

FOTOGRAFIAS - Pruebas documentales. Valor probatorio. Valoración probatoria

Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegados al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso. (...) se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar. En el asunto en estudio, de las fotografías aportadas no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o ratificación. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el valor probatorio de las fotografías, consultar Corte Constitucional, sentencia del 29 de marzo de 2012, exp. T-269. En el mismo sentido consultar, Sección Primera, sentencia 3 de febrero de 2002, exp. 12497.

CAPACIDAD CON QUE CUENTA MINISTERIO PUBLICO PARA IMPUGNAR DECISIONES - Requisitos para su procedencia

La Sala considera necesario destacar si le asiste o no interés jurídico a los agentes judiciales del Ministerio Público para impugnar las decisiones judiciales proferidas en los procesos contencioso administrativos, con independencia de que el recurso impetrado pueda afectar –positiva o negativamente– a las partes –demandante o demanda– intervinientes en el proceso contencioso. (...) Establecida la capacidad del Ministerio Público para intervenir dinámicamente como parte especial en los procesos contenciosos administrativos, se hará la verificación de si el fundamento de la impugnación está relacionado materialmente con alguno de los objetivos o fines constitucionales de intervención, esto es, la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos fundamentales, derroteros establecidos por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, para efectos de su admisión y estudio. Al respecto, debe señalarse, que en el asunto sub examine, el Ministerio Público cumplió con la carga mínima de argumentación en relación con el vínculo que deben tener las razones de la impugnación, pues del documento que lo contiene se advierte cuál es el objetivo superior y concreto que persigue con su actuación, y esta es, la defensa del patrimonio público; por lo tanto, resulta imperativo estudiar de fondo la argumentación constitucional esgrimida para impugnar el fallo del 22 de octubre del 2003 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con capacidad con que cuenta el Ministerio Público para impugnar las decisiones proferidas por esta jurisdicciones, consultar auto de unificación de 27 de septiembre de 2012, rad. 2008-00557, exp. 44541

AUTO QUE CONCEDE RECURSO EN PRIMERA INSTANCIA - Obligación del ad quem de pronunciarse sobre su admisión / NULIDAD PROCESAL - Causales. Regulación normativa / OMISION DE PRONUNCIARSE SOBRE LA ADMISION DEL RECURSO DE APELACION - Exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales. Prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental / AUSENCIA DE ADMISION DEL RECURSO INTERPUESTO - No constituye per se una causal de nulidad que invalide el proceso

Se advierte que si bien el a quo concedió el recurso de apelación interpuesto por

el agente del Ministerio Público, en esta instancia se omitió pronunciamiento sobre el particular, situación sobre la que, si bien, las partes guardaron silencio, compete a la Sala hacer algunas consideraciones por constituir una posible nulidad procesal. El artículo 140 del estatuto procesal civil, aplicable por remisión expresa del 208 de la ley 1397 del 2011 (...) La jurisprudencia constitucional ha señalado, de forma reiterada, que la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio no puede servir al propósito de hacer que las ritualidades procesales se conviertan en un fin en sí mismas, pues la prevalencia del derecho sustancial impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos de las partes y demás intervinientes en los procesos; de igual modo ha indicado que se incurre también en defecto procedimental, cuando, en aras de otorgarle plena satisfacción a requisitos de índole formal resultan sacrificados otros derechos de índole constitucional. En consecuencia, se transgrede el debido proceso cuando en determinado caso, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales y la no yuxtaposición de las garantías fundamentales como el derecho a una tutela judicial efectiva, deviene igualmente una denegación de justicia. (...) El caso bajo examen, indiscutiblemente se circunscribe en un proceso con vocación de doble instancia en el que los recