollo de su objeto a ejercer la representación judicial del inculcado en los procesos penales cursantes en las Fiscalías 30 y 32 Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena. Es de anotar, que si bien en el aludido acuerdo se señalaron de forma específica los procesos penales con radicados 110.181 y 117.268, debe recordarse en primer lugar, que el análisis del *sub júdice* se sujeta únicamente a los perjuicios materiales y morales acaecidos al demandante por la privación su libertad con ocasión de la investigación penal seguida por la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena en el expediente radicado bajo el número 117.268 y, en segundo lugar, que según lo convenido en la cláusula tercera del contrato "*TERCERO: Que las partes acordaron de mutuo acuerdo que el pago del valor del servicio de la asesoría jurídica del contrato de prestación de servicios de asesoría jurídica del doctor RAMÓN PÉREZ BETANCUR son por la suma de*

*DOCE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$12.000.000,00), los cuales serán cancelados de la siguiente forma: un cincuenta por ciento (50%) por tres (3) cuotas mensuales de DOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.000.000,00) cada una y el otro cincuenta por ciento (50%) se cancelan en dos (2) cuotas mensuales de TRES MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.000.000,00) mensuales después que recupere su libertad."*

Según se observa a folios 279 y 280 del Cuad. Ppal, obran certificaciones emitidas por el doctor Ramón Pérez Betancur, defensor de Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza en los procesos penales reseñados, mediante las cuales indica que con motivo de la prestación de sus servicios profesionales recibió como pago a título de honorarios la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00), la cual fue cancelada en cuotas mensuales de dos millones de pesos (\$2.000.000,00), en las siguientes fechas: 29 de mayo, 30 de junio, 30 de agosto, 30 de septiembre y 20 de octubre de 2003, cada uno, quedando su poderdante a paz y salvo con la obligación contractual por él adquirida. Precisa la Sala que los documentos reseñados emanados de tercero, por su naturaleza declarativa y al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.C., pueden ser apreciados sin necesidad de ratificación, salvo que la parte contra la cual se aduce lo solicite, lo que en este caso no ocurrió.

Como quiera que el monto señalado precedentemente pagado por el demandante al profesional del derecho corresponde a la defensa ejercida por éste en los dos procesos penales, se tendrá que por cada una de las investigaciones penales en las que fue representado el señor Deivis Monterrosa debió pagar la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000,00), por lo que será este el valor a reconocer por la Sala por concepto de daño emergente.

- **Lucro cesante.**

El extremo accionante solicitó a título de lucro cesante, la suma de doce millones doce millones de pesos (\$12.000.000,00), correspondiente a lo que supuestamente dejó de devengar durante su reclusión.

Al respecto adujo el demandante que para la época de los hechos se dedicaba a la producción y comercialización de pan al por mayor y detal.

En respaldo de esta pretensión la parte actora allegó al expediente certificación aditada 15 de septiembre de 2003, expedida por el Contador Público Manuel Hernández Herazo, con tarjeta profesional 42094-T de la Junta Central de Contadores (fl.282 Cuad. Ppal.) la cual acompañó con fotocopia de su cédula de ciudadanía y de la tarjeta profesional (fls.283-284 *idem*). En el aludido certificado el contador hace constar que el demandante para la fecha en que fue privado de su libertad ganaba la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) por concepto de la actividad económica que desarrollaba.

Empero lo anterior, advierte la Sala que según consta en oficio 086225 del 23 de febrero de 2012, suscrito por la Directora de Registros de la Cámara de Comercio, en el archivo del registro mercantil que se lleva en esa entidad no figura matrícula a nombre del demandante ni tampoco figuran inscritos bienes mercantiles a su nombre (fls.268 Cuad. Ppal) y, en oficio 01-32-237-1017 del 2 de marzo de 2012, emitido por la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el actor no figura registrado en la base de datos de esa entidad (fl.286 *idem*).

Ahora, si bien dentro del proceso se demostró, con base en la prueba documental reposante a folio 282 del Cdno. Ppal., que para la época de los hechos el procesado se dedicaba a la comercialización informal de pan, no

sirve de prueba del valor de lo que devengaba el señor Monterrosa Mendoza como comerciante de panadería en la medida en que en ese documento no se expresó ni mucho menos se explicó con base en qué elementos de juicio se señaló el valor promedio de ingresos que éste percibía en desarrollo de dicha actividad, ni si esa cifra correspondía a las ganancias que obtenía al distribuir el producto, ni tampoco quienes eran su clientes habituales o permanentes, ni las cantidades de pan que comercializaba.

En tal medida, como no se demostró en este proceso el valor de los ingresos obtenidos por la actividad proveniente del comercio por parte del señor Deivis Monterrosa Mendoza, debe aplicarse la regla consagrada por vía jurisprudencial para casos como el presente, según la cual, si estando acreditado el ejercicio de una actividad laboral por parte de la persona privada de su libertad antes de su captura, no se demuestra el monto de los ingresos mensuales dejados de devengar durante su reclusión, se presumirá que percibía por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente, de suerte que se reconocerá por concepto de lucro cesante mensual el equivalente al salario mínimo vigente al momento de la detención (23 de mayo de 2003), establecido en trescientos treinta y dos mil pesos (\$332.000,00), valor éste que actualizado a la fecha de esta sentencia con base en el índice de precios al consumidor equivale a quinientos cuatro mil ochenta y cinco pesos con ochenta y seis centavos (\$504.085,86), suma que resulta inferior al salario mínimo mensual legal vigente en la actualidad, que es de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos (\$589.500,00), por lo que se tomará éste último como base para el cálculo de la liquidación de perjuicios. A este salario se le incrementará un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales, toda vez que su reconocimiento opera por disposición legal.

Para la liquidación debe tenerse en cuenta que:

- El señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza estuvo privado de su libertad por un espacio de tres (3) meses y veinte (20) días, es decir, tres punto seis (3,6) meses.

- El salario base de liquidación es de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos (\$589.500,00) y, sumándole un veinticinco por ciento (25%) correspondiente a prestaciones sociales, asciende a la suma de setecientos treinta y seis mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$736.875,00).

**Indemnización debida:**

Ra= \$736.875,00

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875,00

i = Interés puro o técnico: 0,004867.

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la ocurrencia del hecho a la fecha de presentación de la demanda, esto es, 3,6 meses.

$$\Rightarrow S = 736.875 \frac{(1,004867)^{3,6} - 1}{0,004867} = \mathbf{\$2.669.198,91}$$

Total: **\$2.669.198,91**

Conforme a la tasación anterior, se le reconocerá al señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por concepto de lucro cesante, la suma de dos millones

seiscientos sesenta y nueve mil ciento noventa y ocho pesos con noventa y un centavos (\$2.669.198,91).

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.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO.-** Declarar probada de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional y Policía Nacional.

**SEGUNDO.-** Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación de los perjuicios causados al demandante, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO.-** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la Fiscalía General de la Nación a indemnizar los perjuicios causados por concepto de daño moral al demandante el equivalente a dieciocho punto siete (18,7) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CUARTO.-** Condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar a Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por concepto de daño emergente la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000,00).

**QUINTO.-** Condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar a favor del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por concepto de lucro cesante el monto de dos millones seiscientos sesenta y nueve mil ciento noventa y ocho pesos con noventa y un centavos (\$2.669.198,91).

**SEXTO.-** Negar las demás súplicas de la demanda.

**SÉPTIMO.-** La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A, atendiendo los términos de la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

**OCTAVO.-** Abstenerse de condenar en costas.

**NOVENO.-** En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

**DÉCIMO.-** Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.*

Los Magistrados,

  
**JORGE EL CER JANDINO GALLO**

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**





**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

---

**-SALA DE DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO  
Clase de Acción: REPARACIÓN DIRECTA  
Radicación: 13-001-33-31-001-2005-00977-00  
Demandante: DEIVIS GILBERTO MONTERROSA MENDOZA  
Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA  
NACIONAL – ARMADA NACIONAL – POLICÍA  
NACIONAL - FISCALÍA GENERAL DE LA  
NACIÓN  
Instancia: SEGUNDA  
Controversia: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR  
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

Agotado como se encuentra el trámite de la presente acción, procede la Sala a emitir decisión de fondo.

**I. ANTECEDENTES.**

**I. LA ACCIÓN.**

El señor Deivis Alberto Monterrosa Mendoza, por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contencioso administrativa a instaurar demanda de reparación directa, conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional – Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## **2. PRETENSIONES.**

Que se declare responsable a la Nación – – Fiscalía General de la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional – Policía Nacional, por los perjuicios materiales y morales ocasionados al demandante por la expedición y ejecución de una orden de captura de la que fue objeto el día 14 de mayo de 2003 por el supuesto delito de hurto calificado y acceso carnal violento, con fundamento en información suministrada por un miembro activo de la Policía Nacional.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada a pagar a título de reparación del daño los perjuicios materiales y morales, los que se estiman en una suma superior a trescientos millones de pesos (\$300.000.000,00), más el lucro cesante, los que se piden como intereses compensatorios a la tasa del 6% anual.

Se dé cumplimiento a la sentencia conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

## **3. HECHOS.**

El libelista sustenta la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue (fls.2-4 Cuad. Ppal.):

Mediante informe de inteligencia contenido en oficio 0271 GRUVI-SIJIN rendido por el señor Luis Eusebio Angulo Martínez, investigador de la Policía Judicial adscrito a la Sijin Bolívar, se dejó sentado que en virtud del testimonio de Gregorio José Torres Mattos, el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza fue puesto a disposición de la Fiscalía Seccional 20 de Cartagena.

La Fiscalía Seccional 32 en resolución del 30 de mayo de 2003, dentro del proceso radicado bajo el número 117.268 dictó medida de detención preventiva contra el actor por hechos que ocurrieron el 16 de abril de 2003 en la Finca Tarapaca donde fueron violadas varias mujeres y los delincuentes se sustrajeron varios artículos. En este se demostró que el testigo por el que se vinculó al demandante a la investigación penal, era agente activo de la Policía Nacional, sin embargo, toda la información que suministró y llevó a la cárcel al demandante fue falsa, pues con testimonios presenciales se comprobó que éste no tenía nada que ver con los homicidios en los que se le había inculcado.

También fue relacionado con la investigación penal adelantada por la Fiscalía Seccional 30 dentro del proceso penal con radicado 110.181 por el presunto delito de homicidio.

El día 23 de mayo de 2003 el actor fue capturado por miembros de la Sijin cuando se encontraba en el barrio El Pozón, siendo privado de su libertad por el término de cuatro (4) meses.

Mediante resolución del 13 de septiembre de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito resolvió calificar el mérito del sumario con preclusión de la investigación penal seguida contra el demandante, con lo que quedó demostrada la inocencia del procesado y su injusta privación de la libertad.

Durante el tiempo que estuvo detenido el actor fue objeto de toda clase de aberraciones y expuesto al peligro permanente junto a peligrosos delincuentes de la ciudad, sufriendo maltrato físico y psicológico.

Adicionalmente, le fueron acaecidos perjuicios materiales en cuanto que para la época de su detención se desempeñaba como panadero, actividad a la que se

dedicó después de sufrir un accidente en su mano derecha cuando prestaba el servicio militar, negocio con el que sostenía su familia y de la cual percibía buenos ingresos económicos por los contratos y ventas que mantenía.

Para su defensa contrató un profesional del derecho para que ejerciera su defensa en los reseñados procesos, pagando la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00) por concepto de honorarios. Aunado a ello dejó de presentarse a las citas que le fueron programadas para su valoración por parte de la Junta de Invalidez, lo que le proporcionó una disminución significativa de la calificación de incapacidad.

#### **4. TRAMITE PROCESAL.**

La demanda fue admitida el 28 de junio de 2005 (fl.183 Cuad. Ppal.) y, luego de surtirse su notificación, se fijó el proceso en lista por diez (10) días (fl.183 reverso *idem*), plazo dentro del cual el Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, alegó que teniendo en consideración que la imputación de los delitos efectuada al actor tiene como origen un informe de inteligencia de la Policía Nacional el cual no alcanza la categoría de acto administrativo al no contener decisión alguna.

El Ministerio de Defensa – Policía Nacional por su parte, como argumentos de defensa señaló que el hecho de que la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena haya proferido la cesación del proceso penal del actor no implica que la Policía Nacional haya incurrido en falla del servicio, dado que las funciones de esa institución están dirigidas y coordinadas por el Fiscal General de la Nación o su delegados de acuerdo a lo establecido en el artículo 311 del Código de Procedimiento Penal y el 251 (4) de la Constitución Política, por lo que las unidades de policía judicial únicamente pueden realizar labores de verificación previas a la judicialización

en casos de flagrancia o cuando por motivos de fuerza mayor acreditada por la fiscalía no puedan iniciar la correspondiente investigación previa, pero una vez ésta se haya iniciado solo actuará por orden del fiscal, quien comisionará a cualquier funcionario público que ejerza funciones de policía judicial para la práctica de pruebas o diligencia tendientes al esclarecimiento de los hechos. (fls.218-220 Cuad. Ppal.).

La Fiscalía General de la Nación, mediante apoderada especial, contestó la demanda (fls.225-232 Cuad. Ppal.) y en oposición a las pretensiones del accionante señaló que no se verifican los presupuestos esenciales para estructurar su responsabilidad patrimonial porque obró conforme a lo establecido en el artículo 250 de la Constitución Política, según el cual es deber de la fiscalía realizar la investigación de los hechos que revistan características de delito. Manifestó que precisamente en ejercicio de esa función se le adelantó una investigación penal contra el demandante por los delitos de hurto calificado y acceso carnal violento, lo que no configura una falla en el servicio imputable a la fiscalía, pues la detención tuvo por objeto capturar preventivamente dentro de una investigación penal al individuo que resulte involucrado.

Precisa que si bien el artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia señala que quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado en reparación de los perjuicios ocasionados, debe considerarse que conforme al criterio jurisprudencial sentado por la Corte Constitucional, no siempre que una persona haya sido privada de la libertad, como consecuencia de una orden de captura o una medida de aseguramiento y posteriormente, recupere su libertad, se configura en error judicial como fuente de responsabilidad administrativa.

De otra parte expresa, que la parte demandante se limita a solicitar indemnizaciones tanto por daño emergente y lucro cesante, vida de relación y perjuicios morales, pero no concretizan o logran demostrar los supuestos perjuicios causados o que acrediten los ingresos que por su oficio de panadero percibía el demandante.

Solicitó el llamamiento en garantía de la señora Blanca Isabel Saenz Castillo, Fiscal Seccional 32, quien adelantó parte de la investigación penal y ordenó la captura del actor.

Por auto del 22 de septiembre de 2009 (fls.236-237) se admitió el llamamiento en garantía de la Fiscal Seccional 32, ordenándose su emplazamiento en proveído del 24 de marzo de 2010 (fl.245), empero, ante la desatención de la entidad accionada para retirar el emplazamiento a fin de surtir la notificación de la llamada en garantía, después de transcurrido veinte (20) días de estar el expediente a disposición de la parte solicitante se entendió desistido el llamamiento en garantía (fls.257-259).

En providencia del 1º de diciembre de 2011 se aperturó el período probatorio (fls.255-257 Cuad. Ppal.). Posteriormente, en auto del 29 de julio de 2013 se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para alegar de conclusión (fl.295 Cuad. Ppal.).

El Agente del Ministerio Público no emitió concepto en el caso que nos ocupa.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. LEGITIMACION MATERIAL EN LA CAUSA.**

Antes de entrar a estudiar el fondo del presente asunto, se debe precisar que

como quiera que en los supuestos fácticos del libelo demandatorio se hace referencia a la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial frente a la privación injusta de la libertad de que fue objeto el demandante con ocasión de las investigaciones penales adelantadas en su contra por la Fiscalía Seccional 30 por el delito de homicidio con radicación 110.181 y por la Fiscalía Seccional 32 por los delitos de acceso carnal violento y hurto calificado radicado bajo el número 117.268 y; en el acápite petitorio se solicita la declaratoria de responsabilidad estatal por los perjuicios materiales y morales causados al demandante en virtud del tiempo que estuvo recluido por los supuestos delitos de acceso carnal violento y hurto calificado, el análisis que hará la Sala sobre la comparecencia de los elementos de responsabilidad para predicar la falla en el servicio por la privación injusta de la libertad del actor se limitará a la ocurrencia de ésta dentro del proceso penal con radicación 117.268.

De otro lado, estima la Sala necesario dilucidar previamente si la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional ostenta o no legitimación en la causa por pasiva en el presente asunto, ello, como quiera que según lo relatado en la demanda la actuación de esa entidad se limitó a ejecutar una orden de captura emitida por la fiscalía en el marco de una investigación penal adelantada contra el actor.

Ahora bien, revisadas las pruebas obrantes en el plenario, se observa que: i) la Fiscalía Seccional 20 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito en proveído del 19 de mayo de 2003, dio inicio a la investigación penal contra el señor Deivis Monterrosa y otros (fl.7 Cuad. Prueb.2); ii) mediante resolución del 30 de mayo de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de libertad provisional contra el actor por los presuntos delitos de hurto calificado y acceso carnal violento (agravado) en calidad de coautor y

libró boleta de detención ante el Director de la Cárcel San Sebastián de Ternera de Cartagena (fls.57-68 *idem*); iii) en proveído del 9 de julio de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Juzgados Penales del Circuito denegó la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria (fls.115-118 *idem*), decisión que fue confirmada el día 29 de julio de 2003 (fls.162-166 *idem*); iv) el ente investigador ordenó cerrar parcialmente la investigación seguida contra el accionante (fl.146 *idem*); v) el 13 de agosto de 2003 la fiscalía repuso el auto del 16 de julio de 2003 (fls.181-183 *idem*); vi) el 13 de septiembre de 2003 la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito resolvió calificar el merito del sumario con preclusión de la investigación penal seguida contra el aquí demandante (fls.212-222 *idem*).

Desde esta perspectiva, resulta incontrastable que los hechos dañosos invocados en la demanda, que se concretan en la apertura de investigación penal en contra de Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por los delitos de hurto calificado y acceso carnal violento (agravado) en calidad de coautor, y en su posterior detención preventiva, obedecieron a actuaciones todas cuya responsabilidad sólo es endilgable a la fiscalía, como quiera que fueron funcionarios de esa entidad quienes ordenaron en el asunto bajo estudio la realización de cada una de las actuaciones judiciales cuestionadas. En efecto, los agentes de policía que capturaron al demandante se limitaron a dar cumplimiento a la orden de aprehensión de captura emitida por el ente investigador dentro de la esfera de sus competencias.

Conforme a lo anterior, encuentra la Sala que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional no debe responder por los daños supuestamente causados a los demandantes, pues no existen elementos probatorios que permitan atribuirle alguna responsabilidad y, por ende, tampoco puede resultar afectada con la eventual condena que se imponga en esta sentencia, por lo que



se estimará de oficio la falta de legitimación material en la causa respecto de esa entidad.

En este mismo sentido se emitirá pronunciamiento respecto a la Armada Nacional, toda vez que de igual manera no le asiste ningún tipo de responsabilidad por la falla del servicio que se reclama, en el entendido que dicha institución no está relacionada ni directa o indirectamente con la captura de que fue objeto el demandante en cumplimiento de una orden judicial emitida por la fiscalía.

## **2.2. PROBLEMA JURIDICO.**

¿Está llamado a responder el Estado por los perjuicios causados al sindicato, como consecuencia de su vinculación a un proceso penal y posterior privación de la libertad en virtud de detención preventiva, cuando se absuelve o se precluye la investigación, por ausencia de elementos probatorios?

### **2.2.1. MARCO JURÍDICO Y JURISPRUDENCIAL.**

- **De la responsabilidad del Estado por la privación de la libertad.**

El artículo 90 de la Constitución Política, consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado al señalar que el “*Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas*”; norma que fue desarrollada por el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, que al tenor reza:

*“Indemnización por privación injusta de la libertad.- Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el*

*sindicado no lo cometió, o la conducta no constituía hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.*

Esta norma, hace referencia a dos situaciones diferentes que obligan al Estado a reparar el daño antijurídico causado. La primera, referida a quien ha sido privado injustamente de la libertad y, la segunda, dirigida a quien sea beneficiado con sentencia absolutoria o su equivalente, en tres situaciones puntuales: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió y iii) la conducta no constituía hecho punible, es decir, por atipicidad de su conducta.

El Consejo de Estado ha venido recalando que esta norma no reguló la responsabilidad de la autoridad por error judicial, sino respecto a las situaciones ya planteadas<sup>1</sup>. Así mismo, no ha mantenido un criterio uniforme cuando se ha ocupado de interpretarlo, pues se han destacado las siguientes líneas jurisprudenciales:

a) Una primera postura que se ha calificado como restrictiva, en la que entendió que la responsabilidad del Estado, por la privación injusta de la libertad de las personas, se fundamentaba en el error judicial, que se produciría como consecuencia de la violación del deber que tiene todo juez de proferir sus resoluciones conforme a derecho, previa valoración, seria y razonable, de las distintas circunstancias del caso. En ese sentido, se dijo que **la responsabilidad del Estado subyace como consecuencia de un error ostensible del juez** que causa perjuicios a sus coasociados.

Posteriormente, se indicó que la investigación de un delito cuando medien indicios serios contra una persona sindicada de haberlo cometido, es una carga que todas las personas deben soportar por igual, de manera que la

---

<sup>1</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 12 de diciembre de 2005. Exp. 13558, C. P. Dr. Alíen Eduardo Hernández Enríquez.

absolución final no es indicativa de que hubo algo indebido en la detención.

b) Una segunda línea entendió que en los tres eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, esto es, cuando se absuelve porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, **la responsabilidad es objetiva** por lo que resulta irrelevante el estudio de la conducta del juez para tratar de definir si éste incurrió en dolo o culpa. Se consideró, además, que en tales eventos la ley presume que se presenta una privación injusta de la libertad, pero que en aquellos casos no subsumibles en tales hipótesis normativas, se exigiría al demandante acreditar el error jurisdiccional derivado no sólo del carácter "*injusto*" sino "*injustificado*" de la detención.

c) Una tercera tendencia jurisprudencial morigeró el criterio absoluto conforme al cual la privación de la libertad es una obligación que todas las personas deben soportar por igual, porque ello implicaría imponer a los ciudadanos una carga desproporcionada, al tiempo que amplió, en casos concretos, el espectro de responsabilidad por privación injusta de la libertad, fuera de los tres supuestos de la segunda parte del artículo 414 del citado código y, concretamente, a los eventos en que el sindicado fuese absuelto en **aplicación del principio universal del *in dubio pro reo***<sup>2</sup>.

En la actualidad, la tesis mayoritaria considera que se puede establecer la responsabilidad patrimonial del Estado por la privación de la libertad de un ciudadano cuando el proceso penal termina con sentencia absolutoria (o preclusión de la investigación) u opera por equivalencia la aplicación del *in dubio pro reo*, pese a que en la detención se hayan cumplido todas las exigencias legales, ya que se entiende que es desproporcionado, inequitativo y

---

<sup>2</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Sentencia del 8 de julio de 2009. Exp.16932. C.P.: Dra. Myriam Guerrero de Escobar.

rompe con las cargas públicas soportables que una persona en el Estado Social de Derecho soporte esa carga. En estos casos la responsabilidad se rige por un sistema objetivo, pero las demás hipótesis estarán gobernadas por un régimen subjetivo de falla del servicio.

La Sala debe precisar que el elemento determinante de la responsabilidad está en la detención preventiva, y a partir de ella se debe acreditar si se produjo o no un daño antijurídico que tendrá que verificarse si es imputable o no a la administración de justicia<sup>3</sup>.

- **Régimen de responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad en los casos contemplados en el inciso segundo del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991.**

En sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado aditada 6 de abril de 2011, con ponencia de la doctora Ruth Stella Correa Palacio<sup>4</sup>, se hicieron algunas precisiones en tomo a la responsabilidad patrimonial del Estado por privación injusta de la libertad, pero advirtiendo que en dicha decisión *“no se fijará el alcance del primer aparte del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, en tanto establece el derecho a la reparación para quien haya sido “injustamente privado de la libertad”, ni se entrará a definir si además de las causales taxativamente señaladas en la norma hay lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, con un criterio objetivo y tampoco se referirá a los eventos de *in dubio pro reo*”*.

Por ello, en este precedente, sólo se determinó el alcance del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991 frente a una de las causales de responsabilidad patrimonial del Estado, por privación injusta de la libertad.

---

<sup>3</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Sentencia del 30 de marzo de 2011. Exp.33238. C.P., Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA DE LA SECCION TERCERA. Sentencia del 6 de abril de 2011. Exp.21.653. C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

En este orden de ideas, de la sentencia de la Sala Plena se pueden resaltar los siguientes aspectos relevantes:

i) El derecho a la reparación del daño por privación injusta de la libertad ha sido regulado por distintas normas, razón por la cual en cada caso concreto, el juez debe precisar cuál es la normatividad vigente para el momento en que la persona es exonerada de responsabilidad penal y la causal que fundamenta esa exclusión de responsabilidad.

ii) El concepto de daño antijurídico se desliga de su causación antijurídica porque *“aunque la medida de aseguramiento se hubiera dictado atendiendo las exigencias constitucionales, esto es, fundada en una causa prevista en la ley, con el cumplimiento de los requisitos probatorios señalados, por el tiempo indispensable para la averiguación de los hechos, de manera proporcional a la conducta realizada, con el fin de evitar la fuga del sindicado, asegurar su presencia en el proceso, hacer efectiva la sentencia o impedir la continuación de su actividad delictiva, el daño será antijurídico cuando esa medida deviene injusta, porque la conducta que se investiga no se materializó en el mundo de los hechos, o habiéndose producido esa conducta, el sindicado no fue su autor, o cuando habiéndola ejecutado éste, tal conducta no encuadraba en la descripción típica o estaba amparada por una causal de justificación o inculpabilidad, es decir, por un hecho que no reviste reproche penal alguno”*.

En torno de este punto, el Consejo de Estado precisó que sólo desde la decisión definitiva debe entenderse consolidado el daño antijurídico.

iii) Esa Corporación señaló que en vigencia de la actual Constitución Política, la privación de la libertad está prevista ya sea como pena o medida de aseguramiento, pero siempre que se cumplan los siguientes requisitos de orden

legal y constitucional: a) mandamiento escrito de autoridad judicial competente; b) cumplimiento de las formalidades legales y, c) la existencia de motivos previamente definidos en la ley. De igual manera debe obedecer “a unas finalidades muy concretas relacionadas con la posibilidad de adelantar debidamente la investigación y con el cumplimiento de la pena”, por lo cual sólo debe ordenarse para procurar la comparecencia del acusado al proceso y la efectividad de la eventual sanción que llegare a imponerse.

iv) Cuando en vigencia del Decreto 2700 de 1991, es decir, entre el 30 de noviembre de 1991 y el 24 de julio de 2001, se profiera sentencia penal absolutoria o su equivalente de preclusión de instrucción, porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o la conducta no estaba tipificada como punible, habrá lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por daño antijurídico, aplicando el segundo inciso del artículo 414 del Decreto 2700 de 1991-Código de Procedimiento Penal<sup>5</sup>.

En estos casos, la persona “tiene derecho a la indemnización de los perjuicios que dicha medida le hubiera causado, sin necesidad de acreditar que la misma fue ilegal, errada, o arbitraria, dado que en dicha norma el legislador calificó a priori la detención preventiva como injusta”. Por ello, en estos casos el juez no tiene que hacer otra indagación sobre la legalidad de la medida de aseguramiento que le fue impuesta a la persona porque el daño así causado se toma antijurídico.

v) Teniendo en cuenta que el Decreto 2700 de 1991 perdió vigencia al entrar a regir la Ley 600 de 2000 –Código de Procedimiento Penal-, esto es, a partir del

---

<sup>5</sup>Esta norma expresamente contempla: “Indemnización por privación injusta de la libertad. Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado indemnización de perjuicios. Quien haya sido exonerado por sentencia absolutoria definitiva o su equivalente porque el hecho no existió, el sindicado no lo cometió, o la conducta no constituir hecho punible, tendrá derecho a ser indemnizado por la detención preventiva que le hubiere sido impuesta siempre que no haya causado la misma por dolo o culpa grave”.

24 de julio de 2001-, y que ni éste código, ni el subsiguiente –Ley 906 de 2004- contienen ninguna previsión relacionada con el derecho a la indemnización por la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado precisó que en relación con los hechos ocurridos con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 600 de 2000, es decir, con posterioridad al 24 de julio de 2001, no podrá invocarse el artículo 414 como fuente normativa de la responsabilidad estatal. Señaló que lo anterior no obsta para que la decisión reparatoria se apoye en el artículo 90 de la Constitución, y por los mismos eventos previstos en el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991, aquél, esto es, *“cuando mediante sentencia que ponga fin al proceso o providencia con efectos similares, se absuelva al sindicado con fundamento en que la conducta no existió, el sindicado no la cometió o el hecho no era punible”*.

Lo anterior, bajo el argumento que *“la responsabilidad patrimonial del Estado tiene su fuente en el artículo 90 de la Constitución, norma que consagra el derecho a la reparación de los perjuicios causados por las actuaciones de las autoridades públicas, cuando tales daños sean antijurídicos, es decir, cuando los afectados no estén en el deber jurídico de soportar esos daños y quien sufre una medida de aseguramiento de detención preventiva por una conducta que no era merecedora de ningún reproche penal sufre un daño antijurídico”*.

vi) Respecto del artículo 68 de la Ley 270 de 1996, que prevé que *“Quien haya sido privado injustamente de la libertad podrá demandar al Estado reparación de perjuicios”*, el Consejo de Estado precisó que se refiere a los casos de responsabilidad patrimonial del Estado por actuación de cualquiera de sus órganos *“abiertamente arbitraria”*, pero ello *“no excluye la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución para derivar el derecho a la reparación cuando los daños provienen de una actuación legítima del Estado, adelantada en ejercicio de la actividad judicial, pero que causa daños antijurídicos a las personas, en tanto éstos no tengan el deber jurídico de*

*soportarlos, como sucede con todos aquéllos daños que sufren las personas que son privadas de la libertad durante una investigación penal, a pesar de no haber cometido ningún hecho punible. que son los eventos a los que se refiere el artículo 414 del Decreto 2700 de 1991”.*

vii) Finalmente, decantó que en el evento de reclamarse daños consolidados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, esto es, *“por privaciones de la libertad sufridas con ocasión de investigaciones penales concluidas antes del 7 de julio de 1991, la decisión reparatoria deberá fundamentarse en las normas del derecho internacional-Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Interamericana de Derechos Humanos- y en los artículos 16, 20 y 23 de la Constitución de 1886, así como en los criterios de responsabilidad patrimonial del Estado que fueron desarrollados por la jurisprudencia en aquella época”.*

Es decir, que *“los daños sufridos por los demandantes por privación de su libertad antes de que entrara en vigencia la Constitución de 1991 y se expediera el artículo 414 del Decreto 2700 de ese mismo año, son atribuibles al Estado cuando esa privación hubiera sido injusta, ilegal, o se hubiera incurrido en error judicial. Para deducir la responsabilidad deben aplicarse los regímenes de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por las autoridades públicas, que la jurisprudencia había desarrollado hasta entonces (falla probada, falla presunto del servicio, daño especial, o riesgo excepcional)”.*

En providencia más reciente, del 22 de junio de 2011, la Sección Tercera, Subsección C, del Consejo de Estado<sup>6</sup>, hizo las siguientes precisiones:

i) Al margen de la fecha en que se produjo la privación de la libertad, ya sea

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Sentencia del 22 de junio de 2011. Exp.20713. C.P. Dr. Enrique Gil Botero



que se hubiese llevado a cabo en vigencia del derogado Decreto 2700 de 1991 o no, se deben estudiar las reglas que el artículo 414 de esa normatividad contempla para determinar si el régimen aplicable es objetivo o subjetivo.

ii) Si la absolución o la preclusión se producen porque: 1) el hecho no existió, 2) el sindicado no lo cometió, o 3) la conducta no constituía hecho punible, el régimen aplicable, por expresa disposición legal, es el objetivo, mientras que si la libertad se concedía por cualquier otra causa se imponía el estudio de la responsabilidad desde una perspectiva subjetiva (v.gr. la acción penal estaba prescrita, no se cumplían con los requisitos de la medida de aseguramiento, entre otros factores).

ii) Recalcó que *“las hipótesis establecidas en el artículo 414 del C.P.P. de 1991 (Decreto Ley 2700), al margen de la derogatoria de la disposición, han continuado rigiéndose por una perspectiva objetiva de responsabilidad. En consecuencia, el régimen aplicable para definir si la privación de la libertad fue injusta en estos tres supuestos, es el objetivo, inclusive con posterioridad a la ley 270 de 1996”* y puntualizando que ello no significa que se esté avalando una aplicación ultractiva del citado precepto legal (artículo 414 del Decreto 2700 de 1991) que se encuentra derogado, sino de los supuestos que se regulaban de manera específica en el mismo, ello, en aplicación del principio *iura novit curia*, que habilita al juez para adoptar o acoger supuestos de responsabilidad objetiva o subjetiva, según el fundamento en que se soporte la misma.

Puntualizó que en estos casos no hay necesidad de revisar si el Estado actuó de manera diligente o cuidadosa pues la fuerza de los motivos que generan la absolución en este tipo de circunstancias (el hecho no existió, el sindicado no lo cometió o el hecho no constituía conducta punible), *“refuerza la idea de que bajo esas premisas impera un esquema objetivo de responsabilidad en el*

*que la autoridad judicial que impuso la medida de aseguramiento no puede exonerarse del deber de reparar con la acreditación de que su comportamiento fue diligente o cuidadoso (...)*”

### **2.2.2. LO PROBADO.**

Dentro del proceso obran las siguientes pruebas que resultan relevantes con miras a definir el presente asunto:

- a) Oficio 086225 del 23 de febrero de 2012 en el que la Directora de Registros de la Cámara de Comercio informa que revisado el archivo del registro mercantil que se lleva en esa entidad no figura matriculada persona natural a nombre de Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza y tampoco figuran inscritos bienes mercantiles a su nombre sujetos a registro (fls.268 Cuad. Ppal).
- b) Oficio del 23 de febrero de 2012 a través del cual el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Cartagena certifica que en su sistema no figura como interno en establecimiento carcelario de esa jurisdicción el señor Deivis Gliberto Monterrosa Mendoza (fl.269 *idem*).
- c) Expediente radicado bajo el número 110.181 correspondiente a investigación penal seguida por la Fiscalía Seccional 30 contra el demandante por el delito de homicidio (fls. 271-272 Cuad. Ppal. - Cuad. Prueb. 1).
- d) Expediente con radicación 117.268 correspondiente a investigación penal seguida por la Fiscalía Seccional 32 contra el actor por el delito de acceso carnal violento y hurto calificado (fls.273 Cuad. Ppal. - Cuad. Prueb. 2).

- e) Oficio N3-00250-RC del 29 de febrero de 2012, en el que el Notario Tercero del Círculo de Cartagena hace constar que en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil figura registro civil de nacimiento del actor en la Notaría Primera de Cartagena con serial 23054675 (fl.274 Cuad. Ppal.)
- f) Oficio JRD-2251-12 del 9 de marzo de 2012, a través del cual la Directora Jurídica del consorcio SAYP hace constar que en el histórico de afiliados compensados del Sistema General de Seguridad Social en Salud no figura información del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza (fl.275-276 *idem*).
- g) Contrato de prestación de servicios profesionales del 29 de mayo de 2003, suscrito entre el demandante y el abogado Ramón Pérez Betancur el cual tiene como objeto asumir la defensa del procesado en las investigaciones penales seguidas por las Fiscalías 30 y 32 por los delitos de homicidio y, acceso carnal violento y homicidio agravado, respectivamente, en el que se tasaron honorarios por valor de doce millones de pesos (\$12.000.000,00), los cuales serían cancelados así: el 50% en tres (3) cuotas mensuales de dos millones de pesos (\$2.000.000,00) cada una y el otro 50% en dos (2) cuotas mensuales de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) después que recupere su libertad (fl.279 *idem*)
- h) Constancia de pago de honorarios pagados por el demandante al abogado Ramón Pérez Betancur en la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00), disgregada en valores de dos millones de pesos (\$2.000.000,00), pagados los días 29 de mayo, 30 de junio, 30 de agosto, 30 de septiembre y 20 de octubre de 2003, respectivamente (fls.280-281 *idem*).

- i) Certificación del 15 de septiembre de 2003, expedida por el señor Manuel Hernández Herazo, Contador Público con registro ante la Junta Central en el que hace constar que revisados los documentos de ingresos y egresos del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza, al 15 de mayo de 2003 se percibía la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) por concepto de su actividad económica como producción y venta de panes por mayor y detal, documento que acompaña con fotocopia simple de su cédula de ciudadanía y tarjeta profesional (fls.282-284 *idem*).
- j) Oficio 01-32-237-1017 del 2 de marzo de 2012, en el que el Despacho de la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales hace constar que el demandante no figura en la base de datos de esa entidad (fl.286 *idem*).
- k) Oficio 2-2012-032646 del 18 de mayo de 2012, mediante el cual la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Salud certifica que el accionante registra como afiliado cotizante en la EPS Humana Vivir, teniendo como último período compensado el mes de diciembre de 2001 (fls.287-288 *idem*).

Ahora bien, el análisis global de los medios probatorios relacionados conduce a concluir que en el *sub lite* se encuentra plenamente acreditado: i) que el 19 de mayo de 2003 la Fiscalía Seccional 20 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito le abrió instrucción penal al señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza (fl.7 Cuad. Prueb.2); ii) que la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena dictó medida de detención preventiva sin beneficio de excarcelación y a su vez libró orden de captura contra el actor, el 30 de mayo de 2003 (fls.57-68 *idem*); iii) que el 9 de julio de 2003 se denegó la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria (fls.115-118 *idem*); iv) que el 16 de julio de 2003 el investigador cerró parcialmente la investigación seguida contra el actor (fl.146 *idem*); v) la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del

Circuito calificó el merito del sumario con preclusión de la investigación penal a favor del libelista (fls.212-222 *idem*) y, vi) que para la época de los hechos, el señor Deivis Monterrosa Mendoza se dedicaba a labores de comercialización de pan.

### 2.2.3. CASO CONCRETO.

Valoradas las pruebas recaudadas en el proceso, se advierte que para la fecha en que se profirió la resolución que impuso la medida de aseguramiento contra el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza, el 23 de mayo de 2003, se encontraba vigente la Ley 600 de 2000 que derogó la Ley 2700 de 1991, porque el sistema acusatorio (Ley 906 de 2004) sólo entró en vigencia en el Distrito Judicial de Cartagena el 10 de enero de 2008<sup>7</sup> y, en tal medida, el análisis de la responsabilidad del Estado por privación de la libertad en el caso concreto, se efectuará con fundamento en el artículo 90 de la Constitución Política.

De igual manera debe recordarse como lo precisó el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación de 6 de abril de 2011 *ut supra* citada, que la pérdida de vigencia del Decreto 2700 de 1991 y la no referencia en ningún otro código a las causales previstas en el artículo 414 *ibidem* no es óbice para deducir responsabilidad del Estado en los mismos eventos que disponía esta norma, es decir, cuando la persona hubiese sido sometida a medida de aseguramiento, pero finalmente hubiera sido exonerada de responsabilidad mediante sentencia absolutoria definitiva o su equivalente con fundamento en que: i) el hecho no existió, ii) el sindicado no lo cometió, iii) la conducta no era constitutiva de hecho punible, y iv) por aplicación del principio del *in dubio pro reo*, como se señaló en el marco jurídico de esta sentencia.

---

<sup>7</sup> Según lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 530 de la Ley 906 de 2004

En este orden de ideas, resulta necesario determinar si en el caso *sub examine*, concurren los requisitos para declarar la obligación estatal de indemnizar los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de la privación de la libertad del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza.

Dicho de otro modo, habrá de precisarse si en el *sub lite* se ha producido un daño antijurídico al actor.

#### **2.2.4. EL DAÑO.**

En el caso concreto se probó que el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza fue objeto de la privación de su libertad dentro la investigación penal llevada a cabo por la fiscalía, por el punible de acceso carnal violento y homicidio.

Se demostró que en providencia del 19 de mayo de 2003 expedida por la Fiscalía Seccional 20 Delegada ante los Jueces Penales, se le vinculó con fines de indagatoria (fls.7 Cuad. Prueb.2).

Así mismo se verificó que fue capturado el 23 de mayo de 2003 (fl.8 Cuad. Prueb.2) y que mediante resolución del 30 de mayo de 2003, se decretó en su contra medida de aseguramiento consistente en detención preventiva sin beneficio de excarcelación (fls.57-68 *idem*).

Se acreditó, además, que la Fiscalía 32 Especializada Delegada de Cartagena decretó la preclusión de la investigación penal a favor del libelista y concedió su libertad inmediata el 13 de septiembre de 2003, pues consideró el investigador al momento de calificar el mérito del sumario que existían elementos de juicio que señalaran un alto grado de probabilidad de que el

imputado era responsable por los punibles que le fueron endilgados (fls.212-222 Cdo. Prueb.2).

De lo anterior se desprende que el señor Deivis Gilberto Santarrosa Mendoza estuvo privado de la libertad en lo que al proceso penal 117.268 se refiere durante el tiempo transcurrido entre su captura, acaecida el 23 de mayo de 2003 (fl.8 Cuad. Prueb.2) y el 13 de septiembre de 2003 (fls.212-222), es decir, por espacio de tres (3) meses y veinte (20) días, deducción que se ve reafirmada con lo señalado en el acápite de pretensiones atinente al lucro cesante del libelo demandatorio, donde se indicó que estuvo *"recluido en la Cárcel Distrital de Sebastián de Ternerera por un tiempo de más de cuatro (4) meses"* (fl.3 Cuad. Ppal).

Igualmente se colige de las providencias antes anotadas, que en el juicio penal no existían pruebas sumarias que demostraran la responsabilidad del actor en la comisión de la conducta punible investigada.

Lo expuesto permite concluir que, efectivamente, el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza fue objeto de una medida privativa de su libertad y posteriormente exonerado por no haberse acreditado su responsabilidad, lo cual, como se vio en precedencia, constituye uno de los fundamentos previstos como causa de indemnización de perjuicios a cargo del Estado.

Se precisa que el Estado en el juicio punitivo no logró desvirtuar la presunción de inocencia del demandante, por lo que la medida de detención que debió soportar por el lapso de tres (3) meses y veinte (20) días resulta abiertamente injurídica.

Resta reiterar que el régimen de responsabilidad aplicable en el *sub judice* es el objetivo, bajo cuya égida al demandante le corresponde la carga de probar

la existencia del daño antijurídico 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 que sea relevante verificar si la autoridad judicial incurrió en un error. Por su parte, para exonerarse de responsabilidad la administración debe acreditar la presencia de una causa extraña o ajena, como el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

En efecto, al damnificado le basta con demostrar que contra él se impuso una medida privativa de su libertad en el trámite de un proceso judicial, que dicho proceso culminó con decisión favorable a su inocencia, así como el daño generado de la situación de la detención, para que con esa demostración surja a cargo de la administración la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el actor.

Por consiguiente, la Sala advierte que en el presente caso se dan todos los presupuestos para que pueda predicarse responsabilidad a cargo de la entidad demandada, en la medida en que la privación de la libertad del demandante en el interregno temporal del 23 de mayo al 13 de septiembre de 2003 fue una carga que éste no estaba llamado a soportar.

## **2.2.5. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS.**

### **2.2.5.1. PERJUICIOS INMATERIALES.**

- **Daño Moral.**

La imposición de la medida de aseguramiento contra el señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza, consistente en detención preventiva por espacio de tres (3) meses y veinte (20) días, le generó un daño moral produciéndole



sentimientos de aflicción, rechazo, desconsuelo, más aún, cuando se le precluyó la investigación por ausencia de elementos probatorios que concluyeran su responsabilidad en las conductas punibles, situación que no se pone en tela de juicio por estar ampliamente acreditada en el plenario, y porque para ninguna persona en condiciones normales resulta placentero verse privada de uno de sus patrimonios más preciados, como lo es la libertad, circunstancias que demuestran que el sindicado se vio perjudicado moralmente. En efecto, las reglas de la experiencia indican sin lugar a ninguna duda que el procesado se ve afectado moralmente cuando es sometido a la restricción de su libertad, máxime si es en forma injusta.

En relación con la estimación del perjuicio moral, el 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 vigentes<sup>8</sup>, estimativo que tomará la Sala como punto de referencia para tasar la indemnización a reconocer a los demandantes por este concepto.

Puntualmente, en tratándose de la tasación de la indemnización por concepto del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad, dicha Corporación ha adoptado en recientes pronunciamientos un criterio de cuantificación cronológico, en virtud del cual ha promediado el valor del resarcimiento a pagar a la víctima directa por esta categoría de perjuicio inmaterial, en la suma de cinco punto un (5.1) salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada mes de reclusión, tal y como se indicó en sentencia del 28 de febrero de 2013, que seguidamente se extracta:

*“(...) para la determinación de la cuantía de la indemnización del perjuicio moral, la Sala se guiará por la proporción valor-tiempo que ha*

---

<sup>8</sup> Al respecto ver CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. Sentencia del 19 de octubre de 2007 Exp. 29273 C.P. Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia del 13 de febrero de 2003. Exp. 12654. C.P. Dr. Alier Eduardo Enríquez. Sentencia del 4 de octubre de 2007. Exp. 16058 C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

*desarrollado en su jurisprudencia más reciente en los casos de privación injusta de la libertad. Al respecto se ha considerado que es necesario establecer*

*'...el valor que, en promedio, se concede al mes de privación de libertad, atendiendo únicamente al factor temporal, sin perjuicio de que otras circunstancias concurrentes obliguen a reconocer una cifra más alta, y atendiendo al precedente jurisprudencial en virtud del tope indemnizatorio para el perjuicio moral es de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>9</sup>.*

*13.9. De acuerdo con estos parámetros, el promedio del valor correspondiente a un mes de privación de libertad, reconocido por la Sala, es de 5.1 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>10</sup>. Si se aplica dicho criterio temporal de cuantificación a la situación del señor José Rubiel Sánchez Sánchez, se tiene que el valor de la indemnización que debe reconocerse por su perjuicio moral es de 84.45 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dicho valor se obtiene de convertir a meses el periodo de la detención (un año, cuatro meses y 20 días equivale a 16.56 meses) y multiplicarlo por el valor del promedio indicado.<sup>11</sup>*

Así las cosas, aplicados estos lineamientos al presente caso, se tasarán como perjuicio moral para Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza el equivalente a dieciocho punto siete (18,7) salarios mínimos mensuales legales vigentes, teniendo en cuenta el tiempo que estuvo privado de su libertad (tres (3) meses y veinte (20) días).

## **2.2.5.2. PERJUICIOS MATERIALES**

- **Daño emergente.**

---

<sup>9</sup> Sección Tercera, Subsección B, sentencias de 26 de julio de 2012, exp. 24688 y de 29 de agosto de 2012, exp. 24093, ambas con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

<sup>10</sup> En sentencia de 11 de noviembre de 2009, exp. 15485, C.P. Ruth Stella Correa Palacio los perjuicios morales por 8.5 meses de prisión se fijaron en 50 smlmv (5.2 smlmv por mes); en sentencia de 31 de enero de 2011, exp. 18626, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo, se ordenó pagar una indemnización de 50 smlmv por la privación de la libertad durante 12 meses (4.1 smlmv por mes). Luego, en sentencia de 12 de mayo de 2011, exp. 18902, C.P. Danilo Rojas Betancourth, se reconoció una indemnización de 50 smlmv a una persona que fue privada de la libertad durante 11 meses (6.1 smlmv por mes).

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 28 de febrero de 2013, radicación número 18001-23-31-000-1998-00147-01(24622), C.P. Danilo Rojas Betancourth.

Si bien en el acápite de pretensiones el demandante solicitó el pago de trescientos millones de pesos (\$300.000.000,00) como monto total de la condena, a folio 8 de libelo demandatorio se advierte que este tasó como perjuicios materiales la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00) los que supuestamente tuvo que asumir el actor por concepto de honorarios profesionales del mandatario judicial que tuvo a cargo su defensa en la investigación penal adelantada en la Fiscalía 32 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena, con radicación 117.268.

Sin duda constituye daño emergente, cierto, directo y por tanto indemnizable los gastos en que haya incurrido el accionante por contratar los servicios de profesionales del derecho con el fin de defender sus intereses en los trámites procesales ante la jurisdicción penal, con ocasión de las sindicaciones de las cuales posteriormente se ordenó su libertad por cuanto no se demostró que fue la persona que cometió el delito.

La responsabilidad endilgada a la entidad accionada en el caso que nos ocupa se circunscribe únicamente a la privación de la libertad de que fue objeto el demandante con ocasión del proceso penal radicado bajo el número 117.268 adelantado por la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena por el punible de acceso carnal violento y homicidio, en tal sentido, se tendrán en cuenta para la determinación del daño emergente los honorarios pactados y/o sufragados por el procesado con el profesional del derecho que lo haya asistido en el reseñado proceso penal y que se encuentren debidamente probados en el plenario.

Visible a folio 29 del Cuad. Prueb.2, se observa documento en el que el demandante confiere poder especial, amplio y suficiente al abogado Ramón Pérez Betancur para que en su representación asumiera la defensa en el proceso con radicado 117.268, el cual fue presentado personalmente el día 27

de mayo de 2003 ante la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena. El togado en mención, actuando en ejercicio de las facultades que le fueron conferidas, suscribió los siguientes memoriales: i) del 26 de mayo de 2003 pidiendo al fiscal investigador la libertad de su defendido (fls.27-28 *idem*), ii) solicitud de práctica de pruebas del 8 de julio de 2003 (fls.99-101 *idem*), iii) del 9 de julio de 2003 controvirtiendo las pruebas practicadas en el interregno procesal (fls.108-109 *idem*), iv) solicitud de nulidad contra la diligencia de reconocimiento en fila del 11 de julio de 2003 (fls.139-145 *idem*), v) recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto contra la resolución que negó la sustitución de la medida de detención (fls.151-153 *idem*), vi) recurso de reposición contra el proveído que cerró la etapa de instrucción (fls.154-157 *idem*), vii) alegaciones de conclusión (fls.192-202 *idem*), lo que da muestra que el mencionado profesional del derecho actuó en representación del demandante en todo el proceso penal.

Obra a folio 279 del Cuad. Ppal., contrato de prestación de servicios profesionales suscrito por el procesado con el abogado Ramón Pérez Betancur, quien se comprometió en desarrollo de su objeto a ejercer la representación judicial del inculcado en los procesos penales cursantes en las Fiscalías 30 y 32 Delegadas ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena. Es de anotar, que si bien en el aludido acuerdo se señalaron de forma específica los procesos penales con radicados 110.181 y 117.268, debe recordarse en primer lugar, que el análisis del *sub júdice* se sujeta únicamente a los perjuicios materiales y morales acaecidos al demandante por la privación su libertad con ocasión de la investigación penal seguida por la Fiscalía 32 Delegada de Cartagena en el expediente radicado bajo el número 117.268 y, en segundo lugar, que según lo convenido en la cláusula tercera del contrato "*TERCERO: Que las partes acordaron de mutuo acuerdo que el pago del valor del servicio de la asesoría jurídica del contrato de prestación de servicios de asesoría jurídica del doctor RAMÓN PÉREZ BETANCUR son por la suma de*

*DOCE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$12.000.000,00), los cuales serán cancelados de la siguiente forma: un cincuenta por ciento (50%) por tres (3) cuotas mensuales de DOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.000.000,00) cada una y el otro cincuenta por ciento (50%) se cancelan en dos (2) cuotas mensuales de TRES MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.000.000,00) mensuales después que recupere su libertad."*

Según se observa a folios 279 y 280 del Cuad. Ppal, obran certificaciones emitidas por el doctor Ramón Pérez Betancur, defensor de Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza en los procesos penales reseñados, mediante las cuales indica que con motivo de la prestación de sus servicios profesionales recibió como pago a título de honorarios la suma de doce millones de pesos (\$12.000.000,00), la cual fue cancelada en cuotas mensuales de dos millones de pesos (\$2.000.000,00), en las siguientes fechas: 29 de mayo, 30 de junio, 30 de agosto, 30 de septiembre y 20 de octubre de 2003, cada uno, quedando su poderdante a paz y salvo con la obligación contractual por él adquirida. Precisa la Sala que los documentos reseñados emanados de tercero, por su naturaleza declarativa y al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.C., pueden ser apreciados sin necesidad de ratificación, salvo que la parte contra la cual se aduce lo solicite, lo que en este caso no ocurrió.

Como quiera que el monto señalado precedentemente pagado por el demandante al profesional del derecho corresponde a la defensa ejercida por éste en los dos procesos penales, se tendrá que por cada una de las investigaciones penales en las que fue representado el señor Deivis Monterrosa debió pagar la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000,00), por lo que será este el valor a reconocer por la Sala por concepto de daño emergente.

- **Lucro cesante.**

El extremo accionante solicitó a título de lucro cesante, la suma de doce millones doce millones de pesos (\$12.000.000,00), correspondiente a lo que supuestamente dejó de devengar durante su reclusión.

Al respecto adujo el demandante que para la época de los hechos se dedicaba a la producción y comercialización de pan al por mayor y detal.

En respaldo de esta pretensión la parte actora allegó al expediente certificación adiada 15 de septiembre de 2003, expedida por el Contador Público Manuel Hernández Herazo, con tarjeta profesional 42094-T de la Junta Central de Contadores (fl.282 Cuad. Ppal.) la cual acompañó con fotocopia de su cédula de ciudadanía y de la tarjeta profesional (fls.283-284 *idem*). En el aludido certificado el contador hace constar que el demandante para la fecha en que fue privado de su libertad ganaba la suma de tres millones de pesos (\$3.000.000,00) por concepto de la actividad económica que desarrollaba.

Empero lo anterior, advierte la Sala que según consta en oficio 086225 del 23 de febrero de 2012, suscrito por la Directora de Registros de la Cámara de Comercio, en el archivo del registro mercantil que se lleva en esa entidad no figura matrícula a nombre del demandante ni tampoco figuran inscritos bienes mercantiles a su nombre (fls.268 Cuad. Ppal) y, en oficio 01-32-237-1017 del 2 de marzo de 2012, emitido por la División de Gestión de Asistencia al Cliente de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, el actor no figura registrado en la base de datos de esa entidad (fl.286 *idem*).

Ahora, si bien dentro del proceso se demostró, con base en la prueba documental reposante a folio 282 del Cdno. Ppal., que para la época de los hechos el procesado se dedicaba a la comercialización informal de pan, no

sirve de prueba del valor de lo que devengaba el señor Monterrosa Mendoza como comerciante de panadería en la medida en que en ese documento no se expresó ni mucho menos se explicó con base en qué elementos de juicio se señaló el valor promedio de ingresos que éste percibía en desarrollo de dicha actividad, ni si esa cifra correspondía a las ganancias que obtenía al distribuir el producto, ni tampoco quienes eran su clientes habituales o permanentes, ni las cantidades de pan que comercializaba.

En tal medida, como no se demostró en este proceso el valor de los ingresos obtenidos por la actividad proveniente del comercio por parte del señor Deivis Monterrosa Mendoza, debe aplicarse la regla consagrada por vía jurisprudencial para casos como el presente, según la cual, si estando acreditado el ejercicio de una actividad laboral por parte de la persona privada de su libertad antes de su captura, no se demuestra el monto de los ingresos mensuales dejados de devengar durante su reclusión, se presumirá que percibía por lo menos un salario mínimo legal mensual vigente, de suerte que se reconocerá por concepto de lucro cesante mensual el equivalente al salario mínimo vigente al momento de la detención (23 de mayo de 2003), establecido en trescientos treinta y dos mil pesos (\$332.000,00), valor éste que actualizado a la fecha de esta sentencia con base en el índice de precios al consumidor equivale a quinientos cuatro mil ochenta y cinco pesos con ochenta y seis centavos (\$504.085,86), suma que resulta inferior al salario mínimo mensual legal vigente en la actualidad, que es de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos (\$589.500,00), por lo que se tomará éste último como base para el cálculo de la liquidación de perjuicios. A este salario se le incrementará un veinticinco por ciento (25%) por concepto de prestaciones sociales, toda vez que su reconocimiento opera por disposición legal.

Para la liquidación debe tenerse en cuenta que:

- El señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza estuvo privado de su libertad por un espacio de tres (3) meses y veinte (20) días, es decir, tres punto seis (3,6) meses.

- El salario base de liquidación es de quinientos ochenta y nueve mil quinientos pesos (\$589.500,00) y, sumándole un veinticinco por ciento (25%) correspondiente a prestaciones sociales, asciende a la suma de setecientos treinta y seis mil ochocientos setenta y cinco pesos (\$736.875,00).

**Indemnización debida:**

Ra= \$736.875,00

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$736.875,00

i = Interés puro o técnico: 0,004867.

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la ocurrencia del hecho a la fecha de presentación de la demanda, esto es, 3,6 meses.

$$\Rightarrow S = 736.875 \frac{(1,004867)^{3,6} - 1}{0,004867} = \mathbf{\$2.669.198,91}$$

Total: **\$2.669.198,91**

Conforme a la tasación anterior, se le reconocerá al señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por concepto de lucro cesante, la suma de dos millones



seiscientos sesenta y nueve mil ciento noventa y ocho pesos con noventa y un centavos (\$2.669.198,91).

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.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO.-** Declarar probada de oficio la falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional y Policía Nacional.

**SEGUNDO.-** Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Fiscalía General de la Nación de los perjuicios causados al demandante, por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO.-** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la Fiscalía General de la Nación a indemnizar los perjuicios causados por concepto de daño moral al demandante el equivalente a dieciocho punto siete (18,7) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**CUARTO.-** Condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar a Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por concepto de daño emergente la suma de seis millones de pesos (\$6.000.000,00).

**QUINTO.-** Condenar a la Fiscalía General de la Nación a pagar a favor del señor Deivis Gilberto Monterrosa Mendoza por concepto de lucro cesante el monto de dos millones seiscientos sesenta y nueve mil ciento noventa y ocho pesos con noventa y un centavos (\$2.669.198,91).

**SEXTO.-** Negar las demás súplicas de la demanda.

**SÉPTIMO.-** La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 178 del C.C.A, atendiendo los términos de la sentencia C-188 de 1999 proferida por la Corte Constitucional.

**OCTAVO.-** Abstenerse de condenar en costas.

**NOVENO.-** En firme ésta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

**DÉCIMO.-** Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.*

Los Magistrados,

  
**JORGE EL CER JANDINO GALLO**

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1255  
(ART. 323 C. P. C.)**

**CLASE DE PROCESO : ACCION DE REPARACION DIRECTA**  
**MAGISTRADO PONENTE-DR : JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO**  
**DEMANDANTE : EUSÉBIA MARRUGO MUÑOZ Y OTROS**  
**DEMANDADO : NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL**  
**RADICADO J. XXI : 13-001-33-31-012-2007-00100-01**  
**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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo  
Medio de control: Reparación Directa  
Demandante: Eusebia Marrugo Muñoz y otros.  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional  
Expediente: 13-001-33-31-012-2007-00100-01  
Temas: Muerte de civil durante persecución policial –  
legítima defensa como causal eximente de  
responsabilidad.

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por las partes contra la sentencia proferida el 6 de junio de 2012 por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. LA ACCIÓN.**

Los señores Eusebia Marrugo Muñoz, Ana Rosa Vega Marrugo, Yulibett Pineda Vega, Ania Patricia Pineda Vega, Marcos Pineda Vega, Silvio Enrique Pineda Vega, Santos Del Carmen Gómez Vega, Evide Consuelo Gómez Vega, José Del Carmen Gómez Vega, Mónica Patricia Castro Morelos –quien actúa en representación de sus menores hijas Maydi Patricia y Mayerlis Paola Pineda Castro-, Luz Elena Bustos Pestana –quien actúa en nombre propio y en

representación de sus menor hija Tina María Bustos Pestana-, Luz Neida Vega Marrugo, Franklin Enrique Vega Marrugo, Esfrat David Vega Marrugo, Evaldo Vega Marrugo, Javier Simón Vega Marrugo, Cielo Del Carmen Vega Marrugo, Andrés Gilberto Vega Marrugo y Hurley Antonio Vega Marrugo, por medio de apoderado judicial, concurrieron ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## **2. PRETENSIONES.**

Que se declare administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional -- Policía Nacional de los perjuicios causados a los demandantes con motivo de la muerte de Nelson Enrique Pineda Vega, ocasionada por agentes de policía con arma de dotación oficial el 20 de abril de 2003.

Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- A título de perjuicios morales:

A favor de Ana Rosa Vega Marrugo, en su condición de madre de la víctima, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Eusebia Marrugo Muñoz, en su condición de abuela de la víctima, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Maydi Patricia Pineda Castro, Mayerlis Paola Pineda Castro y Tina María Bustos Pestana, en su condición de hijos del occiso, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Luz Elena Bustos Pestana, en su calidad de compañera permanente de Nelson Enrique Vega Pineda, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Yulibett Pineda Vega, Ania Patricia Pineda Vega, Marcos Pineda Vega, Silvio Enrique Pineda Vega, Santos Del Carmen Gómez Vega, Evide Consuelo Gómez Vega y José Del Carmen Gómez Vega, en su condición de hermanos de la víctima, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Luz Neida Vega Marrugo, Franklin Enrique Vega Marrugo, Esfrat David Vega Marrugo, Evaldo Vega Marrugo, Javier Simón Vega Marrugo, Cielo Del Carmen Vega Marrugo, Andrés Gilberto Vega Marrugo y Hurley Antonio Vega Marrugo, en su condición de tíos de la víctima, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- A título de daños materiales, en la modalidad de lucro cesante y daño emergente, reconocer y pagar a favor de Ana Rosa Vega Marrugo, Maydi Patricia Pineda Castro, Mayerlis Paola Pineda Castro, Tina María Bustos Pestana y Luz Elena Bustos Pestana, las sumas que resulten acreditadas durante el curso del proceso.

Se dé cumplimiento al fallo conforme a lo establecido en los artículos 174 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

### 3. HECHOS.

La parte demandante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Nelson Enrique Pineda Vega era hijo de Ana Rosa Vega Marrugo y de Marcos Pineda Berrocal (ya fallecido); padre de Maydi Patricia Pineda Castro, Mayerlis Paola Pineda Castro y Tina María Bustos Pestana (quien nació siete (7) días después del deceso de su padre); compañero permanente de Luz Elena Bustos Pestana; hermano de Yulibeth Pineda Vega, Ania Patricia Pineda Vega, Marcos Pineda Vega, Silvio Enrique Pineda Vega, Santos Del Carmen Gómez Vega, Evide Consuelo Gómez Vega y José Del Carmen Gómez Vega; sobrino de Luz Neida Vega Marrugo, Franklin Enrique Vega Marrugo, Esfrat David Vega Marrugo, Evaldo Vega Marrugo, Javier Simón Vega Marrugo, Cielo Del Carmen Vega Marrugo, Andrés Gilberto Vega Marrugo y Hurley Antonio Vega Marrugo, con quienes siempre mantuvo relaciones de afecto, cariño y ayuda mutua.

El 20 de abril de 2003, en el Tercer Callejón del Sector Cartagenita del Barrio El Bosque de esta ciudad, el señor Nelson Enrique Pineda Vega se encontraba departiendo con unos amigos y con su hermana, Yulibeth Pineda Vega, cuando los policías Edwin Martínez, Alfredo Guerra, Jaime Orozco y Campo García, al mando del Subteniente Carlos González, llegaron a hacer una requisa, a la que accedieron la víctima y sus acompañantes, quienes recibieron malos tratos por parte de los uniformados.

Sin justificación alguna, el Subteniente González dio la orden que esposaran a Nelson Pineda quien, sorprendido, trató de dialogar solicitando una explicación, pero el oficial le respondió violentamente golpeándolo brutalmente.

En medio de la confusión, la víctima corrió a refugiarse en el Astillero La Troja Artesanal de propiedad de su familia, que se encontraba cerca del lugar.

Los agentes de policía abrieron fuego contra el señor Pineda, quien alcanzó a entrar al astillero en compañía de su hermana, luego de lo cual el Subteniente González introdujo la mano por el orificio del portón del astillero y accionó su arma de dotación, impactando la humanidad de la víctima.

Momentos después, los policías ingresaron al astillero, el Subteniente González se acercó a Nelson Pineda e intentó agredirlo sin darse cuenta que ya estaba agonizando, en ese estado la víctima y su hermana fueron esposados.

Tras percatarse Yulibeth Pineda que su hermano estaba gravemente herido, éste fue conducido a la sala de urgencias de la Clínica de los Seguros Sociales, pero falleció antes de llegar a ese centro hospitalario.

Cuando resultó herido, Nelson Pineda se encontraba totalmente desarmado y en ningún momento presentó fuerza opositora ante la autoridad policial.

Al momento de los hechos la víctima tenía treinta y un (31) años, se desempeñaba como jefe de patio y buzo en la Troja Artesanal Cartagenita & Cía. Ltda. y percibía una asignación básica mensual de seiscientos cuarenta mil pesos (\$640.000,00), que destinaba a mantener a sus hijas y a su compañera permanente, y a ayudar con el sostenimiento de su madre.

#### **4. DEFENSA**

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda (fls. 131-135, cdno. ppal.), se opuso a las pretensiones de la misma y señaló



que su sustento fáctico carecía de respaldo probatorio.

Expuso, como fundamento de su defensa, que no existía material probatorio que evidenciara que fueron miembros de la policía quienes le causaron la muerte a la víctima ni mucho menos que el arma homicida era de dotación oficial.

Propuso la que denominó excepción de falta de legitimación material en la causa de Luz Neida, Franklin Enrique, Esfrat David, Evaldo, Javier Simón, Cielo Del Carmen, Andrés Gilberto y Hurley Antonio Vega Marrugo, quienes acudieron al proceso invocando la condición de tíos de la víctima, por cuanto no se allegó el registro civil de la señora Ana Rosa Vega Marrugo, madre del occiso y de quien adujeron ser hermanos los libelistas mencionados.

## **5. LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

Por solicitud formulada por el Ministerio Público (fls. 123-125, cdno. ppal. I), el juzgado de origen, mediante auto de 19 de mayo de 2008 (fls. 160-161, cdno. ppal. I), llamó en garantía a los señores Edwin Martínez, Alfredo Guerra, Jaime Orozco, Campo García y Carlos González, uniformados presuntamente involucrados en los hechos materia del debate.

Pese a haber sido notificados personalmente de la providencia que ordenó su vinculación (fls. 189, 209, 489 rvso., 501 rvso. y 506), los agentes llamados en garantía no se pronunciaron respecto de la demanda.

## **6. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia de seis (6) de junio de dos mil doce (2012) proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 669-

694, cdno. ppal. II), se declaró extracontractualmente responsable a la Nación -- Ministerio de Defensa – Policía Nacional, bajo el título de falla del servicio, de los perjuicios causados con motivo de la muerte de Nelson Enrique Pineda Vega.

En consecuencia, se concedieron parcialmente las pretensiones de los libelistas, salvo las planteadas por los señores Hurley Antonio Vega Marrugo y Mónica Patricia Castro Morelos, que fueron denegadas tras declararse su falta de legitimación material en la causa por activa.

Para sustentar su decisión el *a quo* argumentó que en el asunto de la referencia se acreditó con sustento en las pruebas testimoniales recaudadas, que la víctima directa falleció producto de un disparo propinado con arma de fuego de dotación oficial por parte de un miembro de la policía, y que los uniformados involucrados en el incidente incurrieron en una falla del servicio por uso desproporcionado e injustificado de la fuerza al disparar indiscriminadamente contra el señor Pineda para impedir que huyera de una requisita, pese a que no representaba un riesgo para la vida o integridad de los agentes de la entidad demandada o de civiles, pues aunque se le decomisó un arma, no se probó que la haya accionado.

En ilación con ese argumento concluyó que la conducta de los policías llamados en garantía dentro del presente proceso fue desplegada con culpa grave pues por el solo hecho de que la víctima no obedeció una orden de alto e intentó huir del cerco policial, dispararon contra su humanidad aún cuando era previsible que podían causarle la muerte y, en tal medida, condenó a los agentes a reintegrar a la entidad demandada el cincuenta por ciento (50%) de la condena impuesta en el fallo de primer grado, a razón del diez por ciento (10%) a cargo de cada uniformado.

## **7. RECURSOS DE APELACIÓN**

### **7.1. Impugnación de la parte demandante**

La parte demandante impugnó el fallo de primer grado (fls. 696-697, cdno. ppal. II), pero sólo respecto de la decisión de denegar el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales a favor de los accionantes que acudieron al proceso en calidad de tíos de la víctima.

Al respecto adujo que el occiso laboraba en una empresa familiar de propiedad de los tíos del occiso, que trabajaron conjuntamente “*toda la vida*” para sacar adelante el negocio, que entre ellos existía no sólo cariño y fraternidad, sino también una unidad económica y que, en tal medida, es apenas lógico que la pérdida de uno de los integrantes del grupo de trabajo familiar causó aflicción y congoja a sus tíos.

### **7.2. Impugnación de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 698-701, cdno. ppal. I) solicitando que fuera revocada íntegramente, con sustento en los siguientes argumentos:

i) No se acreditó que el daño antijurídico haya sido causado por un policía con un arma de dotación oficial pues en el dictamen de balística realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se indicó que no era posible determinar con certeza con qué arma fue disparado el proyectil incriminado y que no se podía determinar la fecha en que las armas analizadas fueron utilizadas para la ejecución de disparos.

ii) Nelson Enrique Pineda Vega no debió huir sino cumplir sus deberes de ciudadano y atender una simple requisita, y al no hacerlo generó el hecho confuso que originó la controversia.

iii) Al momento de los hechos la víctima tenía en su poder un arma de fuego y, aunque no se probó que la haya disparado porque no se realizó prueba de absorción atómica, el simple hecho de portarla representaba un riesgo y fue lo que motivó a reaccionar a los uniformados, pues no puede exigirse a los policías esperar a que el occiso les disparara para repeler la inminente amenaza.

iv) En tal medida, se observa que en el *sub lite* se configuró una causal de exoneración por la culpa exclusiva de la víctima.

### **7.3. Impugnación adhesiva de Carlos Augusto González Ruíz**

El apoderado del llamado en garantía Carlos Augusto González Ruíz formuló recurso de apelación adhesiva (fls. 706-713, cdno. ppal. II) aduciendo, en primer lugar, que en el asunto de la referencia existía ineptitud de la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial previsto en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

En segundo lugar, arguyó que no se demostró mediante prueba idónea que la muerte del señor Pineda haya sido ocasionada por algún miembro de la policía, pues al respecto sólo se recaudaron unos testimonios rendidos por declarantes que carecen de credibilidad no sólo por ser familiares del occiso y estar interesados en las resultas del proceso, sino también porque son testigos de oídas y no presenciales.

Acotó que dentro del paginario no reposa ningún elemento probatorio que corrobore que los llamados en garantía fueran miembros activos de la policía para la época de los hechos.

#### **7.4. Impugnación adhesiva de Alfredo Guerra Navarro y Jaime Orozco Torres.**

Los llamados en garantía Alfredo Guerra Navarro y Jaime Segundo Orozco Torres también apelaron adhesivamente el fallo de primer grado (fls. 758-760, cdno. ppal. II), para lo cual manifestaron que el día de los hechos Nelson Pineda no obedeció la orden de registro, huyó del lugar y en su huída desenfundó un arma de fuego y les hizo varios disparos a ellos y a los otros policías que participaron en el procedimiento, y que fue debido a ello que los uniformados tuvieron que repeler el ataque.

Añadió que fue errada la decisión del *a quo* de condenar a los cinco policías presentes en el operativo en cuestión a pagar el cincuenta por ciento (50%) de las condenas reconocidas a favor de los libelistas por la muerte del señor Pineda Vega, como si todos fueran objetivamente responsables de tal hecho, pasando por alto que sólo uno de los uniformados fue el que efectuó el disparo que lo hirió mortalmente, sin que el hecho de que no haya podido determinarse técnicamente con cuál revolver se disparó el proyectil que impactó la humanidad del señor Pineda Vega, justifique que en defecto de tal prueba se opte por condenarlos a todos.

De otra parte alegó que en el *sub lite* se incumplió el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial, de acuerdo a lo normado en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001.

Por las anteriores razones, solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda o, en subsidio, que se declare la ineptitud de la demanda por ausencia del requisito de procedibilidad aludido.

## **8. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

La parte demandada y el llamado en garantía Carlos Augusto González Ruíz presentaron alegatos de cierre, insistiendo en los argumentos planteados en los respectivos recursos de apelación que formularon contra la sentencia de primera instancia (fls. 771-774 y 775-780, cdno. ppal. II).

A su turno, la parte demandante alegó de conclusión solicitando que se confirme el fallo condenatorio de primer grado, bajo el argumento que tal decisión estuvo debidamente fundamentada en las pruebas testimoniales practicadas durante el litigio (fls. 781-787, ib.).

## **9. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Ministerio Público no emitió concepto.

# **II. CONSIDERACIONES**

## **I. CUESTIÓN PRELIMINAR**

Previo a analizar el fondo de la litis, debe la Sala pronunciarse frente al argumento planteado en su alzada por los miembros de la fuerza pública llamados en garantía dentro del caso de marras, relativo a que en el asunto de la referencia existe ineptitud de la demanda por no haberse agotado el requisito

de procedibilidad de conciliación prejudicial previsto en el artículo 35 de la Ley 640 de 2001, pues al amparo de tal planteamiento se pretende que se profiera un fallo inhibitorio, cuestión que debe ser definida *in limine*.

Al respecto, baste señalar que si bien ese precepto, según el texto vigente para la época de presentación del libelo introductorio, disponía que *“Antes de incoar cualquiera de las acciones previstas en los artículos 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo, las partes, individual o conjuntamente, deberán formular solicitud de conciliación extrajudicial, si el asunto de que se trate es conciliable.”*, también lo es que en el artículo 42 *ibídem* se estableció que *“Las normas previstas en el presente capítulo entrarán en vigencia gradualmente, atendiendo al número de conciliadores existentes en cada distrito judicial para cada área de jurisdicción./ En consecuencia, con base en el último reporte anualizado disponible expedido por el Consejo Superior de la Judicatura sobre número de procesos ingresados a las jurisdicciones civil, laboral, de familia y contencioso administrativa, independientemente, el Ministerio de Justicia y del Derecho determinará la entrada en vigencia del requisito de procedibilidad para cada Distrito Judicial y para cada área de la jurisdicción una vez aquel cuente con un número de conciliadores equivalente a por lo menos el dos por ciento (2%) del número total de procesos anuales que por área entren a cada Distrito”*, certificaciones que nunca fueron emitidas pues, por el contrario, el Ministerio de Justicia profirió la Resolución 198 de 2002, en la cual se señaló que no se daban los presupuestos para determinar la entrada en vigencia de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en ningún distrito judicial del país, razón por la cual fue sólo a partir de la promulgación de la Ley 1285 de 22 de enero de 2009 que se hizo exigible tal requisito y que, por ende, surgió como consecuencia ineludible de su inobservancia, el rechazo de la demanda.

En consecuencia, emerge diáfano que tal cargo carece de asidero jurídico puesto que la demanda que dio inicio a éste litigio fue presentada el 20 de abril de 2005 (fl. 34, cdno. ppal. 1), es decir, con anterioridad a la vigencia de la Ley 1285 de 2009.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Está llamada la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a responder administrativa y patrimonialmente –y en caso afirmativo, bajo qué título- de los daños que se le imputan con ocasión de la muerte de Nelson Enrique Pineda Vega?

## **3. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LESIONES CAUSADAS CON ARMAS DE DOTACIÓN OFICIAL.**

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados por la utilización de armas de dotación oficial y por fallas en la prestación del servicio de las fuerzas armadas. 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.

Cuando se debate la responsabilidad extracontractual estatal derivada de los daños antijurídicos causados con armas de fuego de dotación oficial -situación en la que, de acuerdo con el sustento fáctico de la demanda, se enmarca la



presente controversia-, por regla general se aplica el título de imputación objetivo de riesgo excepcional, a la luz del cual la Administración está llamada a 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, en razón a que el Estado asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos.

Bajo la égida de ese sistema objetivo de responsabilidad, al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico 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 que sea relevante verificar la licitud o ilicitud de la conducta del agente pues, se insiste, en estos casos es suficiente demostrar que el daño fue causado por el artefacto o por la realización de la actividad peligrosa cuya guarda se encontraba a cargo del Estado. Por su parte, para exonerarse de responsabilidad la Administración debe acreditar la presencia de una de las siguientes causas extrañas: el hecho exclusivo de la víctima, la fuerza mayor o el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Empero, cuando la lesión con arma de fuego de dotación oficial 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<sup>1</sup>.

#### **4. EJERCICIO DE LA FUERZA PÚBLICA**

Uno de los principios que orientan la utilización de armas por parte de agentes del Estado es el relativo a que entre los medios ofensivos, ha de seleccionarse el menos lesivo.

Debido a los grandes riesgos que comporta, sólo es admisible el uso de armas de fuego por parte de miembros de la fuerza pública en defensa propia o en defensa de otros, en caso de amenaza inminente de muerte o de lesiones graves o para evitar un delito particularmente grave que entrañe un serio peligro para la vida, siempre y cuando las medidas menos extremas resulten insuficientes.

#### **5. LO PROBADO**

Al plenario fueron allegados los siguientes medios probatorios relevantes con miras a la resolución de la alzada:

- a) Las copias de los registros civiles de nacimiento que acreditan que Nelson Enrique Pineda Vega era hijo de Ana Rosa Vega Marrugo (fl. 56, cdno. ppal. I); nieto de Eusebia Marrugo Muñoz (fls. 59, ib.); padre de Mayerlis Paola y de Maydy Patricia Pineda Castro (fls. 63 y 64, ib.); hermano de Yulibett Pineda Vega, Ania Patricia Pineda Vega, Silvio Enrique Pineda Vega, Marcos Pineda Vega, Santos Del Carmen Gómez Vega, José Del Carmen Gómez Vega y Evide Consuelo Gómez Vega (fls. 65 a 71, ib.); sobrino de Esfrat David Vega Marrugo, Evaldo Vega Marrugo, Andrés Gilberto Vega Marrugo, Franklin Enrique Vega Marrugo, Luz Neida Vega

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de noviembre 8 de 2007, Exp. 15971, C. P. Ramiro Saavedra Becerra

Marrugo, Javier Simón Vega Marrugo y Cielo Del Carmen Vega Marrugo (fls. 72 a 78, ib.).

- b) Copia del registro civil de defunción del señor Nelson Enrique Pineda Vega, donde consta que falleció el 20 de abril de 2003, a las 6:00 p.m. (fl. 57, cdno. ppal. I)
- c) Certificado laboral expedido por el representante legal de la sociedad Troja Artesanal Cartagenita & Cía. Ltda., mediante el cual se hizo constar que Nelson Enrique Pineda Vega laboró en esa empresa desde el 4 de enero de 1993 y hasta el 20 de abril de 2003, devengando como última asignación salarial la suma de seiscientos cuarenta mil pesos (\$640.000,00) (fl. 81, cdno. ppal. I).
- d) Copia del oficio DGOP-SIFS-GIDE-AVRA-33789 de 28 de junio de 2003 emanado del Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y dirigido al Juzgado 175 de Instrucción Penal Militar, a través del cual se informa que el señor Nelson Enrique Pineda Vega no registraba antecedentes judiciales (fl. 96, cdno. ppal. I).
- e) Dictamen pericial realizado el 15 de julio de 2003 por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Norte sobre los revólveres Ruger y Smith & Wesson que portaban los policías llamados en garantía el día de los hechos, la pistola presuntamente incautada a la víctima directa y el proyectil que le causó la muerte, el cual fue extraído de su cadáver. Las conclusiones de la experticia es que no puede determinarse con qué arma fue disparado el proyectil que cegó la vida a Nelson Pineda por la carencia de una micro rayado suficiente en su superficie, y que si bien se verificó que las armas analizadas habían sido utilizadas para la ejecución de disparos, no podía establecerse la fecha exacta de la realización de los mismos (fls. 113-118, cdno. ppal. I)

- f) Testimonio de Henry Alonso Martínez, quien declaró que el 20 de abril de 2003 escuchó disparos, corrió al lugar de los hechos y que cuando llegó a la troja artesanal Cartagenita ya la víctima yacía muerta en ese sitio. Informó que observó cuando la víctima fue ingresada a la patrulla de policía junto con su hermana, y que en ese instante no portaban armas de fuego (fls. 552-553, cdno. ppal. I).
- g) Testimonio de Álvaro Torres Herrera, quien refirió que el 20 de abril de 2003 estaba viéndose una película en la casa de la “señora Emilse”, cerca al lugar de los hechos, que Nelson Pineda discutió con unos policías que iban a requisarlo y salió corriendo. El testigo indicó que luego de que el occiso saliera corriendo escuchó unos disparos, pero precisa *“hasta allí le digo porque hasta allí sé yo”*, puntualmente señaló: *“los agentes pidieron una requisa, los muchachos le dieron la requisa y allí se fueron a discusión un señor agente con el difunto y él allí salió corriendo, luego sentí los disparos... por qué discutían no sé, pero él corrió, cuando él corrió sentí los tiros... cuando yo sentí los tiros la señora Emilse no me dejó salir, por eso no sé quién efectuó los disparos”*. Así mismo señaló que cuando el señor Pineda corrió huyendo de los policías, no le vio ningún arma (fls. 559-560, cdno. ppal. I).
- h) Testimonio de Carmen Díaz Vergara, declarante que señaló que el día 20 de abril de 2003 se encontraba en su casa, ubicada cerca del lugar de los acontecimientos, y que al escuchar una “bulla” se asomó a la terraza y vio *“dos policías montados en el techo del lado derecho de mi casa... cuando en eso sale Nelson corriendo y le hicieron el primer tiro en la puerta del frente de mi casa, y sale Nelson corriendo, cuando llegó a la casita de madera el policía trató de agarrarlo pero se cayó, después el policía mono se puso a forcejear con Yulibeth la hermana de Nelson, el policía durante el forcejeo le dispara a Nelson pero no le dio sino a la puerta del*

*astillero, luego el policía metió la mano y lo mató allá dentro...cuando iban corriendo disparaban al aire, se escucharon cinco disparos y tres o cuatro cuando el forcejeo”, luego puntualizó que no presenció cuando el policía supuestamente metió la mano por la puerta del astillero y disparó al occiso, pues aclaró que fue Yulibeth, la hermana de Nelson Pineda Vega, quien le contó tal hecho (fls. 607-608, cdno. ppal. 1). Esta declarante, al deponer dentro del proceso penal militar seguido por los hechos materia de la controversia, refirió que al salir del astillero uno de los policías mostró la pistola decomisada a Nelson Pineda (fls. 317-318).*

- i) Copia auténtica del expediente del proceso disciplinario DEBOL-093-03 adelantado por el Departamento de Policía de Bolívar contra el subteniente Carlos González Ruíz, los subintendentes Edwin Martínez Nisperuza y Eder Campo García, y los patrulleros Alfredo Guerra Navarro y Jaime Segundo Orozco Torres, a raíz de los hechos materia de ésta litis (cdno. de pruebas). De dicho expediente hacen parte las siguientes piezas probatorias:

- Informe de novedad presentado el 23 de abril de 2003 por el subteniente Carlos González Ruíz ante el Comandante de la Policía de Bolívar (fl. 3, cdno. de pruebas), donde se indicó:

*“El día de hoy siendo aproximadamente las 18:30 horas cuando se encontraban patrullando el Barrio El Bosque Sector Cartagenita, los integrantes de las patrullas Cali 6-2 y 7-2 a la altura de la calle Santander observaron a unos particulares en actitud sospechosa, por tal motivo procedieron a realizar una requisa; en esos momentos Nelson Pineda Vega... se dio a la huida, en la persecución desenfundó un arma realizando varios disparos en contra de los policiales; los cuales reaccionaron y en el intercambio de disparos resultó herido en la región lateral izquierda del tórax...*

*“Como resultado del procedimiento se logró la recuperación del arma de fuego marca BROWING calibre 7.65, niquelada blanca, de cachas en pasta color negro y número externo 577030, un proveedor para la*

*misma. tres cartuchos calibre 7.65, la cual utilizó el occiso contra la integridad de los policiales.*

*Conocieron el caso el señor SI Martínez Nisperuza Edwin, PT. Guerra Navarro Alfredo, PT. Orozco Torres Jaime y el SI Campo García Eder.”*

- Acta del levantamiento del cadáver de Nelson Pineda Vega, practicado el 20 de abril a las 7:50 p.m. en la Clínica del ISS de esta ciudad por el Fiscal Séptimo Seccional (fls. 23-25, cdno. de pruebas).

- Informe técnico de necropsia médico legal practicada al cadáver de Nelson Enrique Pineda Vega, documento en el cual se consignó que falleció a causa de una herida producida con arma de fuego en el quinto (5º) espacio intercostal izquierdo del tórax, que lesionó la pleura izquierda, el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, pericardio, ápex del ventrículo izquierdo y el lóbulo medio del pulmón derecho. Igualmente se precisó que la trayectoria del proyectil fue “*supero - inferior, izquierda a derecha, antero-posterior*” (fls. 31-38, cdno de pruebas).

- Oficio suscrito por el subintendente Eder Campo García y el subteniente Carlos González Ruíz, presentado el 21 de abril de 2003 a las 00:35 en la Unidad de Reacción Inmediata de la Fiscalía en esta ciudad, mediante el cual ponen a disposición del fiscal en turno el arma de fuego marca Browning calibre siete punto sesenta y cinco (7.65), niquelada blanca, de cachas en pasta color negro y número externo 577030 con la que aducen les disparó Nelson Enrique Pineda Vega, así como un proveedor para la misma y tres cartuchos calibre 7.65 (fls. 90-91, cdno. de pruebas).

- Dictamen pericial realizado por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses Regional Norte sobre el proyectil extraído del cadáver

de Nelson Pineda, en el cual se concluyó que dicha bala fue disparada con un arma de fuego tipo revolver de cañón con ánima de cinco (5) estrías con sentido de rotación hacia la derecha, calibre treinta y ocho (38), dentro de las que se encuentran los revólveres marca Smith & Wesson, Ruger y Amadeo Rossi como las más comunes en nuestro medio (fls. 131-132, cdno. de pruebas).

- Oficio 174 GUCRISIJIN-DEBOL de 6 de junio de 2003 emanado del Jefe de la SIJIN de Bolívar (fl. 152, cdno. de pruebas), mediante el cual se informó que a Nelson Pineda Vega le aparecían las siguientes anotaciones policiales:

*“23-0-91 Conducido por personal policial sindicado de atracar a una compra venta en el Municipio de Turbaco. Puesto a disposición del juzgado criminal en turno.*

*07-04-92 Conducido en compañía de otra persona sindicado de hurtar un motor fuera de borda. Puesto a órdenes del juzgado penal municipal en turno.*

*19-11-94 Conducido hasta la Estación de Policía Olaya Herrera, en compañía de otras personas sindicado de atracar a un conductor de un camión. Puesto a disposición de la fiscalía en turno.*

*10-08-97 Conducido desde el Barrio Cartagenita sindicado de porte ilegal de armas y presenta orden de captura emanada del Juzgado Quinto Penal Municipal. Puesto a disposición de la fiscalía en turno.”*

- Declaración jurada rendida por Álvaro Torres Llerena, quien relata que observó todos los acontecimientos desde la ventana de su casa, que distaba cuarenta (40) metros del lugar de los hechos, así: *“El señor Nelson Pineda estaba tomando cuando llegaron dos motorizados...el teniente González no lo llegó a esposar sino que enseguida le metió un empellón a Nelson y de ahí se fueron agarrando...el muchacho...arrancó a correr cuando él de una vez le disparó. el teniente González*

*le disparó... el teniente González se le fue adelante, de ahí él se metió. al meterse dentro del taller, la puerta tenía una endija (sic) donde él mete la mano dispara, el teniente González...".* Al preguntársele si tenía conocimiento de lo que aconteció al interior del astillero respondió: *"No, ahí adentro yo no vi nada"* (fls. 292-294, cdno. de pruebas).

Ahora bien, es preciso puntualizar que las declaraciones rendidas por los señores Esfrat David Vega Marrugo -tío de la víctima-, por Yulibeth Pineda Vega -hermana de la víctima-, y por Nelsy Vega Marrugo -tia de la víctima- (fls. 304-307, 314-36, 19-22, 295-300, cdno. de pruebas, y 556-557, cdno. ppal. I) dentro del proceso penal militar adelantado por la muerte de Nelson Pineda, no serán apreciadas por cuanto en su condición de parientes de la víctima y de libelistas dentro del caso de marras, es evidente que tienen interés en las resultas del proceso, por lo que el manto de imparcialidad que se deriva de su parentesco con el perjudicado directo, resta credibilidad a su declaración.

De igual forma no será valorada la declaración del señor Sidney Fernández Ramos (fls. 311-33, cdno. de pruebas), habida cuenta que según lo aseveró, trabaja en el astillero de los demandantes, lo que significa que entre él y dichos actores existe una relación de dependencia laboral, circunstancia que mina su imparcialidad y credibilidad y que conlleva a catalogarlo como testigo sospechoso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil<sup>2</sup>, según el cual *"son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimiento o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas"*.

---

<sup>2</sup> Aplicable en virtud de remisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo



Tampoco será apreciado el testimonio de Never Javier Martínez Urango, pues ese declarante manifestó que el día de los hechos se encontraba ingiriendo licor con el occiso y otros amigos, circunstancia que le resta credibilidad a su dicho, no sólo por el evidente lazo de amistad que lo unía a Nelson Pineda, compañero de juerga, sino sobre todo por la alteración de la percepción que produce el alcohol en el organismo, máxime si se tiene en cuenta que el declarante Álvaro Torres Llerena manifestó que el occiso y sus acompañantes *“pasaron todo el día tomando”* (fl. 293).

Resta señalar que las indagatorias y versiones libres rendidas por los policías Martínez, Guerra, Orozco, Campo y González que reposan en el proceso disciplinario adelantado en su contra y trasladado a éste juicio, no pueden ser tenidas como pruebas pues carecen del requisito de juramento para ser valoradas como testimonio de terceros.

## **6. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por los extremos en contienda contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se concedieron en forma parcial las súplicas de la demanda.

Siguiendo el orden lógico argumentativo, se analizará primeramente la impugnación formulada por la parte demandada, pues sólo en el evento de desestimar la alzada de dicho extremo -quien solicita que se revoque íntegramente el fallo-, habría lugar analizar la apelación de los policías llamados en garantía (cuyo reproche axial se centra en la decisión de ordenarles el pago del cincuenta por ciento (50%) de las condenas impuestas a la entidad accionada) y, la de la parte demandante, cuyo reproche se contrae a la decisión de denegar las indemnizaciones deprecadas a favor de los tíos de la víctima directa.

La apelación de la entidad accionada se edifica en los siguientes argumentos:

- No se acreditó que el daño antijurídico haya sido causado por un policía con un arma de dotación oficial pues en el dictamen de balística realizado por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se indicó que no era posible determinar con certeza con qué arma fue disparado el proyectil incriminado.
  
- El resultado dañoso se configuró por culpa exclusiva de la víctima pues al momento de los hechos la víctima portaba un arma de fuego y, aunque no se probó que la haya disparado porque no se realizó prueba de absorción atómica, el simple hecho de portarla representaba un riesgo y fue lo que motivó a reaccionar a los uniformados, pues no puede exigirse a los policías esperar a que el occiso les disparara para repeler la inminente amenaza.

Para definir esta alzada debe señalarse en primer lugar que con sustento en los medios probatorios pertinentes debidamente practicados o incorporados a este proceso se acreditó: (i) que el 20 de abril de 2003, en el Sector Cartagenita del Barrio El Bosque de esta ciudad, el señor Nelson Pineda Vega tras la realización de una requisa, se resistió a ser esposado y por tal motivo hubo forcejeo con los uniformados, durante el cual aquél resultó golpeado; (ii) que el señor Pineda huyó de los uniformados; (iii) que los policías durante la persecución efectuaron disparos, supuesto fáctico en el que coinciden todos los testigos y los informes administrativos levantados por algunos de los policías llamados en garantía y presuntamente involucrados en los hechos; (iv) que durante la persecución Nelson Pineda fue herido con un arma de fuego en el costado izquierdo del tórax, lesión que le causó la muerte poco después y, (v) que en el lugar de los hechos fue decomisada a la víctima una pistola

Browning calibre siete punto sesenta y cinco (7.65) que tenía en su poder, así como un proveedor con tres (3) proyectiles de ese calibre.

Ahora bien, lo que no fue demostrado es que la herida causada al occiso haya sido propinada con un arma de dotación oficial, pues en la experticia practicada al proyectil que causó la muerte a Nelson Pineda se concluyó que no se podía determinar con qué revólver fue disparado “*por la carencia de micro rayado suficiente en su cuerpo*” (fls. 113-119, cdno. ppal. I). En tal medida, ante la ausencia de plena prueba de ese nexo instrumental, no es dable aplicar el título de imputación objetivo de riesgo excepcional, como quiera que al amparo de ese régimen sólo pueden definirse los casos en que esté debidamente acreditado que el daño antijurídico haya sido ocasionado con un arma de fuego de dotación oficial sometida, como tal, a la guarda del Estado.

En ese orden de ideas y con sustento en las facultades emanadas del principio *iura novit curia*, esta Corporación dará aplicación en el *sub judice* al título de imputación de falla del servicio, bajo cuya égida le corresponde a la parte demandante demostrar el daño antijurídico, la falla del servicio derivada de la violación – por acción u omisión- del contenido obligacional constitucional y legal a cargo del Estado, y el nexo causal entre esos dos (2) elementos.

En el caso de marras, fue debidamente acreditado el daño antijurídico invocado por los accionantes, consistente en el deceso de Nelson Pineda Vega, insuceso que fue verificado con su registro civil de defunción, el acta de levantamiento de su cadáver y el estudio técnico de necropsia practicado al mismo (fls. 57, cdno. ppal. I, 23-25 y 31-38, cdno. de pruebas).

Ahora bien, las circunstancias exactas en que ocurrió la muerte de la víctima directa no aparecen plenamente esclarecidas, pues no sólo no se determinó que hubiera sido herido con un arma de dotación oficial, sino que ninguno de los

testigos cuya declaración puede ser valorada presencié cómo transcurrieron los últimos instantes de vida de Nelson Enrique Pineda Vega.

Al respecto se memora que en la demanda se adujo que el señor Pineda fue asesinado cuando se encontraba dentro del astillero de propiedad de su familia huyendo de los policías que lo perseguían, teoría que fue corroborada en el curso del proceso pues los declarantes que lo vieron forcejeando con los policías y correr hasta la Troja Artesanal Cartagenita no dijeron que lo hubieran herido con arma de fuego durante ese interregno, antes de entrar al astillero, ni que haya presentado sangrado en ese lapso.

En tal medida resulta claro que el daño antijurídico cuya reparación se deprecia, consistente en la muerte de Nelson Pineda, se estructuró dentro del taller de embarcaciones marítimas aludido, en circunstancias sobre las cuales no existen pruebas fehacientes que confirmen o desmientan los asertos de los libelistas, pues ninguno de los testigos observó qué sucedió al interior de ese taller de embarcaciones marítimas.

En efecto, el declarante Álvaro Torres Llerena dijo que presencié la persecución, pero al preguntársele si tenía conocimiento de lo que aconteció al interior del astillero respondió "*No, ahí adentro yo no vi nada*" (fls. 292-294, cdno. de pruebas); Henry Martínez simplemente refirió que escuchó disparos y que cuando llegó a la Troja Artesanal Cartagenita ya la víctima estaba muerta (fls. 552-553, cdno. ppal. I); Álvaro Torres Herrera manifestó que sólo escuchó disparos pero que no vio quién los efectuó porque la dueña de la casa donde estaba no lo dejó salir a asomarse (fls. 559-560, cdno. ppal. I) y, finalmente, la señora Carmen Díaz Vergara expresamente precisó que no presencié el momento en que se le efectuó el disparo que hirió al señor Pineda dentro del astillero, sino que la hermana de la víctima le contó que fue propinado por un policía (fls. 607-608, cdno. ppal. I).

Así pues, es evidente que en lo respecta al instante en que se le causó la muerte a la víctima directa, todos los deponentes cuya declaración fue valorada son simples testigos de oídas, cuyo dicho, por ende, no tiene la envergadura probatoria requerida para servir de respaldo a las pretensiones de la demanda.

En ilación con lo anteriormente señalado no sobra resaltar que, en todo caso, los testimonios justipreciados no fueron respaldados por otros elementos de juicio y que, además, se contradicen con la información consignada en los informes policiales de novedad emitidos a raíz del deceso de Nelson Pineda (fl. 3, cdno. de pruebas) y en los folios de los libros de los centros de atención inmediata a los que estaban adscritos algunos de los uniformados convocados a ésta litis (fls. 140-147, ib.), pues, por vía de ejemplo, varios declarantes adujeron que el subteniente González fue quien intentó esposar al occiso, y uno de ellos aseveró que fue ese oficial quien le disparó, mientras que en las pruebas documentales referidas se indicó que los policiales que hicieron parte de la requisita y persecución del señor Pineda fueron los patrulleros Alfredo Guerra y Jaime Orozco, y los subintendentes Edwin Martínez y Campo García.

Ahora bien, la Sala no pasa por alto que pese a que no hay prueba técnica balística que corrobore de qué arma salió el disparo que lesionó mortalmente a Nelson Enrique Pineda Vega, es muy probable que tal lesión haya sido causada por uno de los policías que lo perseguía, pues en algunos de los testimonios recaudados se indicó que los uniformados hicieron disparos durante la persecución, hecho que fue aceptado por la entidad demandada y por los llamados en garantía, quienes señalaron que sí dispararon al occiso, alegando, claro está, que fue en defensa propia.

Empero, aún si bajo tales supuestos se tiene por probado que la muerte del señor Pineda fue ocasionada por un disparo efectuado por un miembro de la entidad demandada, ello *per se* no estructura la falla del servicio alegada, pues

para considerar verificada dicha falla, resulta insoslayable que la parte demandante haya demostrado que un policía hirió de muerte al señor Pineda al interior del astillero injustificadamente, incurriendo en un exceso en el uso de la fuerza, es decir, que le haya disparado sin que la víctima constituyera un riesgo o amenaza para la integridad física de los uniformados o de terceros, supuesto fáctico que no sólo no fue probado (se insiste, porque ninguno de los testigos vio qué pasó dentro del taller), sino que además se ve desvirtuado por indicios que constituyen principio de prueba del argumento enarbolado por el extremo pasivo, relativo a que al dispararle al occiso el policía que le causó la muerte actuó en legítima defensa, para proteger su integridad física y su vida, ante un inminente ataque por parte de la víctima.

En ese sentido se destaca que las circunstancias de que la víctima en una conducta claramente sospechosa forcejeara con los policías, huyera de los mismos cuando lo intentaron esposar y, sobre todo, que estuviera armado, son indicios que respaldan la teoría de la defensa propia planteada por los uniformados.

En relación con lo primero, se enfatiza que resulta por demás sospechoso que la víctima emprendiera la huida ante la persecución policial, pues las reglas de la experiencia indican que lo usual es que una persona requerida por la autoridad policíaca por cualquier circunstancia, rinda las explicaciones del caso en lugar de evadirse. Además, llama poderosamente la atención de la Sala el hecho de que aunque fueron varias las personas objeto de requisa policial y de supuestos malos tratos durante la misma, sólo Nelson Pineda huyó de los miembros de la fuerza pública.

En cuanto a lo segundo, es preciso reiterar que los elementos de juicio trasladados del proceso penal militar iniciado por estos hechos evidencian que a la víctima se le incautó una pistola cargada dentro del astillero, tal y como

consta en el acta mediante el cual ese artefacto fue puesto a disposición del fiscal de turno (fls. 90-91, cdno. de pruebas), hecho que fue corroborado por la testigo Carmen Díaz, quien expresó que uno de los policías salió del taller exhibiendo el arma incautada al occiso (fl. 317, cdno. de pruebas), pruebas que no fueron desvirtuadas por el extremo demandante como quiera que, si bien es cierto que los testigos manifestaron que Nelson Pineda no estaba armado, no puede pasarse por alto que, se reitera, los declarantes no observaron lo que aconteció dentro del astillero instantes antes de que fuera herido, por lo que no tienen forma de saber si en ese lugar el occiso empuñó un arma para disparar o amenazar a los policías que lo perseguían, como estos lo manifestaron.

A lo anterior se agrega, en primer lugar, que la trayectoria de entrada del disparo que recibió el señor Pineda en el tórax, de izquierda a derecha, evidencia que al ser impactado tenía una posición corporal que coincide con la de una persona que estando huyendo se gira para amenazar empuñando un arma y, en segundo lugar, que el occiso tenía en su prontuario múltiples anotaciones policiales, e incluso una vez fue puesto a disposición de la fiscalía en turno por una orden de captura emanada del Juzgado Quinto Penal Municipal de Cartagena sindicado precisamente de porte ilegal de armas (fl. 152, cdno. de pruebas).

Es menester, así mismo, puntualizar que los miembros de la fuerza pública están legitimados para hacer uso de sus armas de fuego de dotación oficial para preservar la vida o integridad física suya o de terceros, ante un ataque *inminente* o consolidado, es decir, que el uso de la fuerza se autoriza no sólo cuando esos bienes jurídicos son efectivamente lesionados, sino también cuando existe una amenaza cierta y real sobre los mismos, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que una persona desenfunde un arma y apunte con ella a un uniformado, hipótesis en la cual éste último está facultado para disparar antes de que le disparen, para así evitar que se concrete el ataque inminente.

En tal medida, el hecho de que no se haya demostrado que la víctima hubiera usado la pistola que portaba, es decir, que haya apretado el gatillo, no basta para deslegitimar o desacreditar el proceder de los uniformados involucrados en su persecución, ni mucho menos para dar por probada la falla del servicio alegada, máxime si se tiene en cuenta que, se insiste, el simple hecho de que un sujeto desenfunde o apunte un arma de fuego contra un miembro de la fuerza pública, faculta a éste último para hacer uso de su arma de dotación con el objeto de impedir ser lesionado. Concluir lo contrario implica un desconocimiento de los derechos a la vida y a la integridad de los agentes estatales y de la población civil cuya protección corresponde a éstos, pues significaría que los uniformados sólo podrían reaccionar contra una persona que comporta un riesgo inminente para esos bienes jurídicos, cuando ya se haya materializado un atentado contra los mismos.

Desde esta perspectiva, se impone concluir que la parte demandante, en frontal incumplimiento de la carga que le impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>3</sup>, no acreditó la falla del servicio alegada en la demanda, en la medida en que no arrió prueba que demostrara que el policía que disparó al señor Pineda cuando se encontraba en el astillero de su familia haya actuado en forma negligente, imprudente o con inobservancia de las reglas a las que debía ceñir su conducta, o que hubiera incurrido en un exceso en el ejercicio de la fuerza.

Por el contrario, las circunstancias de que la víctima en una conducta claramente sospechosa huyera de los policías y que, además, estuviera armado, constituyen indicios a favor de la teoría de la defensa propia planteada por los uniformados, máxime si se tiene en cuenta que al momento de su muerte Nelson Pineda Vega estaba acorralado por la policía, situación que en no pocos casos puede catalizar reacciones violentas.

---

<sup>3</sup> Aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 168 del C.C.A.



Memórese que en el marco del título de imputación de la falla del servicio, al demandante le corresponde la carga de probar la existencia del daño antijurídico, de la falla del servicio alegada y el nexo causal entre ambos, sin que haya lugar a presumirlos, y que la falta de prueba de uno cualquiera de tales elementos trae consigo como consecuencia ineludible la frustración de sus pretensiones.

Así las cosas, ante la ausencia de pruebas de los elementos que configuran la responsabilidad extracontractual estatal por falla del servicio, y al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 *ibídem* -según el cual corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen-, se revocará la sentencia condenatoria apelada para, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Resta precisar que ante la prosperidad de la apelación formulada por la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, y la subsecuente revocatoria del fallo de primer grado, no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno respecto de la impugnaciones planteadas tanto por los policías llamados en garantía, como por el extremo accionante.

## **7. COSTAS**

Finalmente, no habrá lugar a imponer condena en costas en esta sede, pues no encuentra la Sala en la conducta de la parte demandante fundamento para ello, en armonía con la previsión del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA

**REVOCAR** la sentencia de 6 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Décimo Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda y, en su lugar se dispone:

**PRIMERO:** Negar las súplicas de los libelistas, por lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO:** Una vez en firme éste proveído, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

Sin condena en costas, por no aparecer causadas.

Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha*

Los Magistrados,

  
**JORGE ELIECER FANDIÑO CALLO**

  
**MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ**

  
**ARTURO MATSON CARBALLO**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado bajo el número 13-001-33-31-012-2007-00100-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1256  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>	<b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE OTROS</b>	<b>: JEISON ANTONIO ALMANZA CORDOBA Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO NACIONAL</b>	<b>: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-006-2011-00102-01-006-2011-00103-01-0006-2011-00107-01-006-2011-00115-01-006-2011-00108-01-006-2011-00116-01- ACUMULADOS</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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,  
VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN 001-

Cartagena de Indias, diez (10) de octubre de dos mil trece (2013).

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo  
Medio de control: Reparación Directa  
Demandante: Jeison Antonio Almanza Córdoba y otros.  
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional  
Expedientes: 13-001-33-31-006-2011-00102-01, 13-001-33-31-006-2011-00103-00, 13-001-33-31-006-2011-00107-00, 13-001-33-31-006-2011-00108-00, 13-001-33-31-006-2011-00115-00 y 13-001-33-31-006-2011-00116-00 (acumulados)

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por las partes contra la sentencia proferida el 22 de junio de 2012 por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de las demandas de los procesos de la referencia, acumulados en virtud de providencia de 14 de septiembre de 2011 proferida por el despacho de origen (fls. 140-144, cdno. 1).

**I. ANTECEDENTES.**

**1. ACCIONES.**

Los señores Jeison Antonio Almanza Córdoba, Johan Fernando Jiménez Córdoba y Sandy Patricia Jiménez Córdoba, por medio de apoderada judicial, concurrieron ante la jurisdicción contenciosa administrativa a instaurar

demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, que fue radicada bajo el número 13-001-33-31-006-2011-00102-01.

La señora Filadelfa Blanco Mena instauró, mediante mandataria, demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, la cual fue radicada bajo el número 13-001-33-31-005-2011-00103-01.

Las señoras Arelis Barrios Rebolledo -quien actúa en representación de su menor hijo Jehrzon Alfonso Uribe Barrios- y Yadeley Del Carmen Lorduy Correa -quien actúa en representación de su menor hija Yorcelis Uribe Lorduy-, incoaron mediante apoderada demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, radicada bajo el número 13-001-33-31-009-2011-00107-01.

Las señoras Enilda Córdoba Cortez, Yelissa Almanza Córdoba y Yuli Vanessa Almanza Córdoba formularon, a través de abogada, demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, que fue radicada bajo el número 13-001-33-31-006-2011-00108-01.

La señora Triquimarina Ríos Pertuz, quien actúa en representación de su menor hijo Jahanpool Uribe Ríos, instauró por conducto de mandataria, demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, la cual fue radicada bajo el número 13-001-33-31-013-2011-00115-01.

Los señores Alfonso Uribe Correa y Antonio Rafael Almanza Olivo presentaron, a través de apoderada, demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, radicada bajo el número 13-001-33-31-007-2011-00116-01.

## 2. PRETENSIONES.

Las pretensiones formuladas en las demandas referidas, de muy similar naturaleza, se sintetizan como sigue:

Se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional por la falla del servicio en que incurrió esa institución al no brindarle al señor John Fredy Uribe Córdoba, los medios suficientes, adecuados y oportunos para prevenir que fuera asesinado a manos de la delincuencia común, tal y como ocurrió.

Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la parte demandada a pagar a los libelistas las siguientes indemnizaciones:

- A título de perjuicios morales;

A favor de Enilda Córdoba Cortez y Alfonso Uribe Correa, en su condición de padres de la víctima, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy y Jahanpool Uribe Ríos, en su condición de hijos del occiso, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Filadelfa Blanco Mena, compañera permanente de John Fredy Uribe Córdoba, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Antonio Rafael Almanza Olivo, en su condición de padrastro de la víctima, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de Jeison Antonio Almanza Córdoba, Johan Fernando Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Yelissa Almanza Córdoba y Yulí Vanessa Almanza Córdoba, hermanos de la víctima, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- A título de daño a la vida de relación:

A favor de Enilda Córdoba Cortez, Alfonso Uribe Correa, Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy, Jahanpool Uribe Ríos, Filadelfa Blanco Mena y Antonio Rafael Almanza Olivo, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

A favor de Jeison Antonio Almanza Córdoba, Johan Fernando Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Yelissa Almanza Córdoba y Yulí Vanessa Almanza Córdoba, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- A título de perjuicios materiales, modalidad lucro cesante:

A favor de Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy y Jahanpool Uribe Ríos, veintidós millones cuarenta y ocho mil setecientos cuarenta y siete pesos (\$22'048.747,00) para cada uno, por concepto de las ayudas económicas que han dejado y dejarán de recibir de su padre, el fallecido señor John Fredy Uribe Córdoba.

A favor de Filadelfa Blanco Mena, ochenta y dos millones novecientos diecinueve mil novecientos setenta y dos pesos (\$82'919.972,00), correspondientes a las ayudas monetarias que ha dejado y dejará de percibir de la víctima, quien era su compañero permanente.

Se actualicen los rubros indemnizatorios.

Se ordene hacer efectiva la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

### **3. HECHOS.**

Los sustentos fácticos que informan las demandas en los procesos acumulados guardan similitud en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, razón por la cual la Sala los resumirá en el mismo acápite:

El fallecido John Fredy Uribe Córdoba era hijo de Enilda Córdoba Cortez y Alfonso Uribe Correa; padre de Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy y Jahanpool Uribe Ríos; compañero permanente de Filadelfa Blanco Mena; hermano de Jeison Antonio Almanza Córdoba, Johan Fernando Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Yelissa Almanza Córdoba y Yuli Vanessa Almanza Córdoba; hijastro de Antonio Rafael Almanza Olivo, con quienes siempre mantuvo relaciones de afecto, cariño y ayuda mutua.

Los menores hijos y la compañera permanente de la víctima dependían económicamente de ésta.

El señor Uribe Córdoba era líder cívico y se desempeñaba como Presidente de la Junta de Acción Comunal del sector San Nicolás del Barrio El Pozón de esta ciudad.

A raíz de los asesinatos de varios líderes cívicos del Barrio El Pozón cometidos en los meses anteriores a diciembre de 2009, John Fredy Uribe temió por su vida y en compañía de otros dirigentes cívicos de ese sector pusieron en conocimiento de la entidad demandada el grave peligro que se cernía sobre



ellos, mediante escrito fechado el día 28 de septiembre de 2009, dirigido a la Policía Metropolitana de Cartagena.

En ese escrito se solicitó una reunión con el Comandante de la Policía de esta ciudad para evaluar la situación de inseguridad puesta en conocimiento y se anexó un listado de treinta (30) líderes del Barrio El Pozón, entre quienes se encontraba el señor Uribe Córdoba.

Pese a lo anterior, la entidad demandada no brindó protección a los líderes del sector referido.

El 18 de diciembre 2009, en horas de la tarde, John Fredy Uribe Córdoba se encontraba departiendo con unos amigos en un establecimiento público del Barrio El Pozón, cuando de repente fue interceptado por un hombre armado que sin mediar palabra le propinó varios disparos hiriéndolo gravemente.

La víctima fue trasladada de inmediato por sus acompañantes al centro asistencia más cercano, pero pese al esfuerzo de los galenos que lo atendieron, falleció a raíz de la gravedad de sus heridas.

Para la época de su muerte, la víctima trabajaba como promotor social en la Fundación para el Desarrollo y el Fortalecimiento de la Política en Salud "FUNDESALUD", actividad que le proporcionaba ingresos mensuales que ascendían a un millón cincuenta mil pesos (\$1'050.000.00), suma que destinaba al sostenimiento de sus hijos y de su compañera permanente.

El deceso de John Fredy Uribe Córdoba causó perjuicios morales y de daño a la vida de relación a todos los libelistas, y perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a Filadelfa Blanco Mena, Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy y Jahanpool Uribe Ríos.

#### 4. DEFENSA

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó las demandas de los procesos acumulados 13-001-33-31-006-2011-00103-00 (fls. 53-56, cdno. 5), 13-001-33-31-006-2011-00107-00 (fls. 38-42, cdno. 4), 13-001-33-31-006-2011-00108-00 (fls. 44-49, cdno. 6), 13-001-33-31-006-2011-00115-00 (fls. 47-52, cdno. 3) y 13-001-33-31-006-2011-00116-00 (fls. 143-146, cdno. 2), oponiéndose a las pretensiones y señalando respecto de sus sustentos fácticos que: (i) no se demostró que el señor John Fredy Uribe Córdoba se desempeñaba como promotor social y líder cívico del Barrio El Pozón para la época de los hechos; (ii) no hay prueba fidedigna de que la víctima haya solicitado en forma expresa protección a la policía, pues el escrito de 28 de septiembre de 2009 dirigido al Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena al que se hizo referencia en la demanda no fue suscrito por el señor Uribe y, en todo caso, en ese oficio lo que se solicitó fue la celebración de una reunión para tratar el tema de la seguridad del Barrio El Pozón y la realización del correspondiente estudio para determinar el nivel de riesgo.

En defensa de sus intereses se adujo que el extremo accionante incumplió con su carga probatoria pues en el paginario no reposan elementos de juicio que demuestren la alegada falla del servicio de protección por parte de la entidad accionada.

Puntualmente, en la contestación presentada dentro del proceso radicado bajo el número 13-001-33-31-006-2011-00116-00 (fls. 143-146, cdno. 2), se dijo que el hecho de haberse presentado el escrito informando a la entidad accionada de las novedades presentadas con líderes cívicos no implicaba que el actor corría un peligro inminente y que a las treinta (30) personas que figuraban en el listado en cuestión como líderes de el Barrio El Pozón se les hicieron recomendaciones de auto seguridad.

## 5. SENTENCIA APELADA

Mediante sentencia de 22 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena (fls. 188-266), se declaró administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional de los daños antijurídicos ocasionados a los demandantes con ocasión de la muerte de John Fredy Uribe Córdoba, tras considerarse que los elementos de juicio que obran en el expediente, especialmente el escrito de 28 de septiembre de 2009 dirigido a la policía y los testimonios recaudados durante la litis, evidencian que la víctima sí había informado a esa institución acerca del riesgo que corría dado los graves problemas de seguridad que se venían presentando en El Pozón y los reiterados atentados contra dirigentes cívicos de ese barrio, sin que la entidad demandada haya cumplido el deber de protección y cuidado que se generó con la comunicación del peligro que se cernía sobre el señor Uribe.

En consecuencia, condenó a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a pagar:

- Por concepto de perjuicios morales: (i) a favor de Enilda Córdoba Cortez, Alfonso Uribe Correa, Jhrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy, Jahanpool Uribe Ríos, Filadelfa Blanco Mena y Antonio Rafael Almanza Olivo, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno y, (ii) a favor de Jeison Antonio Almanza Córdoba, Johan Fernando Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Yelissa Almanza Córdoba y Yuli Vanessa Almanza Córdoba, cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

- A título de daño a la vida de relación, a favor de Enilda Córdoba Cortez, Alfonso Uribe Correa, Filadelfa Blanco Mena, Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy y Jahanpool Uribe Ríos, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.
- Por concepto de lucro cesante, ciento cincuenta millones doscientos veintitrés mil trescientos veintiocho pesos (\$150'223.328,00) a favor de Filadelfa Blanco Mena; treinta y ocho millones trescientos setenta y cuatro mil seiscientos sesenta y siete pesos (\$38'374.667,00) a favor de Jehrzon Alfonso Uribe Barrios; veintinueve millones quinientos cuarenta y nueve mil doscientos ochenta y cuatro pesos (\$29'549.284,00) a favor de Yorcelis Uribe Lorduy, y cuarenta millones setecientos noventa mil setecientos setenta y ocho pesos (\$40'790.778,00) a favor de Jahanpool Uribe Ríos.

## **6. RECURSOS DE APELACIÓN**

### **6.1. Impugnación de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional**

La entidad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fls. 271-280, cdno. 1) solicitando que fuera revocada íntegramente, con sustento en los siguientes argumentos:

i) El oficio de 28 de septiembre de 2009 dirigido al Comandante de la Policía MECAR, del cual se pretende desprender que la víctima sí comunicó a la policía que su vida se encontraba en peligro, no fue firmado por él y, además, en ese documento no se solicitó protección especial sino tan sólo la celebración de una reunión para tratar el tema de la seguridad del Barrio El Pozón y la realización de los correspondientes estudios para determinar el nivel de riesgo.

ii) En todo caso, la policía no fue indiferente ante la mencionada solicitud, pues la reunión con el Comandante de la Policía MECAR se llevó a cabo el 1º de octubre de 2009 y ante la petición de protección se les indicó a los líderes que firmaron la misiva que debían interponer la respectiva denuncia ante la fiscalía para que se ordenara el estudio de seguridad, en aras de calificar el nivel de riesgo, y conforme a ello brindar las medidas de protección correspondientes pues, contrario a lo indicado por el *a quo*, a la policía no le correspondía adelantar las pesquisas para comprobar la veracidad de la amenaza.

iii) Los testimonios sobre la alegada solicitud de protección y el riesgo a que supuestamente estaba expuesto el occiso no son concordantes y concluyentes, pues los testigos incurrieron en incongruencias y contradicciones.

iv) Aún si se aceptara que ese documento demuestra que John Fredy Uribe Córdoba solicitó protección a la policía, la sola denuncia no implica que automáticamente deba brindársele servicio de escolta policial, porque las medidas de protección que deban implementarse dependen de la orden que imparta el fiscal que asuma la investigación correspondiente, y del nivel de riesgo que se le dictamine a la persona.

v) Al no existir por parte de la fiscalía una orden de adoptar medidas de seguridad, ni un estudio de riesgo que así las recomendara, no hay lugar a señalar que hubo negligencia por parte de la policía en atender el oficio de 28 de septiembre de 2009.

vi) En el *sub lite* se incumplen los requisitos para que se predique la responsabilidad estatal pues la víctima no se encontraba en una condición especial de riesgo que ameritara la implementación oficiosa de medidas de seguridad ya que no pertenecía a un grupo vulnerable y, además, no se demostró que por su acreditada condición de líder cívico su vida corriera peligro ni mucho menos que esa fuera la causa de su muerte.

De otra arista, señaló que no se demostró la causación de perjuicios por daño a la vida de relación a los accionantes y tampoco que John Fredy Uribe Córdoba devengara mensualmente la suma que se tomó como base para liquidar la indemnización otorgada a título de lucro cesante. Agregó que no se demostraron las relaciones afectivas entre el finado y los actores y que no podían tener por probados los perjuicios inmateriales alegados con la sola demostración del parentesco.

## **6.2. Impugnación de la parte demandante**

La parte demandante también impugnó el fallo de primer grado (fls. 281-284, cdno. 1), pero sólo respecto de la decisión de denegar el reconocimiento de la indemnización por concepto de daño a la vida de relación a favor de Jeison Almanza Córdoba, Johan Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Antonio Rafael Almanza Olivo, Yelissa Almanza Córdoba y Yuli Vanessa Almanza Córdoba, hermanos del occiso, para lo cual argumentó que sí se probó la estructuración de tal perjuicio a dichos libelistas.

## **7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

Las partes presentaron alegatos de cierre en segunda instancia (fls. 425-428 y 429-437), reiterando los razonamientos expuestos en la demanda, en la contestación de la misma y en los recursos formulados contra el fallo de primer grado.

## **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Procurador 21 Judicial II Delegado ante ésta Corporación, mediante escrito visible a folios 438 a 452 del cuaderno uno (1), conceptuó que debe

confirmarse la sentencia de primera instancia por cuanto del examen de los medios probatorios allegados al proceso se logra establecer que el daño antijurídico causado por la muerte de John Fredy Uribe Córdoba es atribuible fáctica y jurídicamente a la entidad demandada, al concretarse indiciariamente los elementos necesarios para establecer la omisión en la protección de su seguridad personal, teniendo en cuenta el riesgo en que se encontraba su vida y su desempeño como líder comunal en el Barrio El Pozón de esta ciudad.

En ese sentido argumentó que las circunstancias que rodearon el caso hacían que no fuera necesario un requerimiento de protección previo pues los hechos indicadores evidenciaban que en cabeza de la víctima cabía la posibilidad de materializarse el riesgo que afrontaba constantemente en su condición de líder comunitario, sobre todo teniendo en cuenta el conocimiento que debía tener la policía acerca de que en el barrio mencionado delinquen diversos grupos armados al margen de la ley.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **1. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Hay lugar a declarar que la Nación -- Ministerio de Defensa Nacional -- Policía Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable, a título de falla del servicio de protección, de los daños que se le imputan con ocasión del homicidio de John Fredy Uribe Córdoba?

### **2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.**

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados por falla del servicio de protección o seguridad. 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.

La responsabilidad por actos sicariales contra la población civil, es un tema que la jurisprudencia principalmente ha manejado bajo la cuerda de imputación de la falla del servicio de protección, sustentada, en la obligación que tiene el Estado de salvaguardar la vida de las personas indistintamente de la posición social que ostentan. Se parte de la base de que no se trata de un deber omnímodo e indeterminado de aquél frente a las eventuales amenazas a que una persona puede verse expuesta, sino de establecer una relación entre lo previsible e irresistible con la amenaza o lesión, pues no puede concebirse que el Estado asuma en materia de seguridad una obligación de resultado, ya que en tales circunstancias estaría obligado a responder por todos los hechos violentos ocurridos en el país; se trata de una obligación de medio, un compromiso de poner todos los instrumentos a su alcance para la debida protección de los bienes jurídicos amparados por la Constitución y la ley, ello, en virtud del principio filosófico de que nadie está obligado a lo imposible (*Nemo tenetur ad impossibilia*).

Por tanto, para que se configure la responsabilidad extracontractual estatal por falla del servicio de protección con motivo de atentados cometidos por terceros, se exige que las autoridades previamente al hecho dañoso tengan conocimiento de la probabilidad de su ocurrencia, bien sea porque el afectado así lo informó solicitando protección, o porque las circunstancias objetivas de riesgo existentes lo denotan como razonablemente previsible, y que pese a ello no se utilicen todos los medios que la Administración tiene a su alcance para repeler, evitar o atenuar el resultado lesivo.



Esta tesis ha sido prohijada en diversas oportunidades por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*“En casos como éste, en los que se discute la responsabilidad del Estado, por la muerte de una persona, es necesario acreditar que ésta se debió a una falla imputable a la Administración, por acción u omisión de sus agentes, como por ejemplo cuando alguien siente amenazada su integridad personal y pide protección a las autoridades públicas, y éstas la omiten sin ninguna justificación. De llegar a materializarse el hecho, esto es, si la persona muere o sufre lesiones como consecuencia de un atentado, surge llana y claramente la responsabilidad del Estado, a título de falla en el servicio, por omisión. (...) En varias oportunidades, esta Corporación encontró probada la responsabilidad de la Administración, con fundamento en un régimen de falla en el servicio, por omisión, en aquellos eventos en los que se demostró que la víctima fue asesinada, a pesar de haber solicitado protección a las autoridades, quienes, no obstante tener conocimiento de que su vida corría peligro, se negaron a protegerlo<sup>1</sup>.”* (Subrayas fuera de texto original).

Sin embargo, esta teoría ha tenido matices y desarrollos al punto de estímarla también desde un punto de vista finalista, así:

*“De acuerdo con los artículos 2 y 218 de la Constitución Política, la razón de ser de las autoridades públicas y en particular la de la Policía Nacional, es la de defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir el cumplimiento de esas funciones genera responsabilidad institucional, que de ser continua pone en tela de juicio su legitimación. La Sala ha considerado que el Estado debe responder patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando a) Se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles ninguna protección, en especial cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley; b) se solicita protección especial, con justificación en las especiales condiciones de riesgo en que se encuentra la persona; c) no se solicita expresamente dicha protección pero es evidente que la persona la necesitaba, en consideración a que existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida, en razón de sus funciones.”*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, radicación número 20001-23-31-000-1997-03359-01(16626), C P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

*“Si bien no existió una denuncia formal presentada ante las autoridades de policía poniendo en conocimiento las amenazas que había en contra de su vida o pidiendo protección especial para que le brindaran seguridad, lo cierto es que se probó que las autoridades tenían conocimiento de esta situación, lo cual ameritaba que oficiosamente la Policía Nacional debiera escoltarlo permanentemente y de manera especial. Si bien no se acreditó que hubiere solicitado en forma expresa una especial protección a las autoridades de policía por haber recibido amenazas en contra de su vida, ello no significa que no se le debiere brindar protección, dado que en este caso existían serios indicios de que la víctima estaba siendo amenazada y de esta circunstancia tenía conocimiento la policía. Existían circunstancias especiales que le indicaban a la demandada que la vida del occiso corría peligro para que oficiosamente debiera desplegar una actividad especial de protección de la vida y por tanto se le puede imputar omisión respecto de sus deberes de “vigilancia, diligencia y protección”.”*  
(Subrayas fuera de texto).

### **3. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por los extremos en contienda contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual se concedieron en forma parcial las súplicas de la demanda.

Siguiendo el orden lógico argumentativo, se analizará primeramente la impugnación formulada por la parte demandada, pues sólo en el evento de desestimar la alzada de dicho extremo -quien solicita que se revoque íntegramente el fallo-, habría lugar analizar si procede el reconocimiento de las indemnizaciones deprecadas por concepto de daño a la vida de relación a favor de los accionantes Jeison Almanza Córdoba, Johan Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Antonio Rafael Almanza Olivo, Yelissa Almanza Córdoba y Yuli Vanessa Almanza Córdoba, cuya denegatoria constituye el motivo de la impugnación de la parte demandante.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 25 de febrero de 2009, radicación número 18001-23-31-000-1997-00007-01(18106), C.P. Ruth Stella Correa Palacio

**3.1.** La apelación de la entidad accionada se edifica sobre los siguientes tres (3) ejes axiales:

- En el curso del proceso no se recaudó prueba que demuestre que la víctima solicitó protección a la policía, o que estuviere en situación de riesgo por ser líder comunal, ni mucho menos que su muerte se debiere a ello.
- Era indispensable para que surgiera en cabeza de la policía el deber de brindar protección al señor Uribe, que éste hubiera presentado denuncias de amenazas contra su vida ante la fiscalía y que ésta a su vez ordenara a la accionada adoptar las medidas necesarias para preservar su vida e integridad.
- No se demostró la estructuración de los perjuicios cuya indemnización se ordenó.

**3.1.1.** En cuanto a lo primero, debe señalarse que al expediente fue arrimado el oficio de 28 de septiembre de 2009 dirigido al Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena y radicado el 1º de octubre de esa anualidad en el CAI de El Pozón (fls. 26-28, cdno.1), en el cual se indicó que los seis (6) líderes comunitarios de ese barrio que los suscribieron y los demás líderes cuyo nombre aparecía enlistado en cuadro anexo (dentro del cual estaba incluido John Fredy Uribe), manifestaron estar preocupados por los asesinatos de tres (3) miembros de la Junta de Acción Comunal (JAC) de ese sector y, en consecuencia, solicitaron la realización de un estudio de riesgo y que se les brindara protección. Puntualmente se indicó en ese documento que *“Días pasados asesinaron a nuestro compañero de nombre Gilberto Gil (Secretario de la Junta de Acción Comunal) del Sector La Unión, días después asesinan a otro compañero llamado Pedro Nel Andrade (Presidente de la JAC) del Sector Víctor Blanco, y el día miércoles 23 de septiembre asesinan a otro compañero Henry Diaz Ortega (Ex Presidente y Delegado de la JAC) del Sector Ciudadela*

*La Paz, hecho preocupante para todos nosotros dirigentes cívicos del barrio, porque se rumora que hay un listado y que nos van a asesinar a todos, debido a esto estamos solicitando se nos brinde la protección del derecho a la vida y se nos garantice la permanencia de la paz y la tranquilidad de todos nosotros”* (Negrillas fuera de texto).

El análisis del contenido y alcance de éste documento permite advertir que constituye prueba idónea y suficiente que demuestra no sólo que la policía estaba enterada de la difícil situación de orden público y de los graves riesgos a que estaban sometidos los líderes comunales de El Pozón -riesgos que se habían concretado en el homicidio de tres (3) de ellos antes de la remisión de ese oficio-, sino también que por tal motivo se le solicitó a la institución accionada protección para todos los líderes comunitarios de ese barrio enlistados en el cuadro anexo al escrito, entre quienes estaba incluido el señor John Fredy Uribe Córdoba, cuya condición de Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio El Pozón Sector Nicolás, fue acreditada con la copia auténtica de la Resolución 0262 de 18 de julio de 2008 expedida por la Secretaría de Participación y Desarrollo Social de Cartagena (fls. 122-123, cdno. 2).

Así mismo, los testigos Filadelfo Montero (fls. 53-55, cdno. 2) y Jairo Manuel Altamiranda Castro (fls. 56-58, ib.) coincidieron en señalar: (i) que el escrito fue presentado por el riesgo que se cernía sobre todos los líderes de El Pozón debido a las amenazas lanzadas en su contra por bandas criminales que querían operar en la zona; (ii) que a la víctima no le fue brindada ninguna protección policiaca y que fue asesinado el 18 de diciembre de 2009 por un sicario y, (iii) que el 23 de septiembre de 2009 habían asesinado al líder Henry Díaz y que el 14 de octubre de esa anualidad (es decir, después de radicada la solicitud de protección aludida) realizaron un atentado contra el también líder comunitario Jairo Manuel Altamiranda, todo lo cual reafirma que para la época de los

hechos existían condiciones que hacían patente la necesidad de brindar seguridad al señor Uribe y a los restantes líderes comunitarios de El Pozón.

En relación con el argumento planteado por la parte demandada para controvertir el mérito y alcance de las pruebas testimoniales referidas, debe puntualizarse que si bien las versiones de los testigos sobre los hechos materia de controversia no son idénticas, lo cierto es que sus relatos coinciden en los supuestos fácticos básicos previamente reseñados.

Sobre tal particular, valga anotar que el relato de un testigo corresponde a la representación mental que ha tenido de los hechos sobre los que depone, pero no corresponde siempre en forma precisa con la realidad objetiva de dichos hechos, pues siempre incidirá la cosmovisión de cada declarante, el lugar donde se encontraba en el momento de los hechos, la visibilidad con la que contaba, las circunstancias que más lo impactaron de un suceso, su memoria etc.

Es contrario a la simple lógica y a las reglas de la experiencia pretender que varios testigos que declaren sobre un mismo hecho lo describan o relaten en forma idéntica, no sólo porque cada uno lo percibe en forma distinta sino porque para recordar en forma exacta cada detalle tal y como ocurrió en realidad se necesitaría que todos tuvieran una memoria fotográfica, de la que carecen la gran mayoría de las personas.

En torno de la subjetividad innata de la prueba testimonial y las divergencias que normalmente se presentan entre varias declaraciones sobre un mismo suceso, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco precisó lo siguiente:

*“Cada persona tiene su manera de percibir los hechos y por razones de edad, sexo, educación, salud, ubicación física, prejuicios, condiciones ambientales, predisposición, entre otras, la representación mental de un mismo hecho puede variar, de ahí precisamente que cuando varios declarantes se refieren de manera idéntica a cierta circunstancia, sea este un motivo de sospecha acerca de la fiabilidad de los testimonios, pues lo*

*usual es que existan diferencias de matiz motivadas por las razones advertidas.”<sup>3</sup>*

En tal medida, es dable concluir que los testimonios de Filadelfo Montero y Jairo Manuel Altamiranda Castro gozan de credibilidad y tienen pleno valor de convicción como respaldo de las pretensiones del libelo, pues coinciden en los puntos fundamentales y provienen de personas que conocieron de primera mano los hechos, al ser suscriptores de la solicitud de protección de 28 de septiembre de 2009 en calidad de líderes comunitarios de El Pozón.

Debe tenerse en cuenta, adicionalmente, que en el informe de riesgo elaborado en enero de 2009 por la Defensoría Delegada para la Evaluación de Riesgos de la Población Civil como consecuencia del Conflicto Armado (fls. 72-91, cdno. 2), se dejó sentado que los líderes comunitarios de algunos sectores de esta ciudad, especialmente en zonas deprimidas como el Barrio El Pozón, estaban sometidos a un alto riesgo por cuenta de bandas criminales que quieren controlar el tráfico y micro tráfico de narcóticos en tales sectores. Puntualmente se indicó ese documento:

*“Los líderes y lideresas de organizaciones de población y situación de desplazamiento en el Distrito de Cartagena y en los Municipios de Turbaco y Arjona, y de las organizaciones comunales, cívicas y sociales, en sus procesos de empoderamiento comunitario dentro de sus barrios o localidades, han visibilizado mediante denuncias la situación de violación de derechos humanos por parte de los grupos ilegales lo que ha generado amenazas contra los líderes, debilitando el trabajo comunitario y organizativo y provocando desplazamiento forzado intra-urbano ... el escenario anteriormente descrito implicaría una posible afectación a los derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la integridad de la población civil y; en particular, de los defensores de derechos humanos... de los líderes sociales, de vivienda, sindicales y comunitarios del Distrito de Cartagena. Por tal razón se recomendó a los Comandos de Policía de Cartagena, Turbaco y Arjona “que cumplan a cabalidad las medidas que restringen el porte de armas de fuego en estos tres municipios y que se refuercen los patrullajes en horas nocturnas, especialmente en los Barrios El Pozón, Nelson Mandela y el asentamiento indígena de Membrillar”.*

---

<sup>3</sup> López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil Tomo III, Dupré Editores, Bogotá, 2008, Pág. 182

En ese orden de ideas, se concluye que contrario a lo alegado por el extremo accionado, en el *sub júdice*, sí se demostró plenamente que antes del homicidio de John Fredy Uribe Córdoba se solicitó a la policía protección para el occiso y que él, en su condición de Presidente de la Junta de Acción Comunal del Barrio El Pozón Sector Nicolás, estaba sometido a un riesgo considerable del que tenía conocimiento la institución demandada, riesgo cuya envergadura ameritaba la adopción de medidas de seguridad tendientes a preservar su vida.

**3.1.2.** En lo concerniente al segundo cargo planteado por la entidad demandada, edificado sobre el razonamiento de que para que estuviera obligada a brindarle protección especial era necesario que la víctima hubiera formulado denuncia ante la fiscalía y que ésta a su vez ordenara a la policía la adopción de medidas de seguridad, debe señalarse en forma tajante que el cumplimiento del deber de protección de la Policía Nacional como cuerpo armado civil encargado de *“brindar protección inmediata a las personas, contra cualquier manifestación delictiva o contravencional”*<sup>1</sup> no puede supeditarse a exigencias formales como la enunciada, pues al recibirse el escrito plurimencionado de petición de protección para los líderes comunitarios de El Pozón, la policía debió proceder en forma proactiva, prestando seguridad al occiso y a los restantes líderes enlistados y coordinando al tiempo con la fiscalía el inicio de la investigación pertinente y exhaustiva de los delicados hechos que les fueron reportados, sobre todo teniendo en cuenta no sólo los antecedentes fácticos (pues como ya se dijo para esa época en el barrio aludido fue asesinado un líder comunitario y se cometió un atentado fallido contra otro), sino también la circunstancia de que era de conocimiento público que en la zona hacían presencia bandas criminales de alta peligrosidad y existían muchos problemas de seguridad.

Bajo estos supuestos, es reprochable que la policía haya adoptado una posición pasiva pese a haber sido la primera autoridad a la que se le informó el grave

---

<sup>1</sup> Artículo 4º de la Ley 62 de 1993

riesgo que se cernía, entre otros, sobre la víctima, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como aparece publicado en la página web de esa institución: “*En Colombia están facultadas para recibirle su denuncia la Policía Nacional, El Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y el Cuerpo Técnico de la Fiscalía General de la Nación.*”<sup>5</sup>.

Obsérvese que se trataba de un caso grave cuyos antecedentes indicaban que era previsible que continuaran los homicidios de líderes de El Pozón, y que por tal motivo era urgente adoptar medidas para evitar la materialización del riesgo a que estaba sometida, entre otras personas, la víctima.

En tal medida, es inaceptable el argumento que como John Fredy Uribe no presentó denuncia ante la fiscalía ni ésta había ordenado su protección, no había surgido a cargo de la policía la obligación de prestarle seguridad especial pues, se insiste, tal deber nació desde el momento mismo en que se radicó ante la entidad accionada el oficio de 28 de septiembre de 2009.

Se memora que la responsabilidad extracontractual estatal por falla del servicio de protección con motivo de atentados cometidos por terceros se configura cuando las autoridades previamente al hecho dañoso tengan conocimiento de la probabilidad de su ocurrencia, bien sea porque el afectado así lo informó solicitando protección, o porque las circunstancias objetivas de riesgo existentes lo denotan como razonablemente previsible, y que pese a ello no se utilicen todos los medios que tienen a su alcance para repeler, evitar o atenuar el resultado lesivo, que fue lo que sucedió en el presente caso.

Desde esta perspectiva resulta incontrastable que en el caso de marras se demostró que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional incurrió en una falla del servicio de protección al omitir brindarle seguridad especial al occiso, pese a que esa institución tenía conocimiento del alto riesgo que corría

---

<sup>5</sup> [http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/SERVICIOS\\_AL\\_CIUDADANO/Tramites/Denuncia\\_Penal](http://www.policia.gov.co/portal/page/portal/SERVICIOS_AL_CIUDADANO/Tramites/Denuncia_Penal)



su vida y la de los restantes líderes comunitarios de El Pozón, y a las circunstancias y antecedentes que evidenciaban que era razonablemente previsible un atentado contra su vida.

**3.1.3.** Ya en lo que respecta a los reproches formulados por la apoderada de la demandada en relación con las indemnizaciones otorgadas a los libelistas a título de perjuicios inmateriales y materiales, se precisa liminarmente que al acreditarse, con el correspondiente registro civil de defunción (fl. 21, cdno. 1), la muerte de John Fredy Uribe Córdoba, se demostró por vía de presunción la causación de perjuicios morales a Enilda Córdoba Cortez (madre), Alfonso Uribe Correa (padre), Jehrzon Alfonso Uribe Barrios (hijo), Yorcelis Uribe Lorduy (hija), Jahanpool Uribe Ríos (hijo), Jeison Antonio Almanza Córdoba (hermano), Johan Fernando Jiménez Córdoba (hermano), Sandy Patricia Jiménez Córdoba (hermana), Yelissa Almanza Córdoba (hermana) y Yuli Vanessa Almanza Córdoba (hermana), cuyo parentesco consanguíneo de primer, segundo y tercer grado con la víctima fue probado con las copias auténticas de sus registros civiles de nacimiento o de los certificados de dichos registros (fls. 24, cdno 6; 23, 26, 27 y 33, cdno. 4; 23, 24 y 25, cdno. 1).

Así mismo se demostró, mediante los testimonios recabados, que el actor Antonio Rafael Almanza Olivo fue padrastro y padre de crianza del occiso y que la señora Filadelfa Blanco Mena era su compañera permanente (fls. 51, 60, 63 y 64, cdno. 2), por lo que en su caso también había lugar a presumir la estructuración de perjuicios morales por su deceso.

Ciertamente, se ha decantado que los perjuicios morales se presumen en tratándose de padres, hijos, cónyuge o compañero permanente y hermanos, en razón a que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en

quienes conforman su núcleo familiar debido a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad<sup>6</sup>.

En tal medida, asistió razón al *a quo* al otorgar los resarcimientos deprecados por tal concepto, los cuales, dicho sea de paso, fueron tasados con apego a las reglas establecidas para el efecto en sede jurisprudencial.

En torno del cuestionamiento por carencia de respaldo probatorio formulado respecto de la decisión de otorgar una indemnización por daño a la vida de relación a favor de la compañera permanente de la víctima, Filadelfa Blanco Mena, de sus menores hijos, Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy y Jahanpool Uribe Ríos, de sus padres, Enilda Córdoba Cortez y Alfonso Uribe Correa, es necesario señalar primeramente que tal y como lo ha manifestado el Consejo de Estado, *“el suceso de muerte del progenitor priva al menor de las condiciones fundamentales de crecimiento, desarrollo personal y sentimental, en tanto carecerá, a lo largo de su vida, de la figura paterna para recibir de él afecto y la dirección necesarios para el normal desenvolvimiento de un ser humano”*<sup>5</sup> de donde se infiere que es dable presumir que con la muerte del padre se causa un daño a la vida de relación a sus menores hijos.

En segundo lugar, debe puntualizarse que las reglas de la experiencia evidencian que la muerte de un hijo altera profundamente la vida familiar y social de sus padres, pues el hecho de no poder seguir disfrutando de la protección y apoyo que les ofrecería su hijo, les ocasiona a sus progenitores la pérdida de la alegría de vivir y de desarrollar actividades que le reportaban placer, máxime si tiene en cuenta que lo normal es que los hijos sepulten a sus padres y no lo contrario, motivo por el cual hay lugar a presumir la afectación a la vida de relación a los señores Enilda Córdoba Cortez y Alfonso Uribe

---

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 18 de marzo de 2010, radicación número 18569 y de 4 de octubre de 2007, radicación número 16058, Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero. Sentencia de 10 de marzo de 2005, radicación número 14808 Consejero Ponente Dr. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>5</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 2002, exp. 13.818.

Correa. En efecto, tal y como lo ha precisado el Consejo de Estado, “*sucedan casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona de manera que puede ser padecido no sólo por la víctima directa del daño, sino por las personas cercanas a él...*”<sup>7</sup>.

Bajo estos supuestos, se confirmará el resarcimiento otorgado por daño a la vida de relación a los hijos y a los padres del occiso.

Otra es la conclusión respecto de la compañera permanente del señor Uribe, pues en éste caso no opera ninguna presunción por la sola acreditación del vínculo marital con el finado, sino que la estructuración de esta clase de perjuicio debía ser acreditada, cosa que no se hizo en la medida en que no se aportó ningún elemento de juicio que demuestre que la vida relacional de la señora Filadelfa Blanco Mena haya sufrido cambios negativos con ocasión de la muerte de su compañero.

En efecto, dentro del proceso no se demostró cuál fue la afectación exterior en el entorno personal, social y familiar que causó a tal libelista la muerte de John Uribe; no existe ninguna prueba que conlleve a afirmar que sus condiciones en el entorno social y exterior cambiaron con posterioridad a ese insuceso, o que menguó su capacidad de disfrutar de las situaciones placenteras cotidianas.

En ese sentido se resalta que las pruebas testimoniales recaudadas (fls. 51, 60, 63 y 64, cdno. 2) se centraron en la afectación íntima ocasionada a la señor Blanco por los hechos invocados en la demanda y no a la exteriorización social de la misma, por lo que es dable colegir que con base en tales medios probatorios sólo quedó probado el perjuicio moral sufrido por esa accionante, pero no el aducido daño a la vida de relación.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 9 de marzo de 2011. Consejera Ponente (E): Gladys Agudelo Ordoñez, Radicación número. 76001-23-31-000-1999-01507-01(28270).

Se insiste, de ésta categoría de perjuicio es forzosa su demostración para que pueda ordenarse su resarcimiento, **salvo que las circunstancias particulares del caso dado permitan presumir su estructuración**, como lo decantó el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

*"El daño a la vida de relación es una clase de perjuicio extrapatrimonial distinto del moral porque en éste lo que se afecta es la vida exterior y no las condiciones interiores de la persona. El daño a la vida de relación es la modificación del comportamiento social de quien lo padece.*

*... el reconocimiento de este perjuicio no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones a nivel orgánico, sino que debe extenderse a todas aquellas situaciones que alteran la vida de relación de las personas; tampoco debe limitarse su reconocimiento a la víctima, toda vez que el mismo puede ser sufrido además por las personas cercanas a ésta, como su cónyuge y sus hijos; ni debe restringirse a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, pues puede referirse además al esfuerzo excesivo de realizar actividades rutinarias; ni se trata sólo de la afectación sufrida por la persona en su relación con las demás, sino también con las cosas del mundo. En dicho fallo se agregó que:*

*"En este sentido, son afortunadas las precisiones efectuadas por esta Sala en sentencia del 2 de octubre de 1997, donde se expresó, en relación con el concepto aludido, que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima -daño moral-, y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para la víctima siguen por causa de la lesión -daño material-, "sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral...la mengua de las posibilidades de realizar actividades que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal".*

*La existencia de este perjuicio como la de los demás puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso."<sup>8</sup>*

---

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, sentencia de 10 de mayo de 2001, expediente 13 475, C.P. Ricardo Hoyos Duque

En consecuencia, se modificará la sentencia de primera instancia, en sentido de denegar el reconocimiento de la indemnización deprecada por la señora Filadelfa Blanco Mena por concepto de perjuicios a la vida de relación.

De otra arista, el cargo relativo a la supuesta falta de acreditación del alegado ingreso mensual del occiso con base en el cual se liquidó el resarcimiento otorgado por lucro cesante, será desechado de plano por cuanto a folio 161 del cuaderno uno (1) reposa certificado laboral expedido por el representante legal de la Fundación Para el Desarrollo y el Fortalecimiento de la Política en Salud -FUNDESALUD-, donde se hizo constar que a la fecha de su deceso el señor John Fredy Uribe Córdoba laboraba en esa fundación en virtud de contrato a término indefinido, y que percibía mensualmente como contraprestación de sus servicios un millón cincuenta mil pesos (\$1'050.000,00), cifra con base en la cual se computó el resarcimiento en cuestión.

**3.2.** Finalmente, corresponde a la Sala analizar el recurso de apelación interpuesto por el extremo accionante contra la sentencia de primera instancia, que se contrae al cuestionamiento de la decisión de denegar el reconocimiento de la indemnización por concepto de daño a la vida de relación a favor de Jeison Almanza Córdoba, Johan Jiménez Córdoba, Sandy Patricia Jiménez Córdoba, Antonio Rafael Almanza Olivo, Yelissa Almanza Córdoba y Yuli Vanessa Almanza Córdoba en su condición de hermanos de la víctima, bajo el argumento que sí se probó la estructuración de tal perjuicio a dichos libelistas.

Para desestimar tal reproche basta indicar que esos accionantes, en franco incumplimiento de la carga que les impone el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil<sup>9</sup>, no acreditaron la configuración del daño a la vida de relación que invocaron pues no se arrimó o practicó prueba que evidenciara que a raíz de la muerte de John Fredy Uribe Córdoba hayan sufrido cambios

---

<sup>9</sup> Aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo

extrínsecos en el modo de interrelacionarse o que hayan dejado de disfrutar de los placeres de la vida.

Se destaca que al tenor de lo dispuesto en el artículo 174 *ibídem* “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*” y que, según lo establece el artículo 177 *ejúsdem*, corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos que ellas persiguen.

Resta precisar que no encuentra la Sala en la conducta de las partes fundamento para imponer condena en costas, en armonía con la previsión del artículo 171 *ibídem*.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**CONFIRMAR** la sentencia de 22 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Cartagena, mediante la cual se concedieron parcialmente las pretensiones de la demanda, con excepción del numeral tercero, el cual se modificará en el siguiente sentido:

**TERCERO:** Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional a pagar por concepto de daño a la vida de relación a Jehrzon Alfonso Uribe Barrios, Yorcelis Uribe Lorduy, Jahanpool Uribe Ríos, Enilda Córdoba Cortez y Alfonso Uribe Correa, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo, para cada uno.

Referencia: Reparación Directa  
Demandante: Jeison Almanza Cordoba y otros.  
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policia Nacional  
Radicación: 13-001-33-31-006-2011-00102-01 y otros acumulados.

---

Sin condena en costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia: el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha*

Los Magistrados,

  
JORGE ELIECER FANDINO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado bajo el número 13-001-33-31-006-2011-00102-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**E D I C T O N° 1257  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE-DR</b>	<b>: JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: EDUARDO MANUEL BUELVAS TORRES Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION- FISCALIA GENERAL DE LA NACION</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-004-2005-01087-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>DIEZ (10) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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 DECISIÓN 001-**

Cartagena de Indias D.T. y C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013)

Magistrado Ponente: Jorge Eliécer Fandiño Gallo  
Medio de control: Reparación Directa  
Demandante: Eduardo Manuel Buelvas Torres y otros.  
Demandado: Nación – Fiscalía General de la Nación  
Expediente: 13-001-33-31-004-2005-01087-01

Procede la Sala a decidir la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2011 por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada oficiosamente la excepción de cosa juzgada.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. LA ACCIÓN.**

El señor Eduardo Manuel Buelvas Torres –quien actúa en nombre propio y en representación de sus menores hijos Cristian Camilo y Nataly Buelvas Torralvo-, por medio de apoderado judicial, instauró demanda de reparación directa conforme al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo contra la Nación – Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener en sentencia resolución favorable a las siguientes:

## 2. PRETENSIONES.

Se declare administrativamente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación de los perjuicios ocasionados a los demandantes con motivo de las secuelas de orden material, fisiológico, psico-afectivo y de vida de relación que se ocasionaron en virtud de la invalidez absoluta por enfermedad de origen profesional padecida por el libelista.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de indemnización, se condene a la entidad accionada a pagar las siguientes sumas de dinero:

- A título de perjuicios morales, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los accionantes.

- A título de daño fisiológico o perjuicio a la vida de relación, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la víctima directa, por concepto del trastorno depresivo mayor severo, asociado con trastorno de ansiedad-angustia mayor severo con componente agorafóbico e inducción suicida que padece a causa de la actuación de la entidad accionada, padecimiento que –se alega- le impide gozar de los placeres de la vida.

- A título de lucro cesante, setecientos noventa y tres millones setecientos ochenta y siete mil setecientos sesenta y cuatro pesos (\$793.787.764) a favor de Eduardo Manuel Buelvas Torres, correspondientes a los ingresos dejados de percibir por él a causa del daño antijurídico causado por la entidad demandada, monto liquidado no con base en el ingreso que percibía como fiscal seccional para la época de los hechos, sino con sustento en el salario de los cargos de Procurador 99 judicial II Penal Delegado ante el Tribunal Superior de Vichada –en el que fue nombrado en diciembre de 2000 y que declinó para no separarse de su familia- y de Fiscal Delegado ante Tribunal, que ocupó entre enero de

1995 y junio de 1996, y para el cual concursó y se encontraba en el séptimo (7º) puesto de la lista de elegibles.

- A título de daño emergente, ciento tres millones quinientos veinte mil pesos (\$103.520.000,00) a favor de Eduardo Manuel Buelvas Torres, por concepto de los préstamos y avances crediticios que efectuó en forma directa y a través de su cónyuge para atender los gastos médicos derivados de la patología psiquiátrica que padece, para compensar el faltante de los dineros dejados de percibir a raíz de su incapacidad médico-laboral y para solventar los honorarios del abogado que le prestó la asesoría jurídica para la interposición de las acciones de tutela que formuló el actor para defender sus derechos constitucionales y la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos que ordenaron su traslado.

Que se condene a la parte demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Se dé cumplimiento al fallo conforme a lo establecido en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.

### **3. HECHOS.**

La parte accionante sustentó la demanda en los supuestos fácticos que se sintetizan como sigue:

El señor Eduardo Manuel Buelvas Torres se vinculó por concurso de méritos a la rama judicial el 5 de marzo de 1990, en el cargo de Juez Promiscuo Municipal de María la Baja (Bolívar), ascendió por concurso al cargo de Juez 21 de Instrucción Criminal de Cartagena y posteriormente, el 1º de julio de

1992, fue incorporado a la Fiscalía General de la Nación en el cargo de Fiscal Seccional, grado 18.

Mediante Resolución 25 de 1997 fue inscrito en el escalafón de la carrera de la Fiscalía en el cargo de Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito; ha estado adscrito a todas las Unidades de la Fiscalía de la Dirección Seccional de Cartagena; figuraba en el séptimo (7º) puesto de la lista nacional de elegibles para el cargo de Fiscal Delegado ante el Tribunal de Distrito Judicial y por tal motivo fue nombrado en encargo como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Cartagena entre el 3 de enero de 1995 y hasta el 22 de julio de 1996.

Tras superar el concurso de mérito correspondiente, fue nombrado el 19 de diciembre de 2000 como Procurador 99 Judicial II Penal en Puerto Carreño, Vichada, pero declinó tal designación para no separarse de su familia, integrada por su esposa y sus dos menores hijos.

Durante el tiempo en que prestó sus servicios a la entidad accionada, el señor Buelvas jamás presentó alteraciones psico-físicas y siempre desempeñó sus funciones con encomiable dedicación.

Mediante la Resolución 2-15508 de 8 de julio de 2002, la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación ordenó su traslado, en el mismo cargo, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena a la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio, y al serle notificado tal acto administrativo el libelista empezó a desarrollar un trastorno adaptativo mixto (ansioso y depresivo) como consecuencia del estrés, desesperación y angustia que experimentó ante la eventualidad del traslado a un destino que además de lejano era incierto, habida cuenta que la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio comprende los Departamentos de Meta, Vichada, Guaviare y

Vaupés y no se le precisaba el municipio donde iba a desempeñar sus funciones.

A raíz del mencionado quebranto de salud, el actor fue incapacitado por un total de 80 días, del 28 de julio al 15 de octubre de 2002, lapso durante el cual él y su núcleo familiar, con la asesoría del abogado Antonio Laitano, formularon una acción de tutela ante el Tribunal Superior de Cartagena – Sala Civil-Familia contra la fiscalía, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a la dignidad humana, a una vida digna y el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, la cual fue decidida favorablemente como mecanismo transitorio pero sólo frente a los intereses del señor Buelvas. Impugnado éste fallo, fue modificado por la Sala Civil de Casación de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 17 de octubre de 2002, en el sentido que los derechos amparados al actor no lo eran como mecanismo transitorio sino como una medida preventiva, por el tiempo que durara el tratamiento de psicoterapia indicado por el Instituto Nacional de Medicina Legal, para cuya duración se señaló el término de tres (3) meses.

El 16 de octubre de 2002, expirado el término de la incapacidad que le había sido otorgada, el libelista se reintegró al trabajo y solicitó un período de vacaciones que tenía pendiente con el fin de adelantar su proceso de recuperación mental, pero la fiscalía retardó injustificadamente la concesión del descanso para notificarle, el 20 de noviembre de 2002, la Resolución 2-2541 del 18 de ese mes y año, por medio de la cual, interpretando acomodaticiamente el fallo de tutela de segunda instancia aludido, se dispuso un plazo máximo de tres (3) meses para que se surtiera el traslado laboral del libelista.

Al día siguiente de ser notificado de dicha resolución, el señor Buelvas presentó un cuadro depresivo mayor, siendo nuevamente incapacitado para

trabajar, incapacidad que se extendió hasta el 6 de marzo de 2004, es decir, durante cuatrocientos ochenta y un (481) días continuos, debido a que su salud mental y física empeoró con el paso del tiempo.

Durante ese lapso, el libelista, con la asesoría del doctor Laitano, interpuso otra acción de tutela contra la fiscalía, ahora ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar – Sala Disciplinaria, que mediante fallo de 3 de febrero de 2003 amparó los derechos del actor ordenando detener el traslado hasta el día 26 de febrero de 2003 (día cuando vencía la última incapacidad otorgada), salvo que para esa fecha aún persistiera su quebranto de salud mental, circunstancia que debía ser corroborada por medicina legal. En acatamiento a esta decisión, la fiscalía profirió la Resolución 2-315 de 5 de febrero de 2003, en virtud de la cual se dispuso la suspensión transitoria del traslado.

El anterior fallo de tutela fue confirmado, en sede de impugnación, por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en providencia de 12 de marzo de 2003, en cuyo acápite considerativo se recomendó a la fiscalía revocar las resoluciones que ordenaban el traslado.

El 1º de abril de 2003, el actor, por medio de apoderado, solicitó al entonces Fiscal General de la Nación que revocara en forma directa los actos administrativos que disponían su traslado, pedimento que fue denegado mediante la Resolución 2-1869 de 26 de junio de 2003.

En vista que el accionante cumplió ciento cincuenta y nueve (159) días continuos de incapacidad el 28 de abril de 2003, su EPS (Cajanal EPS) convocó una junta médica que concluyó que las patologías del señor Buelvas no eran susceptibles de recuperación, en razón de su gravedad.

A su turno, el fondo de pensiones Porvenir al que estaba afiliado el libelista, remitió el caso a la Junta de Calificación de Invalidez de Bolívar, que profirió el 11 de septiembre de 2003 el dictamen 232/03, en el cual se concluyó que el demandante presentaba una disminución del cincuenta y seis punto ocho por ciento (56.8%) de su capacidad por causa de enfermedad de origen profesional. Este dictamen fue modificado el 9 de octubre de 2003, incrementándose la tasa de pérdida de la capacidad laboral en cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%).

Colmena ARP reconoció el 18 de marzo de 2004 pensión de invalidez por enfermedad de origen profesional a favor del actor y la fiscalía lo retiró del servicio activo por invalidez profesional mediante Resolución 2-0861 de 26 de marzo de 2004, con efecto retroactivo a partir del 30 de octubre de 2003.

El demandante, con los dineros que recibió de la fiscalía, correspondientes a las prestaciones sociales pendientes, de Porvenir AFP por concepto de devolución de sumas de su cuenta de ahorro individual pensional como consecuencia de su invalidez profesional, y de Colmena ARP por concepto de subsidio temporal y mesadas pensionales no canceladas, pagó casi la totalidad de los préstamos otorgados por sus amigos y por entidades crediticias y sólo adeuda dos millones de pesos (\$2.000.000) al doctor Ricardo Morales.

Con el daño antijurídico causado a Eduardo Buelvas Torres por la fiscalía, se cortó de tajo su brillante carrera judicial, pues el libelista era un excelente funcionario judicial con un futuro promisorio como jurista, pero por causa de las patologías psiquiátricas causadas por la entidad demandada, su prestigio y reputación quedaron por el suelo.

A raíz de estos hechos, el núcleo familiar de la víctima se vio afectado en gran manera, al tener que ver a uno de sus miembros sometido a la ignominia y a la

postración psicofísica, a lo que se agregan las carencias económicas que soportaron debido a que durante la incapacidad del señor Buelvas, éste no percibió la suma de dinero que le correspondía (el cien por ciento de su salario por tratarse de un subsidio temporal por incapacidad laboral de origen profesional) sino que recibió -por un tiempo- un auxilio monetario por enfermedad común (por concepto del cual le pagaban, en un primer momento, las dos terceras partes del setenta por ciento de su salario y, después, el cincuenta por ciento del setenta por ciento de su sueldo), auxilio que después fue suspendido por la fiscalía, argumentando que su reconocimiento correspondía a la ARP Colmena.

La enfermedad de origen profesional que la fiscalía, con su decisión de traslado, le ocasionó al accionante, le ha causado un grave daño emergente pues ha debido incurrir en diversos gastos tales como los de adquisición de algunos de los fármacos que le han prescrito sus médicos y que están excluidos del plan obligatorio de salud y de otros que pese a estar incluidos en el POS no le fueron suministrados por mora de su fondo de pensiones en el pago de los aportes a salud. Así mismo, ha tenido que costear tratamientos para bajar de peso pues su padecimiento psiquiátrico le produjo una obesidad mórbida de tercer grado.

Así mismo, se le han ocasionado perjuicios morales, perjuicios por lucro cesante y daños fisiológicos.

#### **4. DEFENSA**

La Fiscalía General de la Nación, a través de apoderada, contestó la demanda (fls. 77-80, cdno. 1), se opuso a las pretensiones de la misma y señaló, frente a su sustento fáctico, que no le constaban los hechos planteados por los libelistas.



Adujo que los actos administrativos que dispusieron el traslado laboral del accionante fueron expedidos en ejercicio de las facultades otorgadas por ley a la Secretaría General de la Fiscalía y que, en todo caso, en acatamiento de diversos fallos de tutela se suspendió transitoriamente el traslado del señor Buelvas y, finalmente, se le retiró del servicio activo en vista que por la disminución de su capacidad laboral se le había concedido pensión de invalidez por parte de su fondo de pensiones.

## **5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia de 25 de noviembre de 2011 (fls. 937-952, cdno. 8), proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, se declaró probada, de oficio, la excepción de cosa juzgada y se ordenó estarse a lo resuelto por el Consejo de Estado en sentencia de 27 de agosto de 2009, proferida dentro de la acción de nulidad y restablecimiento radicada bajo el número 11-001-03-25-000-2003-00126-01 (0677-2003).

En ese sentido indicó la *a quo* que el señor Eduardo Buelvas formuló la acción nulitatoria aludida contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que ordenaron su traslado laboral a la Dirección Seccional de la Fiscalía de Villavicencio y que, mediante el fallo emitido por el Supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, se declaró la nulidad de esas decisiones y, además, se resolvió de fondo lo concerniente a las siguientes pretensiones tendientes al resarcimiento del mismo daño que motivó la acción de reparación directa de la referencia: (i) el reintegro en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena; (ii) el pago de los sueldos, gastos de representación, prima especial de servicio, prima de vacaciones, bonificación

de servicio, prima de navidad y cesantías que se dejaron de pagar durante el tiempo que estuvo incapacitado; (iii) gastos de transporte en que incurrió para viajar a Bogotá a averiguar las causas de su traslado; (iv) gastos médicos que habría tenido que asumir el tratamiento de la enfermedad profesional derivada de la decisión de trasladarlo y, (v) los daños morales supuestamente ocasionados con la decisión administrativa acusada.

En tal medida, concluyó que la reparación del daño pretendida por el actor “*ya fue decidida en providencia anterior*”.

## 6. RECURSO DE APELACIÓN

La parte accionante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado (fls. 954-959, cdno. 8), manifestando que en el presente caso no se configura la excepción de cosa juzgada frente al proceso de nulidad y restablecimiento instaurado por el accionante contra los actos administrativos que dispusieron su traslado, para lo cual argumentó: (i) que no existe identidad de partes, pues en el caso de la referencia la parte accionante está integrada por el demandante y sus menores hijos, y en la acción de nulidad y restablecimiento sólo por el señor Boelvas; (ii) que no existe identidad de objeto por cuanto mediante la acción de nulidad y restablecimiento se solicitó la nulidad de los actos administrativos que ordenaron el traslado del actor, el reintegro a su cargo y el restablecimiento de los perjuicios materiales y morales *inmediatos* causados con su traslado, mientras que en el presente proceso se pretende que se declare la responsabilidad del ente demandado del daño antijurídico consistente en la invalidez laboral de la víctima y los perjuicios derivados de la misma y, (iii) que no hay identidad de causa, pues el motivo de la primera acción es la vulneración del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo por la expedición de actos administrativos

viciados de nulidad, y la causa de la acción de reparación es el artículo 86 *ibidem* en armonía con el artículo 90 de la Constitución Política.

## **7. ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

La parte demandante alegó de conclusión, insistiendo en los razonamientos planteados en la demanda y en el recurso de apelación formulado contra la sentencia de primer grado (fls. 966-997, cdno. 8).

Así mismo, la entidad accionada presentó alegatos de cierre, manifestando que le asistió razón a la juez de primera instancia al declarar probada la excepción de cosa juzgada y que, en todo caso, el extremo activo no acreditó el nexo causal entre la invalidez alegada y la decisión de su traslado, que resulta inadmisibles la súplica de reconocimiento de lucro cesante por los salarios supuestamente dejados de percibir por el actor, pues los mismos fueron sufragados por la EPS, durante su incapacidad, y luego por su fondo de pensiones tras el reconocimiento de su pensión de invalidez en 2004, lo que significa que nunca dejó de percibir los emolumentos laborales correspondientes. Agregó que el señor Buelvas ha estado desempeñando funciones de abogado defensor en distintos procesos penales después de haber sido pensionado por invalidez y, además, tras superar el concurso de méritos para el cargo de fiscales delegados convocado en el año 2007, pasó a integrar la lista de elegibles para dicho cargo desde el 24 de noviembre de 2008 (fls. 998-1001, *ib.*).

## **8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Ministerio Público no emitió concepto dentro del *sub judice*.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. CUESTIÓN PRELIMINAR

Es necesario determinar, en primer lugar, si en el presente caso se estructura la excepción de cosa juzgada respecto de la sentencia de 27 de agosto de 2009, proferida por el Consejo de Estado en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento radicada bajo el número 11-001-03-25-000-2003-00126-01 (0677-2003), instaurada por el señor Eduardo Buelvas contra la Fiscalía General de la Nación, con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los actos administrativos que ordenaron su traslado laboral a la Dirección Seccional de la Fiscalía de Villavicencio y, a título de restablecimiento, el “reintegro” a su cargo y la indemnización de los supuestos perjuicios materiales e inmateriales ocasionados con la decisión de su traslado.

Al respecto, se memora que tal y como lo precisó el Consejo de Estado en providencia de Sala Plena adiada el 28 de febrero de 2013<sup>1</sup>, la cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, ello, en pro de la seguridad jurídica.

De ésta figura se derivan dos (2) efectos principales, el primero, que dota de un valor definitivo e inmutable a ciertas providencias, por lo que lo decidido en las mismas no puede ser modificado ni siquiera por el mismo juez que las profirió, y el segundo, que prohíbe que se vuelva a entablar, tramitar y fallar el mismo litigio ya resuelto.

En efecto, la excepción de cosa juzgada fue instituida por el legislador con el fin que, habiendo cobrado firmeza el fallo proferido dentro de un juicio surtido

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de febrero de 2013,

entre unas partes determinadas, por una causa y objeto dado, no se vuelva sobre el mismo asunto mediante proceso posterior.

Para que se estructure este medio exceptivo, se requiere verificar si se dan los siguientes tres (3) elementos configurativos de dicha figura procesal:

a) Que exista identidad jurídica de partes, es decir, que las personas que integran los extremos en contienda en el segundo proceso sean quienes hayan sido perjudicadas o beneficiadas con el fallo emitido en el primer proceso.

b) Que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, o sea, que se reclamen las mismas prestaciones o declaraciones deprecadas por la parte demandante en el primer juicio y decididas en el fallo emitido dentro del mismo.

c) Que exista identidad de causa, entendida como la razón o los motivos por los cuales se demanda, es decir, que los hechos y argumentos que sirven de sustento fáctico y jurídico a las súplicas y motivan el ejercicio de la acción, sean los mismos en uno y otro proceso.

Es menester puntualizar, eso sí, que cuando además de los mismos hechos la demanda presenta nuevos elementos, solamente se permite el análisis de los nuevos supuestos, caso en el cual el juez puede retomar los fundamentos que constituyen cosa juzgada para proceder a fallar sobre la nueva causa.

En el caso concreto, la *a quo* declaró probada *ex officio* la excepción de cosa juzgada, tras considerar que entre el *sub lite* y el proceso de nulidad y restablecimiento instaurado por el señor Eduardo Buelvas contra la fiscalía y radicado bajo el número 11-001-03-25-000-2003-00126-01 (0677-2003), existía identidad de partes, objeto y causa.

Ahora bien, aplicados al asunto de marras los lineamientos trazados *in supra* y contrastadas las demandas incoadas en uno y otro juicio (fls. 1-64 y 90-115, cdno. 1) y el contenido y alcance del fallo de 27 de agosto de 2009<sup>2</sup>, se advierte que, contrario a lo manifestado por la *a quo*, en el presente juicio no se estructura la cosa juzgada frente a lo ya decidido en la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo ejercida por el señor Buelvas por cuanto, en primer lugar, no existe “*identidad de partes*”, pues tal y como lo adujo el apelante, en el caso de la referencia el extremo demandante está integrado por el señor Eduardo Buelvas Torres y los menores Cristian Camilo y Nataly Buelvas Torralvo, y en la acción de nulidad y restablecimiento sólo por el señor Buelvas.

En segundo lugar, no existe identidad de objeto como quiera que mediante el proceso nulitatorio se deprecó la nulidad de los actos administrativos que

---

<sup>2</sup> Consultado en la página web del Consejo de Estado y en cuyo acápite considerativo se indico lo siguiente.

*“Al haber prosperado la causal de anulación propuesta, la Sala entra a resolver sobre el restablecimiento del derecho y reparación del daño pertinentes en los siguientes términos:*

*- Con respecto a la petición de reintegro en el cargo de Fiscal Delegado ante los Jueces Penales del Circuito adscrito a la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena, como ya se señaló no es procedente ordenarla porque nunca se llevó a cabo o ejecutó*

*- Igual ocurre con el pago los sueldos gastos de representación, prima especial de servicio, prima de vacaciones, bonificación de servicio prima de navidad y cesantías que se dejaron de pagar durante el tiempo que estuvo incapacitado. la Sala encuentra que, si eventualmente existieron unas diferencias salariales entre el sueldo que debía percibir y el pago de las licencias por enfermedad estas no se probaron en el proceso y por ello se abstiene de ordenarlas.*

*- En cuanto a los gastos de transporte, la Sala reconocerá el valor, según lo probado en el proceso (folio 177, cuaderno 2) del tiquete aéreo que el demandante debió sufragar para efectos de concurrir a la sede central de la Fiscalía General de la Nación, el 15 de julio de 2002 .*

*-Respecto de los gastos médicos, la Sala se abstendrá de ordenar su pago porque esta clase de riesgos debe ser atendido por la Seguridad Social contratada por la Fiscalía General de la Nación y dentro del proceso no se probó que se le hubiese negado la prestación de este servicio o que fuera insuficiente para cubrir el riesgo*

*- No se accederá a la reparación del daño moral ocasionado con la decisión administrativa acusada, pese a que está probada su afectación moral, con los dictámenes médicos recaudados dentro de la acción de tutela y los testimonios médicos recibidos en este proceso, porque al demandante se le reconocieron múltiples incapacidades médicas y se le ordenó el reconocimiento de una pensión por invalidez, conforme al régimen de seguridad social aplicable por el hecho de estar afiliado como empleado (a forfait) ”(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 27 de agosto de 2009, CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.*

dispusieron el traslado del libelista y se solicitó, a título de restablecimiento, el reintegro a su cargo en Cartagena y el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales inmediatos causados con su traslado, mientras que en la presente litis se pretende que se declare responsable a la fiscalía del supuesto daño antijurídico causado al núcleo familiar Buelvas-Torralvo por causa de la invalidez absoluta por enfermedad profesional del señor Eduardo Buelvas declarada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar y que originó su separación del servicio activo en la Fiscalía y el reconocimiento de una pensión de invalidez.

Tampoco hay identidad de causa, pues si bien existen coincidencias entre algunos de los hechos sobre los cuales se edificaron los libelos en cuestión, específicamente los relacionados con los antecedentes y desempeño laboral de Eduardo Buelvas, las decisiones administrativas que ordenaron su traslado laboral y la afectación psicológica que presentó tras la expedición de las mismas, lo cierto es que en la demanda que originó la acción de la referencia se plantearon otros sustentos fácticos relacionados directamente con el alegado hecho dañoso, consistente en la invalidez laboral sobreviniente cuya configuración se endilgó a la fiscalía.

En ese sentido, se destaca que para el 7 de noviembre de 2002, cuando se impetró la acción de nulidad y restablecimiento en cuestión (fl. 90, cdno. 1), aún no se había dictaminado la disminución del cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de la capacidad laboral del actor por enfermedad profesional, por parte de la Junta Regional de Invalidez de Bolívar (calificada el 11 de septiembre de 2003 y modificada el 9 de octubre de ese año; fls. 238-256, cdno. II de anexos), invalidez que, según aducen los actores en la presente litis, constituye el daño antijurídico cuya reparación suplican.

Resta precisar que la Sala sólo analizará los supuestos de hecho que no fueron ventilados en la acción de nulidad y restablecimiento referida y se limitará a estudiar la procedibilidad del resarcimiento de los perjuicios que –según se alega– se causaron con posterioridad al **27 de diciembre de 2002**, fecha en la cual, según lo indicado en el dictamen de la junta médico legal (fl. 241, ib.), se estructuró la enfermedad profesional que originó la disminución del cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de la capacidad laboral del libelista y que, a la postre, motivó su retiro del servicio activo y el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En vista de lo anterior, ante la ausencia de los requisitos de configuración de la figura procesal de la cosa juzgada, se impone revocar la sentencia de 25 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada la excepción en comento, y analizar el fondo del asunto para dilucidar, con apoyo en los elementos de juicio recaudados y practicados dentro del *sub iudice*, si se configuró o no la invocada responsabilidad extracontractual de la fiscalía y, por esa vía, decidir si procede o no ordenar el resarcimiento deprecado por los accionantes.

## **2. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Hay lugar a declarar que la Nación – Fiscalía General de la Nación, es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños que se le imputan con ocasión de la enfermedad mental sufrida por el actor, catalogada como de origen profesional, que ocasionó la disminución del cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de su capacidad laboral y motivó, por ende, el reconocimiento de una pensión de invalidez a su favor y el subsecuente retiro del servicio activo de la entidad accionada?



### **3. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.**

El artículo 90 constitucional dispone que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas, entre ellos, claro está, los generados por daño especial, esto es, una lesión anormal y particular producida durante el ejercicio de una actividad legítima de la administración pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas que rompe el principio de las cargas públicas.

En los hechos de la demanda se planteó que el daño cuyo resarcimiento se pretende se produjo como consecuencia del rompimiento de las cargas públicas en el marco de la actuación surtida por la fiscalía para hacer efectivo su traslado laboral ordenado mediante acto administrativo y, en tal medida, en el presente proceso es aplicable el título de imputación de daño especial, al amparo del cual la parte demandante está obligada a demostrar (i) el daño cuya configuración implique la imposición a la víctima de una carga que no estaba obligada a soportar, (ii) la conducta u omisión estatal y, (iii) el nexo de causalidad entre esos dos elementos, sin que haya lugar a presumirlos, mientras que la entidad pública demandada se verá forzada, para eximirse de responsabilidad, a probar la configuración de una causa extraña.

En torno del daño especial resulta ilustrativo traer a colación las siguientes precisiones contenidas en sentencia de 3 de mayo de 2007 proferida por el Consejo de Estado:

*“El daño especial ha sido entendido como un título de imputación de aplicación excepcional, que parte de la imposibilidad de resarcir un daño claramente antijurídico con fundamento en un régimen subjetivo de responsabilidad. En este sentido, resulta valiosa la referencia que nos aporta la jurisprudencia de esta corporación al decir:*

*"Esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad, precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en eventos en los que el caso concreto examinado no logre su encasillamiento dentro de los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa ausencia de tipicidad, si así puede decirse, comporta vulneración injustificada del principio de equidad."<sup>3</sup>*

*Aunque la situación a partir de la Constitución de 1991 ha cambiado radicalmente, el aparte transcrito resulta especialmente esclarecedor de los elementos que soportan la teoría del daño especial, ya que el mismo resalta claramente el papel que dentro del razonamiento jurídico realizado por el juez juega el principio de equidad. Es éste, y no otro elemento, el que conduce al juez a la convicción de que el daño que se causó es por esencia antijurídico; y que, por consiguiente, si no se encuentra fundamento a la reparación del mismo en la falla del servicio, debe buscarse en otro de los posibles regímenes de responsabilidad estatal.*

*"Como se anotó, la justicia material se concreta en los casos de daño especial en el objetivo de reequilibrar la asunción de cargas públicas, en virtud a que el perjuicio sufrido presenta características de excepcional y anormal. En otras palabras es un perjuicio que, desde la perspectiva del principio de igualdad frente a las cargas públicas, resulta considerablemente superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón del ejercicio de los poderes de actuación con que cuenta la administración. En este sentido, respecto de las calidades del perjuicio sufrido, se estableció por el Consejo de Estado desde los primeros años de implementación de esta teoría*

*"El Estado en ejercicio de su soberanía puede en veces afectar los derechos de los particulares, pero si esa afectación es igual para todos los individuos que se encuentran en las mismas condiciones no hay violación de la justicia distributiva que justifique jurídicamente la responsabilidad. Es por tanto característica de la responsabilidad del Estado que el daño sea especial, lo que ocurre según Bonnard, cuando en una categoría dada de individuos, colocados en una misma situación, el daño no afecta sino a uno o algunos de ellos, pues si todos los que se hallen en estas situaciones son o pueden ser afectados por el daño, el individuo se encuentra en presencia de una carga pública, como lo son, por ejemplo, los inconvenientes normales de vecindad que todo propietario debe soportar por el hecho de las propiedades vecinas. El daño debe ser, por tanto excepcional y anormal, porque la responsabilidad no proviene de la naturaleza del hecho que cause el*

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera, expediente No. 4655, C.p. Dr. Antonio José Irisarri Restrepo, en Extractos de Jurisprudencia del consejo de Estado, primer trimestre de 1989, Tomo III, Publicaciones Caja Agraria, Bogotá, p. 249 y 250.

***daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.***<sup>4</sup> -  
*negrilla fuera de texto-*

*Esta anormalidad y especialidad del perjuicio es, precisamente, la que conlleva a un rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. Sin embargo, no debe entenderse dicho principio como el anhelo de lograr una equiparación matemática entre los administrados frente a la actividad administrativa; el contenido que el mismo involucra es, evidentemente, el mantenimiento de un relativo balance en esta materia. En consecuencia, es posible considerar como legítimas las imposiciones que puedan ser ubicadas dentro de los parámetros que, de acuerdo con la jurisprudencia, acepta el principio de igualdad ante las cargas públicas: y, en este mismo sentido, el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad administrativa haya ocasionado un grado de perjuicio que exceda el ámbito de molestia que debe ser soportado.*

*“En resumen, la teoría del daño especial reúne una buena muestra de los eventos en que, con el ánimo de buscar un resultado satisfactorio desde una óptica de justicia material, se utiliza la equidad para reequilibrar las cargas públicas, honrando así el principio de igualdad. En otras palabras, la teoría del daño especial, contando con el substrato de la equidad que debe inspirar toda decisión judicial, se vale de la igualdad para fundamentar las soluciones que buscan restablecer el equilibrio ante las cargas de la administración en situaciones concretas, objetivo que se alcanza gracias a la asunción del principio de solidaridad como argumento de impulsión de la acción reparadora del Estado, como se observará al momento de considerar el caso concreto.”*<sup>5</sup>

#### **4. LO PROBADO**

Con sustento en los medios probatorios allegados oportunamente y que cumplen los requisitos exigidos por la ley procesal para ser apreciados, se encuentran acreditados los siguientes hechos:

- a) Cristian Camilo y Nataly Buelvas Torralvo son hijos del señor Eduardo Buelvas Torres (fls. 8 y 9, cdno. de anexos I).

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 30 de septiembre de 1949, C.P. Pedro Gómez Parra,.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de mayo de 2007, Radicación número: 50001-23-26-000-1991-06081-01(16696), C.P. Enrique Gil Botero.

- b) El señor Eduardo Buelvas Torres fue incorporado en propiedad el 1º de julio de 1992 a la entidad accionada, en el cargo de Fiscal Seccional Grado 18 con sede en esta ciudad (fls. 44-47, cdno. de anexos I), y fue inscrito en el escalafón de la fiscalía en el cargo de Fiscal Seccional Delegado ante los Jueces Penales del Circuito el 20 de octubre de 1997 (fl. 60, ib.). Durante los lapsos comprendidos entre el 3 de enero de 1995 y el 22 de junio de 1996, entre el 22 de diciembre de 1998 y el 9 de enero de 1999, entre el 24 de abril y el 5 de mayo de 2000, estuvo encargado como Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena (fls. 59, 63-65, 68-70, ib.).
- c) Mediante la Resolución 2-1508 de 8 de julio de 2002, la Secretaría General de la Fiscalía General de la Nación ordenó su traslado, en el mismo cargo de Fiscal Seccional, de la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena a la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio (fl. 110, cdno. de anexos I), y dispuso que el mismo debía surtirse dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esa decisión, enteramiento que se surtió el 11 de julio de 2002 (fl. 116, ib.).
- d) El señor Buelvas estuvo incapacitado durante los siguientes periodos por orden de sus médicos tratantes, bajo diagnósticos de cuadro depresivo severo, depresión post-esquizofrénica, trastorno depresivo mayor y de ansiedad generalizada: (i) desde el 28 de julio de 2002 y hasta el 15 de octubre de 2002 (fls. 145 - 149, cdno. de anexos II); (ii) desde el 21 de noviembre al 20 de diciembre de 2002 (fls. 150-153, ib.), (iii) del 27 de enero de 2003 al 26 de febrero de 2003 (fls. 154-155); (iv) del 28 de marzo al 19 de mayo de 2003 (fls. 156-158, ib.); (v) del 19 de junio al 13 de septiembre de 2003 (fls. 159-162, ib.) y del 10 de octubre de 2003 al 4 de marzo de 2004 (fls. 163-168, ib.).

- e) El 16 de octubre de 2002, expirado el término de los primeros ochenta (80) días de incapacidad que le habían sido otorgados, el libelista se reintegró al trabajo y con el fin de adelantar su proceso de recuperación mental, en vista de la persistencia de su quebranto, solicitó que a partir del 5 de noviembre de 2002 se le concediera el período de vacaciones que tenía programadas a partir del 15 de octubre de ese año y que no había podido disfrutar por estar incapacitado en dicha fecha; pero la fiscalía, bajo argumentos netamente administrativos, se las concedió tan sólo a partir del 25 de noviembre de 2002. (fls. 119 y 123, cdno. de anexos I).
- f) En acatamiento de fallo de tutela de segunda instancia proferido por la Corte Suprema de Justicia el 17 de octubre de 2002, la fiscalía expidió la Resolución 2-2541 de 18 de noviembre de ese año, por medio de la cual modificó la Resolución 2-1508 de 8 de julio de 2002, en el sentido de que el traslado laboral se haría efectivo en un término no mayor a tres meses, lapso durante el cual el señor Buelvas debía someterse al tratamiento médico que ordenara el Instituto Nacional de Medicina Legal de Cartagena (fls. 115-116, cdno. de anexos I).
- g) La anterior decisión le fue notificada el 20 de noviembre de 2002 y al día siguiente el señor Buelvas presentó un cuadro depresivo mayor, siendo nuevamente incapacitado para trabajar a partir del 21 de noviembre de 2002 (fls. 150-153, cdno. de anexos II).
- h) En cumplimiento del fallo de tutela proferido el 3 de febrero de 2003 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bolívar, la fiscalía expidió la Resolución 2-0315 de 6 de febrero de 2003, por medio de la cual se suspendió la Resolución 2-1508 de 8 de julio de 2002, hasta tanto venciera la incapacidad concedida por su EPS, previa

valoración del Instituto Nacional de Medicina Legal y las que posteriormente se le reconocieren (fls. 117-118, cdno. de anexos I).

- i) El 26 de febrero de 2003 se pusieron a disposición del accionante los tiquetes aéreos para que viajara a la Dirección Seccional de Villavicencio a ocupar la plaza a la que había sido trasladado (fls. 139-140, cdno. de anexos I).
- j) Vencido el plazo de tres (3) meses previsto en la Resolución 2-2541 de 18 de noviembre de 2002, la Dirección Seccional de Fiscalías de Cartagena envió los documentos del actor a la de Villavicencio, para que ésta lo incluyera en su nómina para pagar en dicha seccional el salario correspondiente al mes de marzo de 2003. Pero en virtud de providencia emitida en el marco de un incidente de desacato formulado por el demandante, mediante la cual se puntualizó que el traslado no podía surtirse hasta tanto no se emitiera concepto por parte del Instituto de Medicina Legal respecto de su estado de salud, la Dirección Seccional de Cartagena solicitó a su homóloga en Villavicencio la devolución de la hoja de vida del señor Buelvas (fl. 157-158).
- k) El 1º de abril de 2003, el actor, por medio de apoderado, solicitó al entonces Fiscal General de la Nación que revocara en forma directa los actos administrativos que disponían su traslado, pedimento que fue denegado mediante la Resolución 2-1869 de 26 de junio de 2003 (fls. 165-184, y 185-190, cdno. de anexos I).
- l) En vista de las sucesivas incapacidades otorgadas al actor, Cajanal EPS, entidad a la que estaba afiliado, lo remitió a junta médica psiquiátrica, la cual conceptuó el 28 de mayo de 2003 que presentaba un cuadro de trastorno depresivo mayor, trastorno de ansiedad y angustia severa con

presencia de intentos de suicidio, que tal proceso era secundario a un “*problema laboral (traslado a una zona lejos de su familia con fama de deshonestidad)*” y se concluyó que su trastorno le imposibilitaba laborar por la cronicidad del cuadro, por la permanencia del estrés desencadenado por el riesgo de traslado y por las implicaciones económicas, familiares y sociales. Se indicó que la persistencia de los factores externos laborales del paciente tenían una “*gran influencia en el mantenimiento y cronicidad de la sintomatología del paciente*” (fls. 169-223, cdno. de anexos II). Así mismo, el caso del demandante fue sometido a un estudio por parte de un grupo interdisciplinario, que el 16 de junio de 2003 indicó que “*los estresores causantes del trastorno mental actual son intralaborales: orden de traslado lejos de su familia, conflicto en el rol profesional...*”, por lo que dictaminó que el trastorno del señor Buelvas era de origen profesional (fls. 224-227, ib.).

- m) El libelista fue valorado por la Junta de Calificación de Invalidez de Bolívar, que profirió el 11 de septiembre de 2003 el dictamen 232/03, mediante el cual se concluyó que el demandante presentaba una disminución del cincuenta y seis punto ocho por ciento (56.8%) de su capacidad laboral por trastorno depresivo mayor severo, el cual fue catalogado como de origen profesional bajo el argumento que el factor estresante desencadenante de todo el proceso psicológico era el traslado laboral a una zona con problemas de orden público lejos de su núcleo familiar (fls. 238-246, cdno. de anexos II). Se señaló que la enfermedad profesional que aquejaba al actor se había estructurado el 27 de diciembre de 2002, día en que fue incapacitado por depresión mayor. Este dictamen fue modificado el 9 de octubre de 2003 por la Junta de Calificación de Invalidez de Bolívar, en sede de reposición, incrementándose la tasa de pérdida de la capacidad laboral del señor Buelvas en cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) (fls. 254-256, ib.).

- n) En vista de lo anterior y en cumplimiento de un fallo de tutela, Colmena ARP reconoció el 18 de marzo de 2004 pensión de invalidez por enfermedad de origen profesional a favor del actor, a partir del 30 de octubre de 2003, por el monto de un millón setecientos treinta mil doscientos noventa y tres pesos (\$1.730.293) para 2004, equivalente al sesenta por ciento (60%) del valor de su salario (fls. 388-389, cdno. de anexos II).
- o) Mediante la Resolución 2-0861 de 26 de marzo de 2004, la fiscalía lo retiró del servicio activo por invalidez profesional, con efecto retroactivo a partir del 30 de octubre de 2003 (fls. 78-79, cdno. de anexos I).

## **5. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO**

En orden a definir la alzada sea lo primero reiterar que para deducir la responsabilidad del Estado al amparo del título de daño especial por el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, es necesario acreditar todos los elementos de la responsabilidad, es decir, el daño antijurídico, la acción u omisión estatal que genere la ruptura del principio de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas, y el nexo causal entre ambos elementos.

En el *sub judice*, analizados los medios probatorios que integran el proceso, se observa que fue acreditado que el accionante perdió el cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de su capacidad por enfermedad de origen profesional consistente en un cuadro de depresión mayor severa según calificación efectuada de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar ejecutoriada el 9 de octubre de 2009. lo cual constituye, sin lugar a dudas, un daño gravísimo que afecta en la esfera material y personal al señor Eduardo Buelvas Torres y a su núcleo familiar.



También se comprobó, con los dictámenes y conceptos emitidos por los profesionales de la salud que trataron al actor y analizaron su caso, que el motivo desencadenante de la enfermedad psiquiátrica que lo llevó a la invalidez fue el trauma psicológico causado por la orden de su traslado laboral a un sitio muy alejado de su familia emitida por la fiscalía.

Igualmente, quedó evidenciado que aún cuando el libelista formuló dos (2) acciones tuitivas y dos (2) incidentes de desacato de tutela para evitar ser trasladado y que por virtud de los pronunciamientos expedidos en el marco de tales mecanismos de amparo constitucional se obtuvieron sendas órdenes de suspensión del cambio de sede laboral en consideración a su grave estado de salud, supeditando la relocalización a que se verificara cuál era su grado de afectación y a que se verificara su recuperación, lo cierto es que la entidad demandada realizó ingentes esfuerzos para hacer efectivo su traslado a la Dirección Seccional de Fiscalías de Villavicencio, aún antes de que se emitiera un concepto médico definitivo que demostrara el restablecimiento de la salud mental del actor, al punto que en febrero de 2003 pusieron a su disposición los tiquetes aéreos para que se trasladara a esa sede y el mes siguiente remitieron su hoja de vida a dicha seccional del ente investigador para que lo incluyeran en su nómina, operación que fue desandada por virtud de proveído emitido en el marco de uno de los incidentes de desacato planteados por el señor Buelvas, decisión en la que se reiteró que no podía surtir su traslado hasta tanto no mediara concepto médico legal que diera vía libre para ello.

Así mismo, se probó que pese al delicado estado de salud del accionante, la fiscalía retardó -con sustento en razonamientos de mero carácter administrativo- la reprogramación de un periodo de vacaciones que había sido aprobado a partir del 15 de octubre de 2002 (el cual no pudo disfrutar en esa oportunidad por estar incapacitado), y antes de la fecha para la cual le fue

reagendado el descanso, le notificó la Resolución 2-2541 de 18 de noviembre de ese año, que fijó como plazo máximo para su reintegro el de tres (3) meses, especie de ultimátum que agravó la alteración psíquica padecida por el demandante, motivando que fuera de nuevo incapacitado a partir de la fecha del enteramiento de esa decisión (21 de noviembre de 2002).

Se acreditó además que el entonces Fiscal General de la Nación dio declaraciones en el Periódico El Universal el 3 de noviembre de 2002, manifestando que en la Dirección Seccional de Fiscalía de esta ciudad estaban vinculados fiscales acusados de corrupción, que había que comprobar sus faltas y abusos y que mientras ello se determinaba se estaban realizando traslados de dichos funcionarios, a lo que agregó que iban a averiguar la conducta de jueces que estaban “*aceptando tutelas*” para que los funcionarios trasladados regresaran a sus antiguos cargos (fl. 111, cdno. de anexos I), afirmaciones que en el contexto de los hechos definitivamente tendió un manto de duda sobre el señor Buelvas y sobre el motivo de su traslado y el de los demás fiscales que para tal época también habían sido objeto de órdenes de *ius variandi* geográfico.

Todas estas actuaciones de la fiscalía tendientes a ejecutar unos actos administrativos de traslado que para la época de los hechos se encontraban vigentes, no pueden tildarse *per se* de antijurídicas, pero lo cierto es que constituyeron, sin lugar a dudas, una presión constante y latente sobre el accionante, presión que causó, perpetuó y agravó su cuadro depresivo, máxime si se tiene en cuenta que su traslado implicaba condiciones menos favorables para el trasladado (el alejamiento de su núcleo familiar en momentos en que él padecía una severa depresión y su menor hijo también presentaba problemas psicológicos por la inminente separación de su padre; fls. 804-805, cdno. 8) y que no existían pruebas que demostraran las necesidades del servicio que justificaran su relocalización laboral, circunstancias que, dicho sea de paso,

motivaron que en el marco de la acción de nulidad y restablecimiento ejercida por el señor Buelvas, el Consejo de Estado decretara la nulidad de la resolución que ordenó el traslado, decisión que si bien, como se dijo, no surte efectos de cosa juzgada frente al asunto de la referencia, sí constituye un argumento más para tener por acreditado el rompimiento de las cargas públicas a las que estaba sometido el actor en su condición de fiscal y, en tal medida, la antijuridicidad del daño ocasionado a los aquí demandantes, concretado en la invalidez por enfermedad psiquiátrica de origen profesional padecida por la víctima directa, desarrollada a raíz de las actuaciones llevadas a cabo por la fiscalía para hacer efectivo su traslado.

En efecto, el proceder de los funcionarios de la entidad accionada al insistir con denuedo en trasladarlo lejos de su familia, desbordó los límites mínimos que imponía el respeto a los derechos fundamentales de Eduardo José Buelvas Martínez y constituyó una amenaza que alteró el goce tranquilo de su derecho a la salud pues en razón del cuadro depresivo que padecía era absolutamente evidente que requería el acompañamiento y apoyo de su núcleo familiar y que de enviarlo lejos de ellos se le exponía a un grave riesgo de agravamiento de su estado, con todas las implicaciones que ello conllevaba, todo lo cual constituía un factor de estrés y angustia que, a la postre, derivó en su invalidez.

Así las cosas, se impone concluir que en el caso de marras se probó plenamente: (i) el daño antijurídico, consistente en la disminución del cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de la capacidad del actor por enfermedad profesional; (ii) que la fiscalía en su intento legítimo de ejecutar unos actos administrativos cuya presunción de legalidad no había sido desvirtuada para la época, generó la ruptura del principio de la igualdad de las personas frente a las cargas públicas de los hechos, al someter al actor a una carga que por su delicada condición psiquiátrica no estaba en condiciones de soportar y, (iii) el inescindible nexo de causa – efecto entre ambos elementos;

por lo que, ante la ausencia de prueba de la presencia de una causa extraña o ajena, se impone declarar administrativa y patrimonialmente responsable, bajo el título de imputación de daño especial, a la Nación – Fiscalía General de la Nación de los daños derivados de la invalidez del señor Eduardo Manuel Buelvas Torres.

## **6. INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

### **6.1. Perjuicios morales**

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en los eventos en los que una persona fallece o sufre una lesión y ésta es imputable al Estado, ello desencadena a cargo de éste la indemnización de los perjuicios morales que corresponden al dolor, la angustia, la aflicción, la zozobra, el temor y el estrés que tales insucesos generan, de tal manera que la víctima directa y los miembros de su núcleo familiar más cercano, pueden reclamar la indemnización de estos perjuicios.

En relación con la estimación del perjuicio moral, esa Corporación ha determinado, en la mayoría de los casos y en el evento que se presente en su mayor intensidad, como tope máximo de indemnización, cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>6</sup>, estimativo que debe ser tomado como punto de referencia para tasar la indemnización en el *sub judice*.

Así las cosas, dadas las condiciones de este caso, se tasará como perjuicio moral para Eduardo Manuel Buelvas Torres, la suma equivalente a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes, teniendo en cuenta la magnitud

---

<sup>6</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de octubre de 2007, expediente 29273. C. P.: Enrique Gil Botero; sentencia del 13 de febrero de 2003, expediente 12.654, C.P. Alir Eduardo Enríquez; sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16.058. C.P. Enrique Gil Botero.

de la enfermedad psiquiátrica de origen profesional causada por las actuaciones de la fiscalía y el porcentaje de incapacidad laboral que le produjo.

De otro lado es de aclarar que en reiterada jurisprudencia<sup>7</sup> se ha indicado que los perjuicios morales se presumen frente a los padres, hijos, cónyuge o compañero permanente y hermanos, en razón a que el daño sufrido por un pariente cercano causa dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar debido a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad. Así lo señaló el Consejo de Estado en proveído de 5 de julio de 2012, como pasa a verse:

*“con la simple acreditación de la relación de parentesco, así como con los registros civiles de nacimiento, se presume que tanto los padres como los hermanos sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado de la pérdida de su hijo y hermano. En efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política, debe presumirse, que el peticionario ha sufrido el perjuicio solicitado.”<sup>8</sup>*

Al respecto, se destaca que en el plenario obra copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Cristian Camilo y Nataly Buelvas Torralvo son hijos del señor Eduardo Buelvas Torres (fls. 8 y 9, cdno. de anexos I), por lo que a dichos demandantes se les reconocerá a título de indemnización del perjuicio moral que se presume les fue causado con la enfermedad profesional sufrida por su padre, el cincuenta por ciento (50%) de lo correspondiente a la víctima directa, es decir, la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

---

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencias de 18 de marzo de 2010, expediente 18.569 y de 4 de octubre de 2007, expediente 16.058. C.P. Enrique Gil Botero; sentencia de 10 de marzo de 2005, expediente 14.808, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

<sup>8</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de 5 de julio de 2012, expediente 23.643, C.P. Olga Melida Valle de De La Hoz.

## 6.2. Lucro cesante

A título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante pasado y futuro, se solicitó a favor de Eduardo Buelvas Torres, setecientos noventa y tres millones setecientos ochenta y siete mil setecientos sesenta y cuatro pesos (\$793.787.764), correspondientes a las diferencias entre el salario de fiscal Delegado ante Tribunal o Procurador Delegado ante Tribunal vigente en el año 2003 (siete millones trescientos noventa y seis mil doscientos treinta y tres - \$7.396.233) y el valor de la pensión de invalidez que le fue reconocida en el año 2003, ello, bajo el argumento que si bien al momento de los hechos él se desempeñaba como fiscal seccional y devengaba tres millones setecientos cuatro mil setecientos veintidós pesos (\$3.704.722), tenía serias expectativas de devengar el primero de los salarios aludidos, por cuanto en una oportunidad había sido nombrado procurador delegado y había declinado dicha designación por razones familiares y, además, desde 1994 integraba la lista de elegibles para el cargo de Fiscal Delegado.

Al respecto, sea lo primero puntualizar que el ingreso mensual frente al cual se hará al análisis de la causación de ésta categoría de perjuicio será el que el demandante recibía como Fiscal Seccional en el 2003, año a partir del cual se le reconoció la pensión de invalidez, ello, por cuanto en virtud del requisito de certeza del daño, sólo habrá lugar a reparar el daño cierto -pasado o futuro-, es decir aquél sobre cuya ocurrencia no exista duda alguna, pero no el eventual o hipotético. Así pues, para que el perjuicio se considere existente debe probarse que ya se produjo (si se trata de daño pasado o consolidado), o que *“aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”*<sup>9</sup> (si se trata de daño futuro).

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 4 de noviembre de 1975. Anal año L, T. LXXXIX, pág. 443, C.P. Carlos Pottocarrero Mutis.

En tal medida, el lucro cesante debe ser calculado con base en los ingresos que efectivamente percibía la víctima antes del hecho dañoso, y no respecto del salario que eventual o hipotéticamente hubiera podido devengar en caso de haber aceptado, tres (3) años antes de su invalidez, el nombramiento como procurador delegado ante tribunal, o respecto del cargo de Fiscal Delegado ante Tribunal para el cual se encontraba en lista de elegible nueve años antes de dicho suceso y que sólo ocupó por encargo durante algunos periodos de tiempo (fls. 59, 63-65, 68-70, ib.).

Definido lo anterior, debe reiterarse que tal y como lo evidencia la certificación expedida por Colmena ARP, al libelista le fue reconocida a partir del 30 de octubre de 2003 una pensión de invalidez, cuyas mesadas ascendían a un millón seiscientos veinticuatro mil ochocientos cuarenta y un pesos (\$1.624.841), valor evidentemente menor al monto del salario asignado al cargo de fiscal seccional que ocupaba antes de la estructuración de su invalidez, que para esa anualidad fue establecido mediante el Decreto 3549 de 2003<sup>10</sup> en la suma de tres millones setecientos cuatro mil setecientos veintidós pesos (\$3.704,722).

De esta forma, se advierte al rompe que efectivamente, por causa de la invalidez del señor Bueivas, su patrimonio sufrió un detrimento por lucro cesante, correspondiente a las diferencias entre las mesadas pensionales y los salarios que, de no haber adquirido la enfermedad profesional que lo incapacitó laboralmente, habría devengado desde el 30 de octubre de 2003.

Ahora bien, el actor solicitó que el resarcimiento por concepto de lucro cesante se le reconociera y pagara hasta la fecha en que cumplirá sesenta y cinco (65) años, sin embargo, no puede pasarse por alto que consultada la página web de

---

<sup>10</sup> Consultado en la siguiente dirección de la página web del Banco de la República. [http://juriscol.banrep.gov.co/contenidos.dii/Normas/Decretos/2003/Decreto\\_3549\\_2003](http://juriscol.banrep.gov.co/contenidos.dii/Normas/Decretos/2003/Decreto_3549_2003)

la Fiscalía General de la Nación, se observó que el demandante actualmente se desempeña como Fiscal Doce Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz<sup>11</sup>, cargo que, al parecer, ocupa por lo menos desde el año 2010, pues en el fallo de 19 de mayo de 2011 emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia dentro de la acción de tutela con radicado interno número 54188, publicado en la página web de esa Corporación, se indicó que Eduardo Manuel Buelvas Torres, en su condición de *“Fiscal Doce Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz”*, había compulsado las copias de los documentos que motivaron la solicitud de amparo constitucional<sup>12</sup>, todo lo cual demuestra a las claras que el libelista, se desconoce desde cuándo, superó la incapacidad laboral que motivó el reconocimiento de la pensión de invalidez y que, por tal razón, reingresó a prestar sus servicios en la fiscalía, en otro cargo.

Y, habida cuenta que el perjuicio bajo estudio se originó en la disminución de los ingresos del actor desde el reconocimiento de la pensión de invalidez, emerge diáfano que a partir del momento cuando recuperó su capacidad laboral y se revinculó al ente accionado, cesó la mengua que por su incapacidad laboral habían sufrido sus emolumentos y, por ende, cesó la causación del lucro cesante reclamado.

En ese sentido se memora que, como bien lo explica el doctrinante Juan Carlos Henao, *“se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño”*, por lo que el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite, pues el daño es la medida del resarcimiento, al punto que si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima y si se indemniza por debajo del realmente causado, se le

---

<sup>11</sup> Así aparece publicado en la siguiente dirección <http://www.fiscalia.gov.co/jyp/la-unidad/despachos/>

<sup>12</sup> <http://190.24.134.69/busquedadoc/FULLTEXT.ASPX>



genera un empobrecimiento sin justa causa. Así, en tratándose de daños temporales, como el generado a Eduardo Buelvas durante el lapso de su invalidez, con el decrecimiento de sus ingresos laborales mensuales, el resarcimiento sólo puede extenderse al periodo en que la víctima sufrió el daño, ni más ni menos.

En ese contexto, si a título de lucro cesante se reconociera suma alguna a favor del accionante después de su vinculación a la demandada, cuando ya había superado su invalidez, ello constituiría un doble pago a cargo del Estado, transgrediéndose así el artículo 128 de la Constitución, el cual prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público respecto de un mismo periodo, salvo contadas excepciones no aplicables en el sub iudice.

En ese orden de ideas, como no existe prueba de la fecha de la reincorporación del libelista a la fiscalía, dato indispensable para tasar el lucro cesante, la Sala dará aplicación a lo previsto en el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo y condenará en abstracto a la demandada al pago de dicho perjuicio, el cual será liquidado mediante trámite incidental que deberá promoverse ante el *a quo* dentro del término de sesenta (60) días contados desde la notificación del auto de obediencia al superior.

Para la liquidación incidental en concreto se tendrá en cuenta que el resarcimiento a pagar, se insiste, equivale a la sumatoria, indexada, de las diferencias entre las mesadas pensionales de invalidez pagadas año a año desde el 30 de octubre de 2003 al señor Buelvas y hasta la fecha en que reingresó a laborar como fiscal en la entidad demandada, y el salario correspondiente al cargo de fiscal seccional vigente en las correspondientes anualidades durante ese periodo.

### 6.3. Daño a la salud.

En el escrito de demanda se solicitó reconocer a favor del actor cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la víctima directa a título de “daño fisiológico o perjuicio a la vida de relación” por concepto del trastorno depresivo mayor severo, asociado con trastorno de ansiedad-angustia mayor severo con componente agorafóbico e inducción suicida que padece a causa de la actuación de la entidad accionada, el cual –según se aduce- le impide gozar de los placeres de la vida.

Al respecto, es menester precisar que ésta categoría autónoma de daño hoy denominada daño a la salud, se estructura cuando la víctima sufre lesiones que producen pérdida o alteración anatómica o funcional de su derecho a la salud y a su integridad corporal.

Así lo decantó el Consejo de Estado en providencia unificadora de 14 de septiembre de 2011 -que constituye precedente vertical obligatorio-, en los siguientes términos:

*“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica- ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.*

*“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.*

*“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.*

*“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo y desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño-, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.*

*“... el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.*

*“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.”<sup>12</sup>*

En el caso concreto fue demostrada la afectación de la integridad física del accionante, materializada en el trastorno depresivo mayor severo que conllevó a la disminución del cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de su capacidad laboral (fls. 238-246, cdno. de anexos II) y, en tal medida, emerge claro que con motivo del hecho lesivo le fue irrogado al señor Buelvas un daño

---

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2011, Radicación número: 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031), C.P. Enrique Gil Botero.

a la salud y que, por ende, debe reconocérsele la indemnización pretendida por tal concepto.

En relación con la estimación de ésta clase de perjuicio, el Consejo de Estado ha determinado como tope máximo indemnizatorio el equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos mensuales vigentes, en los casos en que las lesiones sean de tal gravedad que generen la pérdida del cien por ciento (100%) de la capacidad laboral<sup>13</sup>, estimativo que tomará la Sala como punto de referencia para tasar la indemnización a reconocer al demandante por este concepto, ello, con base en los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud fijados por aquélla Corporación mediante sentencia de 18 de julio de 2012, que seguidamente se extracta:

*“El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.*

*De allí que sí existen criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:*

*1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del arbitrio iuris, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás*

*2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr no es lo mismo la pérdida de una mano para*

---

<sup>13</sup> Al respecto ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 17 de agosto de 2007, expediente 30 114, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; de 4 de diciembre de 2007, de 1º de octubre de 2008, expediente 27.268 y del 4 de mayo de 2011, expediente 17.396, C.P. Danilo Rojas Betancourth, de 19 de octubre de 2007, expediente 30 871, de 28 de marzo de 2012, expediente 22.163 y de 5 de julio de 2012, expediente 21.928, C.P. Enrique Gil Botero.

*alguien que tiene como "hobbie" ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el arbitrio iuris, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.*

*Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima "a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio", y una perspectiva dinámica o subjetiva – que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima."<sup>14</sup>*

En ese orden de ideas, para la tasación del resarcimiento por daño a la salud debe tenerse en cuenta el espectro objetivo, determinado por la magnitud de la lesión y el grado de incapacidad que le produjo, y el componente subjetivo, referente a las circunstancias subjetivas particulares que –en ciertos eventos– hacen más gravosa la afectación de la integridad psicofísica de la víctima.

Bajo estos supuestos, con sustento en el criterio objetivo y mediante una regla de tres simple, se reconocerá a favor de Eduardo Buelvas Torres, a título de daño a la salud, un monto indemnizatorio equivalente a doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta la gravedad de la enfermedad y el porcentaje de la incapacidad laboral que le generó, el cual –se reitera– fue de cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%).

Es de resaltar, que en el *sub examine* no se tendrá en cuenta el componente subjetivo o dinámico del daño a la salud, por no existir circunstancias que hagan más gravosa la afectación de la integridad psicofísica de la víctima pues,

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de marzo de 2012, expediente 22 163. C.P. Enrique Gil Botero.

por el contrario, tal y como quedó dicho al analizar el ítem del lucro cesante, el libelista superó la incapacidad laboral derivada de la enfermedad profesional que padeció, al punto que actualmente se desempeña como Fiscal Doce Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla, Sala de Justicia y Paz.

#### **6.4. Daño Emergente**

A título de daño emergente, el demandante solicitó el reconocimiento y pago de ciento tres millones quinientos veinte mil pesos (\$103.520.000,00), por concepto de los préstamos y avances crediticios que efectuó en forma directa y a través de su cónyuge para solventar: (i) los honorarios del abogado Antonio Laitano que –según afirma- le prestó la asesoría jurídica para la interposición de las acciones de tutela que formuló para defender sus derechos constitucionales y para presentar la solicitud de revocatoria directa de los actos administrativos que ordenaron su traslado, y del profesional del derecho que formuló la presente acción resarcitoria; (ii) los gastos médicos excluidos del POS y no prestados por su EPS, derivados de la patología psiquiátrica que padece, incluidos los servicios de medicina estética para adelgazar debido a la obesidad mórbida supuestamente ocasionada por los hechos materia de esta litis y, (iii) los gastos domésticos de su hogar que no pudo costear debido a la reducción de sus ingresos a raíz de su incapacidad médico-laboral.

Sea lo primero precisar que, como quedó dicho, en el marco del asunto de la referencia sólo se analizará la prosperidad de las súplicas referentes a los perjuicios causados con posterioridad a la estructuración de la enfermedad profesional del actor, es decir, después del 27 de diciembre de 2002, por lo que de plano se desecha la súplica correspondientes a la compensación por presuntos gastos en que haya incurrido el señor Buelvas con anterioridad a esa fecha, incluidos los que supuestamente se ocasionaron con motivo de la solicitud de revocatoria de la decisión de traslado (presentada el 4 de abril de

2003 y decidida negativamente el 26 de junio de esa anualidad; fl. 185, cdno. I de anexos) y de la primera tutela incoada por el libelista (fallada a su favor el 22 de agosto de 2002; fls. 265-279, cdno. II de anexos).

Hecha la anterior claridad, cumple señalar que en el expediente no reposa prueba que acredite que el abogado Antonio Laitano actuó en representación del libelista en el marco de las acciones constitucionales ejercidas después del 27 de diciembre de 2002 en pro de sus garantías fundamentales o que haya prestado su asesoría para el efecto, pues en todas y cada una de la acciones tuitivas presentadas por Eduardo Manuel Buelvas, quien como es bien sabido es abogado, manifestó actuar en nombre propio, por lo que mal podría reconocerse suma alguna por servicios profesionales al doctor Laitano con ocasión de la formulación de dichos mecanismos de amparo. En cuanto a los honorarios que según se afirma fueron cancelados por la formulación de la demanda que dio origen al proceso bajo estudio, baste señalar que los mismos constituyen las agencias en derecho, expensa procesal que sólo será reconocida en el evento de que se condene en costas a la entidad demandada.

Así mismo, será denegada la pretendida indemnización de los gastos por servicios de atención médica psiquiátrica y psicológica, por cuanto no se acreditó que su EPS se hubiere negado a suministrárselos a él -en su calidad afiliado cotizante- o a sus hijos -en su condición de beneficiarios- y que por tal razón se haya visto abocado a pagar de su bolsillo tal atención particular; a lo anterior se agrega que tampoco se demostró que el actor haya sufragado valor alguno para adquirir medicamentos no POS prescritos por sus galenos tratantes, en la medida en que no se aportaron las facturas que acreditaran su adquisición. Y, en cuanto al valor presuntamente desembolsado por tratamientos estéticos de adelgazamiento, no hay lugar a su compensación pues no se verificó el nexo causal entre el referido aumento de peso del señor Buelvas y acción u omisión alguna de la fiscalía, al punto que en el dictamen

de la Junta Regional de Invalidez de Bolívar que analizó el caso del accionante, no se hizo referencia alguna a que su padecimiento psiquiátrico de origen profesional guardara relación con un desorden alimenticio u hormonal que le produjera problemas de obesidad.

A idéntica conclusión se arriba en lo que respecta a los gastos de sostenimiento de su hogar, para cuya satisfacción aduce el actor que habría tenido que acudir a empréstitos en razón a la reducción de sus entradas por su incapacidad medico laboral, pues los gastos domésticos que se vio imposibilitado para pagar por la mengua de sus ingresos a raíz del hecho dañoso, se entienden resarcidos con la indemnización del lucro cesante reconocida a su favor.

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 Código Contencioso Administrativa.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión 001, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

### **FALLA**

**REVOCAR** la sentencia de 25 de noviembre de 2011 proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión del Circuito de Cartagena, mediante la cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada, y en su lugar se dispone:

**PRIMERO:** Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Fiscalía General de la Nación de los perjuicios derivados de la disminución del cincuenta y nueve punto ocho por ciento (59.8%) de la



capacidad laboral del señor Eduardo Manuel Buelvas Torres, a raíz del cuadro depresivo mayor severo de origen profesional estructurada el 27 de diciembre de 2002, por las razones expuestas en la parte motiva.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de la declaración anterior, condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a indemnizar los perjuicios causados por concepto de daño moral a los siguientes demandantes, así:

- a.) A Eduardo Manuel Buelvas Torres, en condición de víctima directa, el equivalente a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo.
  
- b.) A Cristian Camilo y Nataly Buelvas Torralvo, en calidad de hijos de Eduardo Manuel Buelvas Torres, el equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de ejecutoria del presente fallo para cada uno.

**TERCERO:** Condenar a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar por concepto de daño a la salud a favor de Eduardo Manuel Buelvas Torres, el equivalente a doscientos cuarenta (240) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

**CUARTO:** Condenar en abstracto a la Nación – Fiscalía General de la Nación a pagar al señor Eduardo Manuel Buelvas Torres, a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma que resulte liquidada como consecuencia del respectivo incidente, con fundamento en las pautas indicadas en la parte considerativa de este proveído.

**QUINTO:** Negar las demás súplicas de la demanda.

**SEXO:** La sentencia se cumplirá dentro de los términos previstos en los artículos 176 a 177 del Código Contencioso Administrativo.

**SÉPTIMO:** Abstenerse de condenar en costas.

**OCTAVO:** En firme esta providencia, envíese el expediente al juzgado de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

*Constancia. el proyecto de esta providencia fue estudiado y decidido en sesión de la fecha.*

Los Magistrados,

  
JORGE ELIECER BANDOÑO GALLO

  
MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso radicado bajo el número 13-001-33-31-004-2005-01087-01)



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1258  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION POPULAR</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>LIGIA DEL CARMEN RAMIREZ CASTAÑO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>: JESUS CANO ARRIETA</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: MUNICIPIO DE MOMPOX BOLIVAR</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-002-2009-01690-00</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>ONCE (11) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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,

VEINTICUATRO(24) 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 BOLIVAR  
DESPACHO DE DESCONGESTION No. 002**

**SALA DE DECISIÓN N° 004**

Cartagena de Indias D.T. y C., Octubre once (11) de dos mil trece (2013).

**2 6 1**

**Magistrada de Descongestión: LIGIA RAMIREZ CASTAÑO**

**Radicación: 13-001-33-31-002-2009-01690-00**  
**Clase de proceso: CONSULTA DESACATO ACCIÓN POPULAR**  
**Demandante: JESÚS CANO ARRIETA**  
**Demandado: MUNICIPIO DE MOMPOX**

**ASUNTO**

La Sala de Decisión 004 de esta Corporación, con base en las facultades que le vienen dadas por los Acuerdos PSAA 8347 de 29 de julio de 2011, PSAA12 9201 de 1º de febrero de 2012 y PSAA12-9524 de 21 de junio de 2012 emanados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, procede a resolver, en el Grado Jurisdiccional de Consulta, el trámite incidental de Desacato promovido por el señor JESÚS CANO ARRIETA, dentro del cual el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena declaró en desacato y sancionó con multa de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes, al Alcalde del Municipio de Mompox.

**ANTECEDENTES**

El señor JESÚS CANO ARRIETA, presentó acción popular en contra el MUNICIPIO DE MOMPOX, con el fin de obtener protección de los derechos e intereses colectivos relacionados con el goce de un ambiente sano, ante la problemática de connotación ambiental que encuentra como epicentro el perímetro urbano de la mencionada municipalidad.

El Juzgado Segundo Administrativo del circuito de Cartagena, mediante sentencia de veintinueve (29) de octubre de 2008, se pronunció de fondo respecto a la acción popular impetrada, resolviendo:

*"PRIMERO: CONCÉDESE la protección a los derechos e intereses colectivos a la salubridad pública y al medio ambiente de los moradores del sector Vida Tranquila entre calles 3ª y 4ª entrada principal por el callejón San Miguel del Municipio de Mompox (Bolívar), de acuerdo en lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

*SEGUNDO: ORDÉNASE al Alcalde de dicha entidad territorial que en un término perentorio de (2) meses, contados a partir de la fecha de ejecutoria de esta providencia, inicie las gestiones administrativas y financieras que sean necesarias para lograr dar una solución rápida, definitiva y ordenada al problema de la contaminación ambiental existente en la Poza localizada en el sector Vida Tranquila entre calles 3ª y 4ª entrada principal por el callejón San Miguel del Municipio de Mompox (Bolívar), para lo cual deberán seguirse todas las recomendaciones por el Ingeniero PARMENIDES X. BRITTO MOREU, Profesional especializado por la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR en el concepto técnico N° 078 de fecha junio 8 de 2007, rendido a petición de este juzgado, con la advertencia que si no lo hiciera, estará incurso en DESACATO A FALLO JUDICIAL. Para tal efecto, tanto el Alcalde como la CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL SUR DE BOLÍVAR deberá rendir a este juzgado el informe respectivo..."*

Mediante escrito presentado el 3 de diciembre de 2009, el señor JESÚS CANO ARRIETA obrando mediante apoderado, promueve incidente de desacato, bajo el fundamento de no haberse dado cumplimiento a la sentencia proferida en primera instancia, y que se concretó a ordenes relativas a la toma de medidas necesarias para restablecer el orden ecológico y mejorar las condiciones de salubridad en el aludido sector.

El Juez de Primera Instancia decidió abrir el tramite incidental mediante providencia de 9 de diciembre de 2009, en la que ordenó requerir al Alcalde del Municipio de Mompox para efectos de obtener informe acerca de los hechos materia del incidente; igualmente ordenó comunicarle a la

Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar y a la Procuraduría Ambiental y Agraria de dicha apertura.

El apoderado del Municipio allega respuesta frente a lo solicitado, mediando memorial de 15 de febrero de 2010, manifestando que dicho ente, para efectos del cumplimiento del fallo, celebró convenios interadministrativos con la empresa de servicios públicos de acueducto y aseo SERVIMOMPOX, tendientes a la instalación de redes de alcantarillado y desagüe de aguas negras, prestando la regular prestación de servicios de aseo; sin embargo, los usuarios del sector, pese a ser ellos quienes arrojan los residuos sólidos y basuras, y no la empresa – pues nunca ha sido utilizado dicho sector como botadero - no quieren pagar dicho servicio de aseo.

Informó igualmente, que en la administración pasada se elaboró el plan de gestión integral de residuos sólidos, avalado por la Corporación Autónoma Regional del Sur de Bolívar, dando así cumplimiento al Decreto 1713 de 2002, y a la Resolución 1045 de 2003 expedida por el Ministerio de Medio Ambiente y desarrollo territorial.

Como documentos anexos al anterior escrito, allegó:

- Copia del Convenio Interadministrativo N° 004 de septiembre 10 de 2009, celebrado entre el Municipio de Santa Cruz de Mompox y la Empresa de Servicios Públicos de Mompox, SERVIMOMPOX E.S.P, leyéndose como objeto del mismo: *OPTIMIZACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL SISTEMA DE REDES DE ALCANTARILLADO CABECERA MUNICIPAL*. (F. 44 a 46).
- Fotografías desprovistas de fecha y autor, en las que se visualizan trabajos de alcantarillado (F. 47 a 49).

Con providencia calendada el día dos (2) de Julio de 2013, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de esta ciudad capital decidió el incidente de la referencia, así:

**FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** en desacato la sentencia de la acción popular proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 29 de Octubre de 2008.

**SEGUNDO: SANCIONAR** al Alcalde del municipio de Mompox con una multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales deberán ser consignado a ordenes de la Nación y consignados en la cuenta del Banco Popular No. 050-00118-9, denominada Multas Dirección General y Tesoro Nacional, o en la cuenta del Banco Agrario No. 3-0070-0030-4, denominada Multas Dirección y Tesoro Público, dentro de un término de cinco (05) días contados a partir de la ejecutoria de esta providencia.

**TERCERO: ADVERTIR** al sancionado que la imposición de la multa no lo exonera de dar cumplimiento a la sentencia proferida por este Despacho el 29 de Octubre de 2008.

**CUARTO:** consultar con el superior en el efecto devolutivo.

**QUINTO:** por secretaría **LIBRAR** los oficios respectivos.

Para arribar a la anterior decisión, el juez de primera instancia, expuso a manera de conclusión, el argumento principal que se relaciona a continuación:

*"En atención al incumplimiento del funcionario, esta es, el Alcalde Municipal de Mompox y su actuar negligente, este Juzgado teniendo en cuenta la calidad de la parte obligada, la cual debe propender por la pronta resolución de los asuntos de su competencia, de conformidad con la Constitución y la ley, lo sancionará por desacato imponiéndole una sanción de multa equivalente a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigente..."*

## CONSIDERACIONES

### Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer del presente asunto en el Grado Jurisdiccional de Consulta, por disposición del artículo 41 del Decreto Ley 472 de 1998.

### ACERCA DEL DESACATO EN LA ACCIÓN POPULAR - EJERCICIO DEL PODER DISCIPLINARIO. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.

Desde el punto de vista objetivo, el desacato se entiende como la evidencia del incumplimiento de órdenes proferidas en la culminación del trámite de la

acción popular, mediando la superación de los términos concedidos para su ejecución, sin que se proceda en tal sentido por parte del llamado a cumplir con el mandato judicial.

Desde el punto de vista subjetivo, se entiende dicha figura a partir del comportamiento negligente frente a lo ordenado, lo cual excluye la declaratoria de responsabilidad por el mero incumplimiento.

Al respecto, ha dicho el Consejo de Estado<sup>1</sup>:

*No es, entonces, suficiente para sancionar que se haya inobservado el plazo concedido para la atención de la orden impartida, sino que debe probarse la renuencia, negligencia o capricho en acatarla por parte de la persona encargada de su cumplimiento. Para el desacato el legislador tiene previsto un trámite incidental especial, porque se trata de resolver un aspecto principal de la acción popular como lo es el relacionado con el acatamiento del fallo, distinto de aquel donde de ordinario se ventilan cuestiones accesorias al proceso. En el incidente serán de recibo y se estudiarán todos los aspectos relacionados con el acatamiento o no de la orden proferida, pero de ninguna manera constituye un nuevo escenario para los reparos o controversias propias de la acción popular. (Subrayado de la Sala).*

El fundamento legal de dicha figura se encuentra en el artículo 41 de la Ley 472 de 1998, que establece, que la persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La Corte Constitucional ha señalado que el desacato es un ejercicio del poder disciplinario y por lo mismo la responsabilidad de quien incurra en aquel

---

<sup>1</sup> SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN PRIMERA Consejo pariente MARCO ANTONIO VELAZA MORENO Bogotá, D.C. veis (6) de diciembre de dos mil siete (2007) Radicación número 27001-23-31-000-2006-00494-01(A17) Actor DAVID PALACIOS BONILLA Demandado, MUNICIPIO DE OCUBOO – CHOCCO



es una responsabilidad subjetiva. Es decir, que debe haber negligencia comprobada de la persona para el incumplimiento del fallo, no pudiendo presumirse la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento.

De acuerdo con lo esbozado anteriormente, queda claro que para declarar en Desacato deben haber sido probadas dos concepciones, una de carácter objetivo, que sería el incumplimiento de cualquier orden proferida en el curso del trámite de la acción popular, y la otra de carácter subjetivo, la cual consiste en la conducta negligente, caprichosa e injustificada comprobada de la persona encargada del cumplimiento de dicha orden.

### **CASO CONCRETO**

Analizado el asunto materia de consulta advierte la Sala, que la situación fáctica que motivó la solicitud de adelantar la actuación de desacato se traduce en el incumplimiento de una decisión emitida por el Juzgado Segundo Administrativo de Cartagena, mediante la cual se resolvió proteger los derechos colectivos que se tuvieron como vulnerados: emitiéndose para los efectos, puntuales ordenes tendientes a hacer cesar la amenaza, y que son precisamente los que se estiman no acatados por el MUNICIPIO DE MOMPOX.

Revisado el proceso encuentra la Sala, que el auto que dio apertura al incidente de desacato no determinó el funcionario obligado a cumplir las órdenes proferidas en la sentencia que se estima no acatada, pues, simplemente se abrió el incidente, ordenando requerir al Alcalde del Municipio de Mompox para efectos de que rindiera el correspondiente informe, verificándose el panorama de ordenes genéricas, - sin individualización - a lo largo de toda la actuación incidental, incluso hasta llegar al momento en que se decide sancionar por desacato.

Respecto a esta situación, el Consejo de Estado<sup>2</sup> ha señalado, que son requisitos indispensables en el trámite del incidente de desacato, previo a dar inicio al mismo, individualizar con nombres y apellidos al funcionario encargado de dar cumplimiento a las órdenes judiciales y realizar las

---

<sup>2</sup>Honorable Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”, Providencia de veinte (20) de octubre de 2011. Radicado No. 05001-23-31-000-2011-01207-01. Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.

notificaciones de manera personal de las actuaciones adelantadas en el trámite, así como las actuaciones que deben surtirse dentro de éste:

*Respecto al derecho al debido proceso, ha manifestado esta Sala de Decisión que este se materializa en asuntos de desacato, entre otras situaciones, a partir de la verificación de la notificación del fallo contentivo de la orden al funcionario o a la entidad encargada de dar cumplimiento a la misma, asimismo, previamente a iniciar el trámite, la individualización del funcionario llamado dar cumplimiento a dicha orden, entendiendo que con este trámite no se persigue a un cargo en general, sino a la persona que lo ostenta, por tanto, deben especificarse nombres y apellido de aquel, a fin de que concurra al proceso; asimismo, se tiene el deber de realizar de manera personal las notificaciones adelantadas en el trámite incidental."*

(...)

- 1.) Verificar la realización de la notificación del fallo objeto de desacato.
- 2.) Identificar o individualizar previamente al funcionario público presuntamente responsable y a su superior.
- 3.) Acreditar el ejercicio efectivo del cargo a la fecha de la notificación del fallo judicial.
- 4.) Formular en concreto el cargo o acusación respectiva al funcionario que incumplió el fallo, en respeto del derecho de defensa y del debido proceso.
- 5.) Establecer la conducta objetiva en el acafamiento del fallo, es decir, verificar si se cumplió o no la orden, y
- 6.) De establecerse el incumplimiento, delimitar la presunta responsabilidad subjetiva (negligencia) del funcionario o funcionarios incumplido (s) a fin de determinar la necesidad de la sanción.

Igualmente en sentencia de la Corte Constitucional, frente a las sanciones en los incidentes de desacato, señaló:

*...Puesto que se trata de un procedimiento disciplinario, el incidente de desacato está cobijado por las garantías que el derecho sancionador prodiga al disciplinado, entre ellas la necesidad que se demuestre la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo. Por ende, para declarar el desacato de la autoridad responsable no*

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional, sentencia T-123 del veintidós (22) de febrero de dos mil diez (2010), Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva

*basta con que se compruebe la omisión, sino que esta debe ser atribuible al sancionado. Sobre el particular, la jurisprudencia ha insistido en que "... el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos.{...}*

Por todo lo anterior, bajo la plena observancia de la garantía constitucional al debido proceso de las personas sobre quienes puede recaer eventualmente una sanción, y conforme a lo señalado en la jurisprudencia arriba citada, según la cual, la sanción impuesta dentro del trámite de un incidente de desacato debe estar dirigida a una persona individualizada, vinculada desde el momento en que se le da apertura al mismo, y, verificándose en el asunto bajo estudio la falta de individualización desde el inicio de trámite incidental de la persona encargada de dar cumplimiento al fallo popular, se revocará la sanción impuesta y se anulará el trámite de desacato desarrollado, el cual deberá iniciar el Juez A-Quo con sujeción al que ha sido señalado por el H. Consejo de Estado y que comprenda los parámetros que de manera puntual han sido fijados, tal y como quedaron transcritos.

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

#### **FALLA**

**PRIMERO.-** REVOCAR la decisión contenida en el auto de dos (2) de julio de dos mil trece (2013), proferido por el Juzgado Segundo Administrativo del

Circuito de Cartagena, por medio del cual resolvió sancionar por desacato al Alcalde del Municipio de Mompox.

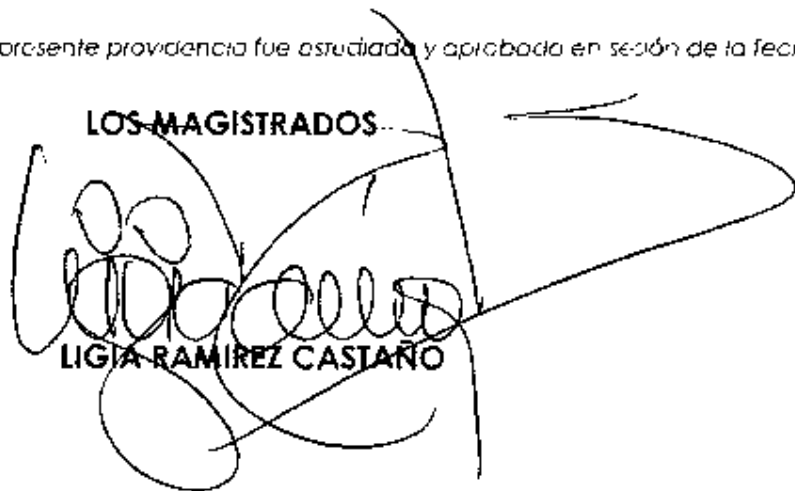
**SEGUNDO:** ANULAR el trámite de desacato desarrollado, el cual deberá iniciar nuevamente el Juez a-quo con sujeción al trámite señalado por el H. Consejo de Estado y que comprende i) Verificar la realización de la notificación del fallo objeto de desacato ii) Identificar o individualizar previamente al funcionario público presuntamente responsable y a su superior iii) Acreditar el ejercicio efectivo del cargo a la fecha de la notificación del fallo judicial, iv) Formular en concreto el cargo o acusación respectiva al funcionario que incumplió el fallo, en respeto del derecho de defensa y del debido proceso, v) Establecer la conducta objetiva en el acatamiento del fallo, es decir, verificar si se cumplió o no la orden, y vi) De establecerse el incumplimiento, delimitar la presunta responsabilidad subjetiva (negligencia) del funcionario o funcionarios incumplido (s) a fin de determinar la necesidad de la sanción.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, REMITASE el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias a que haya lugar.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha

LOS MAGISTRADOS



LIGIA RAMÍREZ CASTAÑO

JORGE ELIECER FANDIÑO GALLO

Grh. ASSENTE CON PERMISO

MARCELA LÓPEZ ÁLVAREZ



**TRIBUNAL CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR**

**EDICTO N° 1259  
(ART. 323 C. P. C.)**

<b>CLASE DE PROCESO</b>	<b>: ACCION DE REPARACION DIRECTA</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE-DRA:</b>	<b>MARCELA LOPEZ ALVAREZ</b>
<b>DEMANDANTES</b>	<b>: AIDA ISABEL BELALCAZAR Y OTROS</b>
<b>DEMANDADO</b>	<b>: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA -POLICIA NACIONAL</b>
<b>RADICADO J. XXI</b>	<b>: 13-001-33-31-009-2008-00173-01</b>
<b>FECHA DE LA PROVIDENCIA:</b>	<b>ONCE (11) DE OCTUBRE DE 2013</b>

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, VEINTIDOS (22) 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, VEINTICUATRO(24) DE OCTUBRE DE DOS MIL TRECE (2013) siendo las CINCO (5:00) de la tarde.

\_\_\_\_\_  
JUAN CARLOS GALVIZ BARRIOS  
SECRETARIO GENERAL

PROYECTO:  
JBG



524/589  
SC

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR

---

SALA DE DESCONGESTIÓN No. 002  
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Cartagena de Indias D.T. y C., once (11) de octubre de dos mil trece (2013)

**Magistrada Ponente : MARCELA DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ**

Acción : Reparación directa  
Radicación : 13001-33-31-009-2009-00173-01  
Demandante : Aida Isabel Belalcazar y otros  
Demandado : Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía  
Nacional

**Tema:** Falla en el servicio del deber de protección y vigilancia.

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

### 1. DEMANDA

#### 1.1. PRETENSIONES

Se transcriben las siguientes:

1. *“La Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional, son administrativamente y patrimonialmente responsables de los perjuicio morales y materiales ocasionados a cada uno de los demandantes, por la muerte violenta por parte de sicarios de la que fue víctima Mariano Castillo Herrera, estando éste recluso en la habitación*

*513 de la Clínica AMI de Cartagena, recibiendo atención médica y recuperándose de las heridas ocasionadas después de un atentado en su contra, cuando no obstante estar bajo la custodia y vigilancia de la Policía Nacional, ingresaron dos sicarios disfrazados de agentes de la Policía Nacional los cuales le propinaron varios impactos de proyectil en su cuerpo, que le ocasionó de inmediato la muerte, hecho ocurrido el día 3 de octubre de 2006.”*

2. *“Como consecuencia y en virtud de la anterior declaración condénese a la Nación- Ministerio de Defensa – Policía Nacional a pagar a los actores o a quienes representen legalmente sus derechos los perjuicios morales y materiales en su orden, las siguientes cantidades. (...)”.*
3. *“Pretenden además los demandantes que la Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional le pague a Ayda Isabel Belalcazar de Castillo, esposa de la víctima directa Mariano Castillo Herrera por conceptos de estos perjuicios en la modalidad de Daño Emergente, la suma de \$2’517.000.00 pesos, que fueron necesarios para atender los gastos de los servicios que prestó la Clínica durante la hospitalización, medicamentos suministrados por la misma y posteriormente los servicios funerarios y de exequias prestados por la Funeraria Los Olivos, por la suma de \$2.157.000.00 pesos, según factura adjunta; y valor de una lapida de 40 x 60 cm. Por \$360.000.00 pesos, para ser colocado en la tumba donde fue sepultado Mariano Castillo Herrera. (...)”.*
4. *“Que la liquidación de los perjuicios se haga con observancia de la indexación o corrección monetaria, conforme a lo dispuesto en los Art. 177 y 178 del C. C. Adm. y 16 de la ley 446 de 1998. Dicha liquidación se actualizara sin solución de continuidad desde la fecha en se produjo el daño hasta el momento del pago de la reparación del mismo.”*
5. *“La Nación-Ministerio de Defensa- Policía Nacional, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la sentencia dictará dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagará los intereses moratorios que se causen según lo consagrado en los Arts. 176, 177 y 178 del C.C. Adm., y del Art. 16 de la ley 446 de 1998. Dicha liquidación se actualizará sin solución de continuidad desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento del pago total de la reparación del mismo.”*

6. *“Que se me reconozca el carácter de apoderado especial de la parte actora, en los términos y para los efectos consignados en los respectivos poderes.”*

*“Condenar en costas y gastos a la parte demandada en caso de oposición.”*

## 1.2. HECHOS

Se narra en la demanda, que el señor Mariano Castillo Herrera, natural de Buenaventura, Valle, de profesión comerciante, murió el día 3 de octubre de 2006 como consecuencia de un atentado por parte de sicarios, mientras estaba hospitalizado en una habitación de la Clínica AMI de Cartagena, a donde fue llevado y dejado bajo custodia por parte de la Policía para que se recuperara de las heridas producidas con arma de fuego que sufrió el día 28 de septiembre de 2006 en un restaurante de esta ciudad.

Que al momento de auxiliar al señor Mariano Castillo Herrera sobre lo acontecido, la Policía Nacional descubrió que era solicitado mediante orden de captura por una Fiscalía Seccional Especializada de Cali, y por esa razón fue capturado y llevado de urgencia a la Clínica AMI, para que fuera atendido por las lesiones sufridas en el atentado, quedando hospitalizado para su recuperación y además sometido a vigilancia y custodia por parte de la Policía Nacional. Para tal medida de aseguramiento se dispuso de un agente patrullero para que vigilara en forma permanente al paciente hasta tanto se recuperara, y fuera puesto a disposición de las autoridades competentes por los hechos que se investigaban en la Fiscalía de Cali que había librado en su contra orden de captura.

Cuenta el libelo, que el día 2 de octubre de 2006, a las 11:25 p.m., ingresaron al interior del centro médico donde se encontraba hospitalizado el señor Mariano Castillo Herrera, dos sicarios disfrazados de Policía, quienes llegaron hasta la habitación donde se encontraba haciéndole creer al agente que vigilaba y custodiaba que venían a relevarlo; por lo que proceden a pedirle el arma de dotación al oficial, y mientras éste la entregaba a uno de los falsos agentes el otro entra a la habitación y le propina varios disparos al señor Castillo Herrera que acabaron con su vida.

Se alega que los hechos que rodearon la muerte del señor Mariano Castillo Herrera, configuran una verdadera falla del servicio por omisión en la prestación del servicio de seguridad y protección; ya que por orden del Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena el finado se encontraba sometido a vigilancia de dicha institución, ya que las



medidas de seguridad tomadas por parte de quien lo mantenía en custodia fueron mínimas e insuficientes.

Señala la parte actora que el finado tenía constituida con su esposa una sociedad denominada Castillo Belalcazar o simplemente CASBEL LTDA, con domicilio en esta ciudad, inscrita en la Cámara de Comercio, con NIT N°. 890.406.862-5, y cuyo objeto social era especialmente el Comercio Exterior, representada por él en su condición de gerente.

Que Mariano Castillo Herrera residía en la ciudad de Cartagena con su esposa Ayda Isabel Belalcazar de Castillo, con quien estaba casado y de cuya unión nacieron William Mariano y Camilo Alberto Castillo Belalcazar. Que igualmente vivían con Yadira Castillo Quintero, sobrina del finado, a quien acogieron como su hija criada y sobrina, de la familia Castillo Belalcazar y a quienes presentaban ante los amigos y demás como tal y con quien el finado al igual que con sus hijos, hermanos y nietos mantuvo estrechas relaciones de amor paternal, solidaridad, cariño y aprecio, razones por las cuales estos también han sufrido mucho.

Que al finado Castillo Herrera, igualmente le sobreviven sus hermanos Edith María Castillo Herrera, Alcira del Carmen Castillo Herrera, Yadira Mercedes Castillo Herrera, Faustina de Jesús Castillo Herrera y sus nietos Gabriel Castillo Villalba, Camilo Andrés Castillo Montero, María Camila Castillo Bello y Juan Camilo Castillo Bello; quienes se encuentran afligidos igualmente con la muerte del señor Castillo Herrera.

## **2. LA DEFENSA**

La entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

Señaló que por el hecho de existir una orden de captura contra el señor Mariano Castilla Herrera, y que para evitar una eventual fuga le fuera nombrado un servicio de vigilancia que garantizara su comparecencia ante la autoridad judicial que lo requería, no genera responsabilidad de tipo objetiva para la entidad demandada, como se pretende imputar en la demanda.

Alega que no existe omisión por parte de la demandada, pues ésta cumplió con su deber de proporcionarle al señor finado Mariano Castillo Herrera, un servicio de

seguridad en la clínica en la que se encontraba internado, y que los homicidas se hicieron pasar por falsos policías para engañar al policial que allí se encontraba, para facilitar su desarme y así evitar el enfrentamiento que se hubiera presentado por parte del uniformado que estaba de guardia ese día.

También adujo que el patrullero que custodiaba al señor Mariano Castillo Herrera, se encontraba en imposibilidad material de salvaguardar la integridad personal del mismo, por cuanto mientras uno de los sicarios lo desarmaba bajo amenazas de muerte, el otro ingresó a la habitación donde se encontraba el detenido para ultimarle.

Cita la sentencia de fecha 30 de abril de 2007 del Tribunal Superior Militar, que concluye que no hubo negligencia de la Fuerza Pública en la ocurrencia de los hechos motivo de la presente demanda.

Alega que en el presente caso, se encuentra acreditada una causal de exoneración, que es la de hecho de un tercero, por cuanto fueron sujetos totalmente ajenos a la Institución, haciéndose pasar por miembros de la Fuerza Pública, quienes ultimaron al señor Mariano Castillo.

Finalmente, formula las excepciones de falta de legitimidad en la causa por activa de Edith María, Alcira Del Carmen, Yadira Mercedes Castilla Herrera, Faustina Castillo Herrera, quienes se reputan hermanos del occiso; Gabriel Mariano Castillo Belalcázar, Camilo A. Castilla Montero, María Camila y Juan Camilo Castillo Bello, quienes aducen ser nietos de la víctima y Yadira Castillo Quintero, quien se presenta como sobrina e hija de crianza del finado.

### **3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia de fecha 23 de febrero de 2012<sup>1</sup>, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena negó las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Consideró el Juez de primera instancia, que el régimen de responsabilidad objetivo que ha venido aplicando la jurisprudencia para establecer la responsabilidad del Estado por muerte o lesiones sufridas por reclusos no es aplicable a quien es asesinado por terceros estando internado en un centro hospitalario, bajo custodia policial. En tales

---

<sup>1</sup>Ver folio 450-475

eventos el régimen de responsabilidad aplicable es el de falla en el servicio de protección y vigilancia.

De igual forma consideró, que cuando una persona a pesar de la custodia policial es asesinada por terceros, quienes se valen de medios que sobrepasan razonablemente los del Estado, no puede responder éste atendiendo a la teoría de la relatividad de la falla del servicio.

En cuanto a los elementos estructurales de la falla del servicio, adujo que el daño deriva de la muerte del señor Mariano Castillo Herrera, y que tal hecho no genera duda como daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

Que en relación a la imputación que se le endilga a la entidad demandada, alegó que si bien el occiso se encontraba bajo la custodia del organismo policial a la espera de la recuperación de su salud, para luego ser trasladado al lugar que dispusiera la fiscalía; tal custodia no constituye por sí sola un elemento determinante para la atribución de la responsabilidad del Estado bajo el régimen de responsabilidad de los reclusos como el finado Mariano Castillo Herrera, sino que debe mirarse desde el punto de vista de la falla relativa del servicio de protección y vigilancia.

Adujo, que no existía prueba en el expediente que demuestre que a la demandada se le hubiese informado de la gravedad de los problemas en los cuales estaba envuelto el señor Mariano Castillo Herrera y el interés de algunos en matarlo, especialmente porque no fue informada por la persona que podía hacerlo oportunamente con el fin de obtener una protección distinta de la utilizada ordinariamente para las personas que son víctimas de intentos de homicidio.

Concluyó finalmente el a quo, que la parte actora sólo demostró la existencia del daño antijurídico, pero no acreditó su imputabilidad a la entidad demandada, que dentro de sus posibilidades adoptó las medidas requeridas para proteger al Señor Mariano Castillo Herrera. Señalando que lo que aparece demostrado es el hecho exclusivo y determinante de un tercero, que rompe la relación de causalidad entre el daño sufrido y la actuación de la demandada.

#### **4. EL RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandante, interpuso recurso de apelación<sup>2</sup> contra la sentencia de primera instancia, sustentando el mismo en los siguientes términos:

La parte actora solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, y consideró que la misma estaba desacertada tanto en la aplicación del derecho y de la jurisprudencia, por la apreciación de los hechos y de las pruebas que se arrimaron al expediente.

A su juicio, sí se encuentra acreditada la responsabilidad administrativa imputada a la entidad demandada, con ocasión de la muerte del señor Mariano Castillo Herrera como consecuencia de un atentado realizado por parte de sicarios que le cegaron la vid, cuando se encontraba hospitalizado en la habitación 513 de la Clínica AMI de la ciudad de Cartagena, y mientras permanecía bajo la custodia y protección de la Policía Nacional, en hechos ocurridos el día 3 de octubre de 2006.

Adujo que conforme al material probatorio que reposa en el expediente, no está configurada la teoría de la relatividad en la falla del servicio de protección. Por otro lado, señala que el fallo de primera instancia impone una tesis nueva, al diferenciar el régimen de responsabilidad aplicable a las personas reclusas en un centro penitenciario de las que estando en igualdad de condición no se encuentran en custodia del INPEC, sino la custodia temporal de la Policía Nacional, pues para los primeros opera un régimen de responsabilidad objetiva, mientras que para los segundos opera solo una falla del servicio de protección que debe probarse para que se configure.

Señala que la jurisprudencia aplicable al caso, no hace ninguna distinción, ya que únicamente se refiere a la custodia estatal en la retención de personas; bajo el entendido de que el Estado asume el deber de protección y seguridad de quienes padezcan la pérdida de su libertad.

Que en el presente caso, la imputación puede hacerse bajo el marco de la responsabilidad objetiva, por encontrarse configurada y probada una verdadera falla en el servicio de protección y vigilancia; y no es posible aplicar el régimen de la relatividad de la falla, como lo indicó el juez de primera instancia, debido a la imposibilidad de exigirle al Estado de manera absoluta, prevenir cualquier tipo de daño o resultado antijurídico; ya que el finado Mariano Castillo Herrera, fue capturado por la Policía Nacional en virtud de una medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta por la Fiscalía Especializada No. 14 de Cali, en momentos posteriores al atentado que

---

<sup>2</sup> Folio 477 - 490

éste recibiera por parte de sicarios.

Señala que la entidad demandada actuó con ligereza, ya que no cumplió con diligencia y cuidado sus funciones para prevenir de manera efectiva la ocurrencia de hechos como los que atentaron contra la vida del señor Castillo Herrera, hasta el punto que capturado y custodiado por la Policía Nacional, fue ultimado en la habitación de un centro hospitalario de la ciudad en el que se encontraba luego del atentado que éste sufrió; lo cual obligaba a que debía redoblarse su seguridad.

Consideró el recurrente, que la Policía Nacional con la captura que hizo del señor Castillo Herrera, y con el conocimiento que tenía del atentado del que éste último resultó víctima, asumió la posición de garante frente a la integridad del ciudadano.

Por lo anterior, reprochó los argumentos del a-quo cuando señaló que resultaba desproporcionado imponerle una condena a la Policía Nacional, siendo que se probó que utilizó los medios dispuestos a su alcance para cumplir con su obligación de vigilancia y custodia del capturado; y aduce el recurrente que aceptar esa postura sería aceptar que la custodia del Estado en la retención de personas, es un deber de autoridad pública, pero que no comporta ningún tipo de obligaciones y que en cualquier caso, la autoridad puede excusarse de su posición de garante, argumentando que no estaba obligado a lo imposible.

## **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

**5.1. Parte Demandante:** No alegó

**5.2. Parte Demandada:** (F. 499-503)

La parte demandada se ratificó en todo lo expuesto en la contestación de la demanda y respaldó el fallo de primera instancia cuando adujo la exoneración de la demandada por el hecho de un tercero, y reiteró que se brindaron todas las condiciones para la custodia y seguridad del finado, con todos los medios dispuestos para cumplir esa obligación.

**5.3. Ministerio Público:** (F. 503-517)

Consideró que la sentencia de primera instancia debía ser confirmada, pues adujo que

se configuró una causal de eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, ya que el hecho dañino fue producido por unos individuos particulares que actuaron con tal grado de perfección, que fue imposible resistirse.

Señaló que conforme con las pruebas recaudadas, se pudo verificar que la entidad demandada brindó la adecuada protección al señor Mariano Castilla Herrera, y que más allá de los esfuerzos, el atentado fue perpetrado en contra del paciente sobrepasando el esquema de seguridad de la clínica, posteriormente neutralizando al guarda de la Policía Nacional.

## II. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto de 17 de agosto de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (folio 497).

El 29 de octubre de 2012, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 498).

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1. Competencia

Es competente esta Corporación, para resolver de fondo la apelación interpuesta contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Noveno 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 acción de la referencia fue impetrada en tiempo, esto es en fecha 2 de octubre de 2008<sup>3</sup>; fecha que se encontraba dentro del término de caducidad de dos (2) años contados desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho dañino que fue la muerte del señor Mariano Castillo Herrera que tuvo lugar el día 3 de octubre de 2006; de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.

### 3. Planteamiento del caso

Le corresponde a esta Sala de Decisión desatar el recurso de alzada presentado por la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda.

El *A quo* a bien tuvo denegar las pretensiones formuladas por la parte accionante aduciendo las siguientes motivaciones:

(i) En primer lugar, el juez de conocimiento determinó que el Régimen de Responsabilidad aplicable al caso concreto no es de naturaleza objetiva, por cuanto el occiso no había adquirido la calidad de recluso, por ello concluyó que el título de imputación aplicable era el de la Falla Relativa del Servicio de Protección y Vigilancia.

(ii) A juicio del fallador de primera instancia, el Estado colombiano cumplió con su deber de *brindar y poner a disposición* de la víctima *los elementos de seguridad que se encontraban a su disposición para el cuidado de dicho sujeto con la finalidad de que no eludiera la acción de la justicia, mientras se encontraba internado dentro del centro de salud en espera de su recuperación*. Esta circunstancia condujo al Despacho noveno a colegir que el Estado, representado en este caso por la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL-, cumplió cabalmente con los deberes de custodia y cuidado asignados por el artículo 218 de la Constitución Política de 1991.

(iii) Se logró probar en el juicio de responsabilidad –aduce el juzgado– que la entidad demandada utilizó un esquema de seguridad que resultaba razonable para garantizar la protección y custodia del interno, habida cuenta de que además de la protección policial, la clínica donde se encontraba recluida la víctima contaba con un fuerte dispositivo de seguridad integrado por tres vigilantes privados.

---

<sup>3</sup> Ver folio 38 Presentación realizada ante la Personería Distrital de Cartagena

(iv) El simple hecho de que el señor Castillo Herrera hubiese sido víctima de un atentado a manos de sicarios no era razón suficiente para presumir o prever que los determinadores del acto violento iban a regresar en un lapso tan corto a ultimar a la víctima, y menos irrumpiendo intempestivamente en el centro hospitalario.

(v) Los métodos utilizados por los asesinos, resultaron siendo más sofisticados y eficaces que el actuar estatal, de tal suerte que la incursión armada resultó siendo una situación irresistible e imprevisible para la POLICÍA NACIONAL.

(vi) La forma como ocurrió el homicidio del señor Castillo Herrera, conducen a pensar, indefectiblemente, que se configuró en favor del demandado una causal eximente de responsabilidad, en la medida de que el daño se produjo por el proceder de unos terceros ajenos a la administración pública, máxime que cuando para la agencia policial era imprevisible que los armados asumieran falsamente el rol de agentes del orden para poder acceder a la habitación donde se encontraba el hoy occiso.

(vii) Según la sentencia que se revisa, el nivel de sofisticación y precisión del operativo que terminó con la muerte de la víctima obedece a los antecedentes sociales del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, al que se le acusaba de ser el líder de una banda de narcotraficantes, al punto de que éste había sido cobijado con una medida de aseguramiento originada por la incautación de más de seis (6) toneladas de cocaína de alta pureza.

(viii) En el debate no se logró probar que la POLICÍA NACIONAL tuviera conocimiento del prontuario de la víctima, razón por la cual esta institución no estaba en la obligación de medir o prever los alcances de los victimarios del señor MARIANO CASTILLO HERRERA.

(ix) Todo lo anterior llevó al Despacho del *A quo* a determinar que la muerte del señor Castillo Herrera obedeció, exclusivamente, al hecho de un tercero, lo que deja sin fundamento pretender endilgarle responsabilidad administrativa a la entidad demandada al faltar el elemento imputabilidad.

Frente a este grupo de argumentos, y en específico frente al fallo adverso, la parte demandante esbozó los siguientes motivos de inconformidad:



(i) Los recurrentes estiman que el Juez de primer grado hizo una equivocada aplicación de la jurisprudencia referente al tema del título de imputación aplicable a los casos de muerte de personas privadas de la libertad, por cuanto concluyó que en estos casos – en los que se aplica el régimen objetivo de responsabilidad- es necesario que el privado de la libertad haya adquirido la calidad de recluso, cuestión que sucede cuando el sujeto es cobijado con medida de aseguramiento.

Para los demandantes el factor determinante en estos casos no es la condición o estado de reclusión, sino la privación de la libertad de la persona.

Por lo anterior, la parte actora considera que yerra el *A quo* en concluir que el título aplicable en el caso concreto es el de la Falla Relativa del servicio de protección y vigilancia.

(ii) Estima la parte demandante, que el Estado actuó con *ligereza* ya que la protección brindada a la víctima carecía de rigor y diligencia, falencias que fueron determinantes para la configuración del daño, más aun cuando la POLICÍA NACIONAL tenía conocimiento de dos precedentes que exigían, para el caso de la víctima, especial cuidado, tal como lo eran el atentado del que había sido objeto y la medida de aseguramiento que pesaba en su contra por los delitos de narcotráfico y concierto para delinquir.

(iii) Alegan que las medidas de seguridad adoptadas por la demandada se tornaron insuficientes para defender la vida del señor Mariano Castilla, prueba de ello es que los sicarios pudieron despojar de su arma al policial que custodiaba al occiso sin mayores problemas, después de haber burlado la seguridad del centro hospitalario.

#### **4. Problema Jurídico**

Pues bien; para entrar a resolver la apelación interpuesta por la parte actora, atendiendo los argumentos expuestos en su recurso, de cara a la sentencia que se revisa, es necesario que la Sala revise el título de imputación aplicable al caso concreto, y detalladamente la concurrencia –o ausencia- de los elementos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado dentro del caso concreto, a efectos de verificar si el daño antijurídico ocasionado por la muerte del señor MARIANO CASTILLO HERRERA puede ser imputable al Estado colombiano, representado en el particular por la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL-.

## 5. Marco Jurídico

*Sobre el Régimen de Responsabilidad Aplicable al caso concreto.*

El Honorable Consejo de Estado en numerosos pronunciamientos ha establecido que en los casos de muerte o lesiones de personas privadas de la libertad, el Régimen de Responsabilidad aplicable es el objetivo, correspondiéndole al demandante probar la existencia del daño y la imputabilidad a la autoridad pública, sin que sea necesario evaluar circunstancias atinentes a las actuaciones de dicha autoridad.

Respecto de este tema, la jurisprudencia ha dicho:

*A propósito de los daños antijurídicos provenientes de las lesiones o la muerte sufridas por las personas que se encuentran en tales condiciones, es decir legalmente privadas de la libertad, la jurisprudencia de la Sala ha considerado que surge a cargo del Estado una responsabilidad de naturaleza objetiva, en la medida en que recae sobre él una obligación de vigilancia y protección sobre tales personas y tiene a su cargo velar por la vida e integridad física de las mismas. 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 físicas o deceso de una persona detenida o privada de su libertad-, es necesario evidenciarla en la sentencia que profiera esta Jurisdicción, pero tan sólo para efectos de que la Administración tome nota de sus falencias e implemente 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<sup>4</sup>.*

En ese orden de ideas, es importante precisar que el carácter objetivo de la responsabilidad en estos casos no deviene de la calidad o condición de recluso que ostente el privado de la libertad, sino que ésta se predica por la restricción en sí misma de los derechos del detenido, razón por la cual el Estado, representado por el Agente que materialice la captura y/o que retenga al administrado, adquiere una posición de garante frente al retenido siempre que esta restricción a la libertad se haga legítimamente, es decir, que la detención provenga por mandato de la constitución y la ley (la captura en flagrancia) o por disposición de la autoridad judicial competente (la captura por orden escrita).

Es así pues, que la privación de la libertad no se debe entender únicamente como la reclusión, teniendo en cuenta que la restricción de ese preciado derecho empieza desde el momento de la captura inclusive, momento en que el Estado asume un deber de custodia y cuidado con respecto a la persona que ha sido privada de la libertad.

Ahora bien, analizados los argumentos planteados en la demanda, y al margen de que la víctima haya estado detenida al momento en que los sicarios acabaron con su vida, es innegable que la imputación que aquí se estudia proviene de la insuficiente protección al señor MARIANO CASTILLO HERRERA, en la medida de que éste, en lo que respecta a su bienes jurídicos, se encontraba frente a un riesgo previsible, como resultado de las lesiones que había recibido por el atentado de que fue objeto días antes, razón por la cual el asunto se analizará desde la óptica de la Falla del Servicio Probada.

### **Sobre el Daño Antijurídico alegado por la parte demandante.**

Los demandantes manifiestan que han sufrido afrentas en sus bienes con ocasión de la muerte del señor MARIANO CASTILLO HERRERA a manos de un grupo de sicarios que irrumpieron en la clínica en que este se encontraba internado, mientras estaba en custodia de la POLICÍA NACIONAL.

---

<sup>4</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia del 26 de mayo de 2013 Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez Expediente No 18380

En el caso concreto, se pudo constatar que el señor MARIANO CASTILLO HERRERA fue muerto a tiros por sicarios que ingresaron engañosamente al centro hospitalario donde se encontraba internado, tal como se puede observar en el Protocolo de Necropsia obrante en los folios 336 a 341 del cuaderno principal, pruebas que no fueron descalificadas por las partes, ni por la sentencia objeto de alzada. De igual forma se pudo constatar que el deceso del señor Castillo Herrera fue debidamente registrado, tal como se puede apreciar en la copia auténtica del Registro Civil de Defunción obrante a folio 35 del cuaderno principal.

Lo dicho, pone de presente que se encuentra plenamente demostrado el daño antijurídico alegado por los demandantes.

### **Sobre la imputabilidad en el asunto de autos.**

La jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha establecido que el elemento imputabilidad de la Responsabilidad se divide en la imputación jurídica y en la imputación fáctica, así:

*En consecuencia, la imputación es estrictamente jurídica por cuanto constituye un ejercicio desarrollado para identificar el comportamiento relevante en la producción de una lesión antijurídica (imputatio facti), así como el fundamento jurídico o la norma aplicable al asunto concreto, en aras de definir si existe o no la obligación de reparar integralmente el daño (imputatio iure), en otras palabras, la conjunción del daño y la imputación genera la responsabilidad y, por lo tanto, la imposición de indemnizarlo. En esa línea de pensamiento, la imputación fáctica es un prius de la imputación jurídica, ya que aquélla se refiere a la identificación del vínculo material que existe entre el daño y el comportamiento de la administración pública, mientras que ésta está orientada a la existencia o no de una norma o fundamento jurídico que structure el deber de reparar el daño, es decir, la atribución jurídica del deber de resarcimiento<sup>5</sup>.*

Los demandantes son categóricos en afirmar, que la muerte de la víctima directa se produjo por la falta de protección por parte de la POLICÍA NACIONAL.

---

<sup>5</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Sentencia del 7 de noviembre de 2012 Magistrado Ponente Enrique Gil Botero Expediente No 37046

El *A quo* desechó los argumentos de la parte accionante, aduciendo que la entidad demandada hizo lo que tenía a su alcance para proteger la vida del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, sin embargo tales esfuerzos no fueron suficientes, por cuanto un grupo de sicarios, utilizando mecanismos sofisticados, lograron acabar con la vida del mencionado sujeto.

Para verificar si el daño sufrido por los demandantes le es imputable o no a la POLICÍA NACIONAL, es de suma importancia aclarar los siguientes aspectos: (i) ¿Existían, con respecto al señor MARIANO CASTILLO HERRERA, obligaciones especiales a cargo de la POLICÍA NACIONAL, en aras de proteger su vida e integridad física? (ii) ¿En el evento en que hubiesen existido tales obligaciones, éstas fueron incumplidas o cumplidas incompleta o tardíamente por parte de la POLICÍA NACIONAL?

Por último, si se llegare a constatar que en efecto, la POLICÍA NACIONAL incumplió sus obligaciones, la Sala deberá analizar que tal incumplimiento tuvo la entidad jurídica suficiente para contribuir a la elevación del riesgo jurídicamente desaprobado, y por ende a la producción del daño antijurídico sufrido por la parte demandante.

La Constitución Política de 1991 establece, para las autoridades públicas en general, una serie de obligaciones en favor de los administrados en los siguientes términos:

*Artículo 2º. Los fines del Estado. Son fines del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y **garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución**; facilitar la participación de todos en las decisiones que afectan en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

**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**, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Como marco general, la Constitución, en su artículo 2º, impone a las autoridades la obligación, entre otras, de garantizar la efectividad de los derechos de las personas y el de proteger su vida, honra, bienes, libertades y creencias.

Particularmente, el artículo 218 de la Norma Superior impone a la POLICÍA NACIONAL los siguientes deberes:

*Artículo 218. La Policía Nacional. La Ley organizará el cuerpo de policía.*

*La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz.*

*La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario.*

Por su parte, el artículo 1º de la Ley 62 de 1993, mediante la cual se expiden normas sobre la POLICÍA NACIONAL, establece, como finalidad de dicha entidad, lo siguiente:

*Artículo 1º. Finalidad. La Policía Nacional, como parte integrante de las autoridades de la República y como cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, está instituida para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Así mismo, para el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz.*

*La actividad de la Policía está destinada a proteger los derechos fundamentales tal como está contenido en la Constitución Política y en pactos, tratados y convenciones internacionales de Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Colombia. La actividad policial está regida por la Constitución Política, la ley y los derechos humanos.*

Un análisis del sistema normativo acabado de citar, no deja duda del deber que le asiste a la POLICIA NACIONAL, de proteger a las personas que se encuentren en el territorio colombiano en su vida, honra, bienes, creencias y demás libertades, siendo tan crucial esta obligación, que en el evento de que el Estado, representado por la institución policial, llegare a incumplirla, se verá comprometida su responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, el deber consagrado al Estado, representado por las Fuerzas Armadas, y en el sub judice por la POLICÍA NACIONAL, no se debe entender como un deber absoluto, puesto que las circunstancias del servicio no permiten que el Estado garantice a todos y cada uno de los habitantes del territorio la seguridad y protección de que tratan la Constitución y la Ley, de tal suerte que corresponde revisar en cada caso concreto si se cumple o no con dicha carga obligacional.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho:

*De acuerdo con los artículos 2 y 218 de la Constitución Política, la razón de ser de las autoridades públicas y en particular la de la Policía Nacional, es la de defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir el cumplimiento de esas funciones genera responsabilidad institucional, que de ser continua pone en tela de juicio su legitimación. La Sala ha considerado que el Estado debe responder patrimonialmente a título de falla del servicio por omisión en el deber de prestar seguridad a las personas, cuando: a) Se deja a la población a merced de los grupos de delincuencia, sin brindarles ninguna protección, en especial cuando se tiene conocimiento de que los derechos de esa población vienen siendo desconocidos por grupos organizados al margen de la ley; b) se solicita protección especial, con justificación en las especiales condiciones de riesgo en que se encuentra la persona; c) no se solicita expresamente dicha protección pero es evidente que la persona la necesitaba, en consideración a que existían pruebas o indicios conocidos que permitieran asegurar que la persona se encontraba amenazada o expuesta a sufrir graves riesgos contra su vida, en razón de sus funciones<sup>6</sup>.*

También ha dicho la Jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo lo siguiente:

*Se requiere analizar, conforme a las particularidades de cada caso, los elementos facticos, jurídicos y probatorios que permitan deducir la existencia de un riesgo en la preservación de la vida o integridad física de un ciudadano y que frente a ello las autoridades públicas desatendieron, en concreto, el deber de adoptar medidas de protección o que estas devinieron*

---

<sup>6</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Sentencia del 25 de febrero de 2009 Magistrada Ponente Ruth Stella Correa Palacio Expediente No 18106

*en deficientes. Esto no es más que imponer siempre la cognoscibilidad actual de la situación de riesgo respecto de la que se pretende adscribir un deber positivo de actuar a cargo de la autoridad pública que está obligada a evitar el resultado dañoso. Solo así, se podrá discutir si existía un deber de ejecutar una acción positiva en tal o cual sentido, y si la misma, hipotéticamente, podía evitar el resultado. (...) la imputación de responsabilidad del Estado por violar los deberes que surjan a partir de la posición de garante no pueden ser valorados a partir de escenarios abstractos o genéricos (...) En lo que concierne a la responsabilidad del Estado por daños derivados del servicio de protección, debe resaltarse que desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que respecto del derecho a la vida al Estado le asiste el respeto por una carga obligacional que le impone deberes tanto positivos como negativos<sup>7</sup>.*

Descendiendo al asunto que ocupa la atención de la Sala, los demandantes alegan que el señor MARIANO CASTILLO HERRERA fue acibillado por un grupo de maleantes debido a que la POLICÍA NACIONAL incumplió su obligación constitucional y legal de protegerlo.

Advierte esta Sala, que en efecto, le asistían obligaciones a la POLICÍA NACIONAL de proteger la vida y honra no sólo del hoy occiso, sino de todas y cada una de las personas que habitan en el territorio nacional, pero en el caso particular del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, tales obligaciones se tornaban más concentradas, por dos razones básicas: La primera de ellas, porque el señor MARIANO CASTILLO HERRERA, se encontraba requerido por la justicia por los delitos de narcotráfico y concierto para delinquir, por la cual los policiales debían asegurar su comparecencia ante la justicia colombiana; y la segunda, porque el finado MARIANO CASTILLO HERRERA días antes había sido objeto de un atentado a manos de sicarios, circunstancia que inequívocamente denotaba una situación de amenaza y riesgo latente e inminente para el mentado sujeto.

Si bien es cierto en el caso del señor MARIANO CASTILLO HERRERA no se comprobó que hubiesen existido amenazas en su contra que acarrearán la protección o amparo policial, es apenas obvio que con el ataque que había sufrido recientemente, en virtud

---

<sup>7</sup> CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C Sentencia del 22 de junio de 2012 Magistrado Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa Expediente No 19980



del cual se encontraba recluido en el centro asistencial, se tuviera por sentado que su vida estaba corriendo peligro.

Es así pues, que se ha logrado constatar, que en efecto, la POLICÍA NACIONAL tenía obligaciones especiales con respecto al señor MARIANO CASTILLO HERRERA, por ser conocido para esta entidad, la necesidad de protección extraordinaria que debía dispensársele para proteger su vida.

Ahora bien; deberá valorar la Sala si la POLICÍA NACIONAL incumplió las obligaciones de protección que tenía frente al señor MARIANO CASTILLO HERRERA.

Frente a este tópico en particular, debe recordarse que la sentencia del a quo coligió que las medidas de seguridad adoptadas por la POLICÍA NACIONAL fueron proporcionadas y razonables, escapándose de lo previsible el actuar de los individuos que ingresaron a la clínica disfrazados de policiales y suprimieron la vida del occiso; tesis que controvierte la parte actora en su recurso, por considerar que fueron insuficientes las medidas adoptadas por la entidad demandada, configurándose como consecuencia, el daño antijurídico cuyo resarcimiento se pretende.

Pues bien; para determinar si la POLICÍA NACIONAL se sustrajo del cumplimiento de sus obligaciones, es necesario verificar los siguientes aspectos: (i) El nivel de riesgo o amenaza en el que se encontraban los bienes jurídicos del señor MARIANO CASTILLO HERRERA; (ii) la previsibilidad –o imprevisibilidad- de la réplica de atentado que le costó la vida al mencionado sujeto; (iii) La idoneidad de las medidas adoptadas por la POLICÍA NACIONAL para defender los derechos de la víctima directa.

Se encuentra debidamente demostrado que el señor MARIANO CASTILLO HERRERA fue víctima de un atentado a manos de sujetos armados que le propinaron varios impactos de bala mientras se disponía a almorzar con sus hijos en un restaurante ubicado en el barrio Ternera de esta ciudad.

Atendiendo a que se perpetró un ataque armado en contra del finado MARIANO CASTILLO HERRERA no hay lugar a dudas que sus bienes jurídicos –en especial el de la vida- se encontraban en inminente peligro, habida cuenta de que una o varias personas tenían el interés de liquidar al mencionado señor, luego entonces existía plena certeza por parte de la demandada, de la gravedad del riesgo jurídicamente reprochado que se generó respecto del difunto Castillo Herrera.

De acuerdo a esto, la Sala considera que los bienes jurídicos del hoy occiso se encontraban en un riesgo serio, cierto y real, lo que generaba para el Estado, como Garante de los derechos de todos los habitantes, la obligación de proporcionar los medios que resultaren necesarios para proteger los ya disminuidos bienes jurídicos del señor MARIANO CASTILLO HERRERA.

De acuerdo a las pruebas documentales que reposan en el plenario, se pudo constatar que la POLICÍA NACIONAL empleó un dispositivo de seguridad para procurar que el extinto Castillo Herrera pudiera ser conducido a la justicia, de acuerdo al requerimiento que de él hiciera una Fiscalía de la ciudad de Cali. El dispositivo en mención consistía en la vigilancia permanente de tres (3) turnos de ocho (8) horas, con la asignación de un agente de policía.

Hasta aquí podría pensarse que la POLICÍA NACIONAL se allanó a cumplir su obligación, y por ende a prestarle seguridad al paciente que posteriormente resultara muerto a manos del grupo de sicarios, sin embargo esta Sala de Decisión no comparte el argumento esbozado por el Despacho de primera instancia, en la medida de que si bien la audacia de los sicarios fue alta, eso no es suficiente para concluir que la incursión sicarial en clínica, fue un hecho imprevisible e irresistible, por las razones que a continuación se exponen:

Si bien es cierto que la POLICÍA NACIONAL no estaba en la obligación de conocer los pormenores que rodeaban el prontuario del occiso, si conocía o debió conocer, los delitos por los que se requería al señor MARIANO CASTILLO HERRERA, teniendo en cuenta que es requisito de contenido de la orden de captura, referenciar los motivos por los cuales se dispone la detención del investigado. Sobre el contenido de la orden de captura, el Código de Procedimiento Penal establece:

*Artículo 298. Contenido y vigencia. **El mandamiento escrito expedido por el juez correspondiente indicará de forma clara y sucinta los motivos de la captura**, el nombre y los datos que permitan individualizar al indiciado o imputado, cuya captura se ordena, el número de radicación de la investigación adelantada por la policía judicial y el fiscal que dirige la investigación.*

Más adelante, el artículo 303 de esa obra procesal, informa lo que se le debe manifestar al capturado al momento de su aprehensión:

*Artículo 303. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:*

**1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.**

*2. Del derecho a indicar la persona a la quien se debe comunicar su aprehensión. En funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que éste indique.*

*3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.*

*4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa.*

Es así pues que de la lectura de la orden de captura se puede conocer el delito que se le imputa al investigado, indiciado o imputado. En el *sub judice* se encuentra demostrado que la POLICÍA NACIONAL tenía pleno conocimiento que el señor MARIANO CASTILLO HERRERA era requerido por los delitos de concierto para delinquir y narcotráfico, tal como se desprende del Acta de Derechos del capturado obrante a folio 134 del cuaderno principal.

En este momento es preciso recordar que dada las circunstancias de orden público que de vieja data caracterizan a nuestra patria, y así lo dicta la experiencia en un país azotado por el actuar de los grupos armados ilegales, que detrás de las estructuras mafiosas y criminales siempre se encuentran edificados brazos armados, al servicio de tales organizaciones.

Considera la Sala que en este caso si resultaba previsible el hecho de que los determinadores del primer atentado que sufrió el señor MARIANO CASTILLO HERRERA pudieran intentar consumir el homicidio a cualquier precio, más aun cuando se trataba de una persona (el señor Castillo) supuestamente ligada al delito de narcotráfico. Es de público conocimiento en nuestro país los métodos *non sanctos* que utilizan estas estructuras delictivas para sacar del camino a sus adversarios, lo que

debió conducir a la POLICÍA NACIONAL a reforzar la seguridad de la víctima, siendo previsible la utilización de métodos rebuscados, por parte de sus victimarios.

En cuanto al esquema de seguridad implementado por la POLICÍA NACIONAL para proteger al señor MARIANO CASTILLO HERRERA también dista la Sala de las conclusiones a las que llegó el *A quo*, en la medida de que no es razonable ni lógico que a una persona a la que se persigue por el delito de narcotráfico y la que ha sido víctima de un atentado con arma de fuego, sea dejada en manos de un solo agente de policía –así sea de carácter permanente–, en la medida de que el nivel de protección que puede proporcionar un solo hombre es bajo. Nótese en este momento, y así lo pudo concluir el fallador de primera instancia, que la intención de la POLICÍA NACIONAL, más allá de proteger la integridad física de la víctima, era la de asegurar su comparecencia ante la justicia, cuestión que podría implicar un desplazamiento de las cargas obligacionales consagradas en los artículos 2º y 218 de la Constitución Política de 1991 y 2º de la Ley 62 de 1993.

Sobre este punto, es importante traer a colación la declaración jurada que en su momento rindiera el señor Intendente de Policía DIONISIO JULIO MORALES, la cual fue recibida en el proceso disciplinario que se abrió en la Oficina de Control Interno Disciplinario del Departamento de Policía de Bolívar en contra del Patrullero LUÍS DE JESÚS AGUAS DÍAZ, a raíz de la muerte del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, prueba que fue trasladada en legal forma a este juicio de responsabilidad, ya que fue solicitada por ambas partes, razón por la cual goza de pleno valor probatorio. Sobre el particular el policial manifestó que para la fecha en que ocurrió el deceso del señor Castillo *realizó segundo y cuarto primero (sic) turno como Jefe de Vigilancia, y que impartía la consigna que el señor tenía orden de captura por tráfico de estupefacientes y concierto para delinquir y que se debía estar muy pendiente a este señor, y que había que verificar la entrada y salida de personas que llegaran al quinto piso, y que se prestara el servicio frente al cuarto donde pernoctaba esta persona... concluye que el patrullero contaba solamente con el armamento de dotación un revólver calibre 38 L., no portaba radio de comunicaciones ni vehículo.*

De la declaración rendida por el Agente de Policía, obrante en los folios 415 y 416 del expediente, se concluyen dos cosas: (i) Que el esquema de seguridad diseñado para custodiar al señor MARIANO CASTILLO HERRERA resultaba insuficiente para la gravedad del asunto, ya que el Agente solo portaba un arma de fuego convencional y de corto alcance, como lo es un revólver calibre 38, no tenía radio de comunicaciones

que le permitiese alertar a las demás unidades de policía, y no contaba con un vehículo que eventualmente le hubiere podido permitir evacuar a la víctima en caso de un ataque armado; (ii) Que ni siquiera se siguieron las instrucciones de atención y cuidado que los mandos habían impartido para la custodia del hoy occiso, en la medida de éste estaba siendo requerido por el delito de narco tráfico.

Lo expuesto deja claro que las medidas adoptadas por la POLICÍA NACIONAL no fueron adecuadas ni idóneas para atender la necesidad de protección de la víctima.

Hasta este momento, la Sala de Decisión ha verificado los siguientes aspectos: (i) La POLICÍA NACIONAL tenía posición de garante frente al hoy occiso, razón por la cual debía cumplir obligaciones consistentes en ofrecerle protección para evitar la elevación del riesgo jurídicamente desaprobado y la posterior concreción del daño antijurídico: (ii) Dichas obligaciones fueron cumplidas insuficientemente por la POLICÍA NACIONAL, en el sentido de que las escasas medidas de seguridad que fueron adoptadas resultaron insuficientes para preservar la vida del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, ocurriendo en este caso la imprevisión de lo previsible.

### ***Recapitulación.***

De acuerdo a todo lo dicho se encuentra plenamente establecido y demostrado que el señor MARIANO CASTILLO HERRERA fue víctima de un atentado a manos de sicarios el día 28 de septiembre de 2006. También se comprobó que la POLICÍA NACIONAL logró constatar que el señor MARIANO CASTILLO HERRERA estaba siendo requerido por una Fiscalía de Cali, para lo capturó mientras se recuperaba en una clínica de la ciudad de Cartagena. En este momento la POLICÍA NACIONAL asumió la custodia del hoy occiso, prestándole vigilancia permanente con un agente de policía.

El día 2 de octubre de 2006, sujetos armados y disfrazados de Agentes de la POLICÍA NACIONAL irrumpieron en la habitación del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, después de haber superado la poca vigilancia de la clínica y doblegado sin dificultad alguna al agente que lo custodiaba, los cuales propinaron varios impactos de bala a la víctima causando su muerte instantánea.

Dadas las circunstancias que rodearon la orden de captura del señor MARIANO CASTILLO HERRERA y el hecho de que haya sido víctima de un primer atentado, colige esta Sala de Decisión que los bienes jurídicos del señor Castillo Herrera se

encontraban en inminente peligro, por lo que era obligación del Estado, representado por la POLICÍA NACIONAL, adoptar las medidas tendientes a evitar la elevación del riesgo jurídicamente desaprobado y la producción de una lesión antijurídica.

No obstante lo anterior, la POLICÍA NACIONAL trazó un pobre esquema de seguridad que no fue suficiente para salvaguardar la integridad de la víctima, que en definitiva fue ultimada a balazos en la habitación donde se encontraba internado.

También estima esta judicatura que por todas esas circunstancias era obligación de la entidad proteger a toda costa la vida del hoy occiso, con tal de evitar que los determinadores del homicidio logaran su cometido, sin embargo, no fue difícil para estas personas concretar el crimen, inclusive en presencia de un Agente de la Policía.

No cabe duda entonces que la falta de previsión de lo previsible en que incurrió la POLICÍA NACIONAL tuvo una connotación determinante a la hora de la elevación del riesgo al que estaba expuesto el señor Mariano Castilla y la concreción del daño antijurídico alegado por la parte demandante. Tal falta de previsión constituye un palmario incumplimiento de las cargas obligacionales establecidas en los artículos 2º y 218 de la Constitución Política de 1991 y 2º de la Ley 62 de 1993, referentes al deber de protección a los habitantes del territorio por parte de las autoridades públicas, y en especial de la POLICÍA NACIONAL.

Es por todo ello que el daño antijurídico que aquí se estudió resulta imputable, a título de falla del servicio, a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL.

Así las cosas, se ha podido constatar, en contraposición a lo que se resolvió en primera instancia, que de forma inequívoca e indudable concurren los elementos constitutivos de la Responsabilidad Patrimonial del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución, esto es el Daño Antijurídico y la Imputabilidad, razón por la cual esta Sala de Decisión ha de revocar el fallo impugnado, y en su lugar adoptará una decisión estimatoria de las pretensiones de la demanda, cuyo *quantum* se fijará a continuación.

## **6 .La Condena**

### **6.1. Por concepto de perjuicios materiales**

### **- Daño emergente**

Por este concepto, se acreditó el pago de los gastos funerarios en que se incurrió con ocasión de la muerte del señor MARIANO CASTILLO HERRERA, con Factura de Venta No. 535622 expedida por la Funeraria “Los Olivos”, mediante la cual se constata que la parte actora costó tales gastos en la suma de \$2.157.000.00. (f. 36)

La anterior suma a cancelar, deberá ser indexada de conformidad en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL VH}}$$

En la que el valor presente (VA) se determina multiplicando el Valor Histórico (VH) que es lo dejado de percibir por la demandante por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de la ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en que debió reconocerse y pagarse dicha suma.

### **- Lucro cesante**

En lo que tiene que ver con los perjuicios solicitados en esta modalidad, en la demanda se alega que el señor Mariano Castillo Herrera (q.e.p.d.), junto con su esposa tenían una sociedad dedicada a exportaciones la cual tenía como razón social C.I. CASBEL LTDA, de la cual se advierte una Declaración de Renta a folio 39.

No obstante lo anterior, la Sala no podrá reconocerle a la parte actora la cuantía solicitada en la demanda, toda vez que en el proceso no se aportó el Certificado de Existencia y Representación de la aludida sociedad con el fin de constatar la calidad del finado como copropietario de la misma.

En ese orden de idas, se reconocerán los perjuicios calculados con base en el salario mínimo legal vigente, como quiera que se acreditó que el finado Mariano Castillo Herrera (q.e.p.d.) desempeñaba una actividad económica.

Entonces, se liquidará el lucro cesante sólo para la esposa del finado, señora AIDA ISABEL BELALCAZAR DE CASTILLO, tal como viene pedido en la demanda, para lo cual tomará como base de su tasación el salario mínimo legal vigente al momento de los hechos que dieron lugar a la presentación de la demanda en estudio, debidamente actualizado.

Fórmula de actualización del ingreso:

$$Ra = \frac{\text{Índice Final} \times Vh}{\text{Índice Inicial}}$$

Dónde:

Ra, es la renta mensual que se busca,

Índice final, es el expedido por el DANE vigente a la fecha de la sentencia =114,23 (sep/2006)

Vh, es el ingreso que percibía el actor, que para este caso era el salario mínimo legal mensual del año 2006 = \$408.000.

$$Ra = \frac{114,23 \times \$408.000,00}{87,59}$$

$$Ra = \$532.090,87$$

Como el salario mínimo mensual de 2006 debidamente actualizado es inferior al salario mínimo mensual actual, se tomará este último para calcular la indemnización en este asunto.

Los perjuicios de orden material consistente en lo dejado de percibir por la demandante a causa de la muerte de su cónyuge se calcularán de acuerdo a la fórmula usada en estos casos:

**1) Indemnización vencida:**

$$S = \frac{Ra (1+i)^n - 1}{i}$$



Dónde:

**Ra**, es la renta mensual actualizada = \$589.500, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = %736.875.00, del cual se toma el 50 %, que al menos el cónyuge le destinaba para el sustento de su esposa = \$368.437,50.

**i**, es la tasa de interés = 6 % anual, efectivo mensual 0.004867;

**n**, es el periodo durante el cual se calcula y corresponde al tiempo transcurrido desde el día de los hechos que ocasionaron la muerte del señor Mariano Castillo Herrera, ocurrida el 3 de octubre de 2006 hasta la fecha probable de este fallo, 10 de octubre de 2013 = 7 años = 84 meses.

$$S = \$368.437,50.00 \frac{(1.004867)^{84} - 1}{004867}$$

$$S = \$38.120.152.00$$

## 2) Indemnización futura:

$$S = \frac{Ra (1 + i)^n - 1}{i (1 + i)^n}$$

Donde:

**S**, es la indemnización que se busca,

**Ra**, es la renta mensual actualizada = \$589.500, incrementado en un 25% por concepto de prestaciones sociales = \$736.875,00, del cual se toma el 50%, que al menos el cónyuge destinaba para el sustento de su esposa = \$368.437,50.

**i**, es la tasa de interés = 6 % anual, efectivo mensual 0.004867;

**n**, es el periodo durante el cual se calcula y corresponde al tiempo transcurrido desde el día siguiente a la fecha probable de este fallo, 11 de octubre de 2013, hasta la

expectativa de vida del cónyuge de la demandante en vista de que el señor Mariano Castillo Herrera era mayor que su esposa.

El señor Mariano Castillo Herrera nació el 21 de diciembre de 1994, lo que indicaba que para la fecha de los hechos de su muerte el 3 de octubre de 2006, contaba con 61 años; luego según la Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997, de la Superintendencia Bancaria, se expectativa de vida eran 18,77 años = 225,24 menos los 84 meses de la indemnización vencida = 141,24 meses.

$$S = \$368.437 \frac{(1.004867)^{141,24} - 1}{0.004867 (1.004867)^{141,24}}$$

$$S = \$37.569.460,00$$

## 6.2. Por concepto de perjuicios morales

Por este perjuicio se reconocerá a todos los demandantes por haber acreditado el parentesco con el señor Mariano Castillo Herrera (q.e.p.d), y la calidad de damnificados frente a su fallecimiento.

Por lo que se reconocerá de la siguiente manera:

- A Aida Isabel Belalcazar, quien acreditó la calidad de cónyuge del finado conforme al Registro Civil de matrimonio<sup>8</sup>, se le reconocerá la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- A Wilman Mariano Castillo Belalcazar, quien acreditó la calidad de hijo del finado<sup>9</sup>, se le reconocerá la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- En relación a Camilo Alberto Castillo Belalcázar, también se le reconocerá la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes; pues si bien el Registro Civil de Nacimiento fue aportado en copia simple<sup>10</sup>, éste se aceptará como prueba suficiente para acreditar la calidad de hijo, de acuerdo con los parámetros establecidos por la

<sup>8</sup> Ver folio 347-348.

<sup>9</sup> Ver Registro Civil de Nacimiento en copia auténtica fl. 42.

<sup>10</sup> Ver folio 43.

jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>11</sup>; adicionalmente, es preciso anotar, que tal condición del demandante se pudo corroborar con los testimonios recaudados en el proceso de las señoras Yolima del Carmen García Castro<sup>12</sup>, y Marlene Espriella de Villalba<sup>13</sup>.

- En igual sentido, se le reconocerá estos perjuicios a Yadira Castillo Quintero, pues si bien no tenía calidad de hija de sangre, si acreditó la calidad de damnificada por ser hija de crianza del finado, tal como lo destacaron los testimonios de las personas antes referenciadas. Por lo que se le reconocerá la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- A las señoras Edith María Castillo Herrera, Alcira del Carmen Castillo Herrera, Yadira Mercedes Castillo Herrera, Faustina de Jesús Castillo Herrera, quienes acreditaron la condición de hermanas del señor Mariano Castillo Herrera, se les reconocerá la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada una.

- A Gabriel Castillo Villalba, quien acreditó la calidad de nieto del finado<sup>14</sup> por ser hijo de Wilman Mariano Castillo Belalcazar, se le reconocerá la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- Para Camilo Andres Castillo Montero, María Camila Castillo Bello y Juan Camilo Castillo Bello, se les reconocerá la suma de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cada uno; pues éstos acreditaron ser hijos de Camilo Alberto Castillo Belalcazar, a quien se le mantuvo su condición de hijo por las razones ya expuestas; aunado a que en tales hechos fueron corroborados en los testimonios recaudados.

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

Por último, en cuanto a la condena en costas, la Sala no accederá al pago de las mismas, teniendo en cuenta que en lo contencioso el legislador conservó el criterio subjetivo para

<sup>11</sup> Boletín No 130 del 17 de septiembre de 2013 del Consejo de Estado La Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia, en el sentido de otorgarle valor probatorio a los documentos que fueron allegados al proceso y han permanecido en él en copia simple, como el caso del registro civil, puesto que no sería lógico desconocer el valor probatorio del mismo, si las partes a lo largo de la actuación no lo han tachado de falso. Precisó la jurisprudencia lo siguiente: *"Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido"* Sentencia del 22 de agosto de 2013 Exp 25000-23-26-000-2000-01714-01 (28660) M P Hernán Andrade Rincón

<sup>12</sup> Ver folios 332-333

<sup>13</sup> Ver folios 351-352

<sup>14</sup> Ver folio 49 Registro Civil de Nacimiento en copia auténtica

su procedencia, es decir se tiene en cuenta la conducta procesal de las partes, esto es, si actuaron con temeridad o mala fe, lo cual en el presente caso no se evidencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 del C.C.A, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

#### 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

**REVÓCASE** la sentencia de primera instancia de fecha 23 de febrero de 2012 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; en su lugar se dispone:

**PRIMERO: DECLÁRASE** administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, por los perjuicios materiales y morales causados a los demandantes con ocasión de la muerte del señor Mariano Castillo.

**SEGUNDO: CONDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar como perjuicios materiales, lo siguiente:

A) Por concepto de **Perjuicios Materiales**, en la modalidad de **daño emergente**:

La suma de \$2.157.000.00., por concepto de gastos funerarios.

La anterior suma a cancelar, deberá ser indexada de conformidad en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual deberá aplicarse la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}} \times VH$$

En la que el valor presente (VA) se determina multiplicando el Valor Histórico (VH) que es lo dejado de percibir por la demandante por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el

DANE, vigente a la fecha de la ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente a la fecha en que debió reconocerse y pagarse dicha suma.

B) Por concepto de **Perjuicios Materiales**, en la modalidad de **lucro cesante**:

A la señora AIDA ISABEL BELALCAZAR DE CASTILLO, se le deberá pagar la suma de \$38.120.152.00, como **indemnización vencida**; y la suma de \$37.569.460,00 como **indemnización futura**.

**TERCERO: CONDÉNASE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL a pagar como perjuicios morales por la muerte del señor Mariano Castillo Herrera, lo siguiente:

No.	Nombre	Condición	Salarios Mínimos Legales Vigentes
1	Aida Isabel Belalcazar	Cónyuge	100
2	Wilman Mariano Castillo Belalcazar	Hijo	100
3	Camilo Alberto Castillo Belalcázar	Hijo	100
4	Yadira Castillo Quintero	Damnificada	100
5	Edith María Castillo Herrera	Hermana	50
6	Alicia del Carmen Castillo Herrera	Hermana	50
7	Yadira Mercedes Castillo Herrera	Hermana	50
8	Faustina de Jesús Castillo Herrera	Hermana	50
9	Gabriel Castillo Vilalba	Nieto	50
10	Camilo Andres Castillo Montero	Damnificado	50
11	María Camila Castillo Bello	Damnificada	50
12	Juan Camilo Castillo Bello	Damnificado	50

**CUARTO:** Niéganse las demás pretensiones.

**QUINTO:** Esta sentencia se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

**SEXTO:** Ejecutoriada esta providencia, expídase por Secretaría primera copia, conforme a lo dispuesto en el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

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 ALVAREZ

  
ARTURO MATSON CARBALLO

  
LIGIA RAMÍREZ CASTANO

**Hoja de firmas:** sentencia de segunda instancia proferida dentro de la demanda instaurada por la señora Ayda Belalcázar y otros por conducto de apoderado judicial en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía, radicado No 13001-33-31-009-2008-00173-01.

## **SALVAMENTO DE VOTO**

Cartagena de Indias, D.T. y C., Octubre Once (11) de dos mil trece (2013).

**RAD: 70-001-33-31-009-2008-00173-01**

**ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA**

**ACTOR: AIDA ISABEL BELALCAZAR Y OTROS**

**DEMANDADO: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL**

La suscrita Magistrada de Descongestión, con el acostumbrado respeto hacia la Sala, me permito explicar el motivo de mi inconformidad frente a la decisión adoptada en el asunto de la referencia, el cual se centra en la falla del servicio del deber de protección y vigilancia de la Policía Nacional.

En la providencia de la cual me aparto, se revocó la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Cartagena de fecha 23 de febrero de 2012, que negó las pretensiones de la demanda y en su lugar se declaró la responsabilidad de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL, por los perjuicios causados a los demandantes por la muerte violenta por parte de sicarios de la que fue víctima el señor Mariano Castillo Herrera, estando recluso en un centro hospitalario y bajo la custodia y vigilancia de la Policía Nacional.

La Sala para revocar la sentencia de primera instancia, sostuvo que no cabe duda que la falta de previsión de lo previsible en que incurrió la Policía Nacional tuvo una connotación determinante a la hora de la elevación del riesgo al que estaba expuesto el señor Mariano Castillo, pues el pobre esquema de seguridad realizado por dicha Institución no fue suficiente para salvaguardar la integridad de la víctima, siendo obligación de la entidad proteger a toda costa la vida del hoy occiso, con tal de evitar que los determinadores del homicidio logran su cometido.

Considero que en el presente asunto, se encuentra probada la excepción de hecho exclusivo y determinante de un tercero, pues del material probatorio obrante en el proceso, se trató de un acto producido por individuos respecto de los cuales no se acreditaron sus calidades de agentes del Estado y mucho

menos, que sus actuaciones resultaran de alguna manera vinculada con ocasión del servicio que correspondía prestar a la entidad demandada.

No era previsible para la accionada que los sicarios suplantarán miembros de la Institución Policial, al utilizar uniformes, emblemas e insignias de la Policía Nacional para burlar primero la seguridad privada del centro hospitalario y segundo para sorprender al agente de policía que custodiaba de manera permanente la habitación y poder doblegarlo.

El operativo criminal montado para segar la vida de Mariano Castilla Herrera revestía tal nivel de sofisticación en su concepción, planeación ejecución y consumación, que hicieron imprevisible el hecho.

Ahora bien, el esquema de vigilancia y seguridad dispuesto por la accionada, fue la adecuada para el cumplimiento de la obligación de custodia que tenía sobre el señor Mariano Castillo, especialmente porque la vigilancia era permanente, 3 turnos de 8 horas, y el centro hospitalario donde se encontraba internada la víctima contaba con 3 guardias de seguridad privada, razón por la cual resulta lógico y acertado que se implementara una vigilancia constante frente a la habitación a cargo de un agente de policía, debidamente armado con su arma de dotación oficial, bajo el sistema de relevos

En sentencia reciente<sup>1</sup> el H. Consejo de Estado, sobre el tema de la causal eximente de responsabilidad – hecho de un tercero, dispuso:

***“CAUSAL EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD - Hecho de un tercero / HECHO DE UN TERCERO - Requisitos / HECHO DE UN TERCERO - Imprevisibilidad / FALLA DEL SERVICIO - Imputación***

*El hecho del tercero constituye causa extraña que exonera de responsabilidad a la entidad demandada, cuando reúne los siguientes requisitos: (i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, ( ) lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución (...) (ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese*

---

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Subsección “A” C.P. Hernán Andrade Rincon, sentencia de fecha 13 de febrero de 2013 proceso radicado No 18148

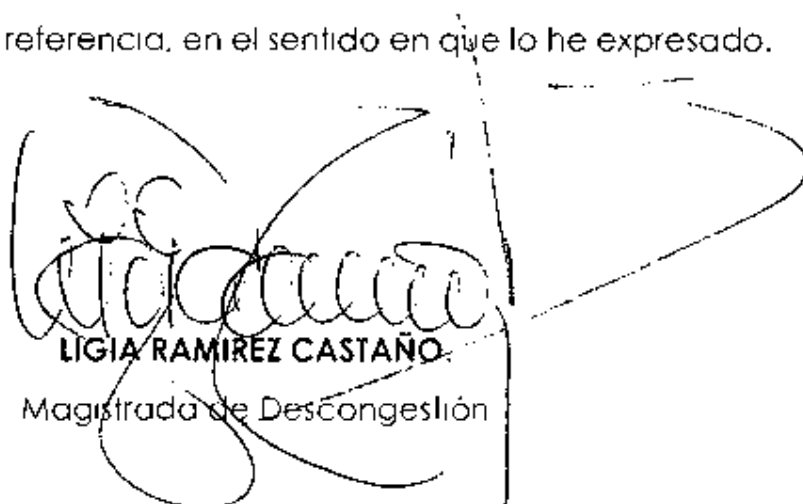


*tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio ( ) (iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad, porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo. (...) En relación con la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico "*

Así las cosas, cuando una persona a pesar de la custodia policial es asesinada por terceros, quienes se valen de medios que sobrepasan razonablemente los del Estado, como en el sub *judice*, no puede responder éste atendiendo a que la conducta desplegada por el tercero fue la causa determinante del daño

Lo anteriormente expuesto explica mi discrepancia con la decisión adoptada en la providencia de la referencia, en el sentido en que lo he expresado.

Cordialmente,



**LIGIA RAMIREZ CASTAÑO**  
Magistrada de Descongestión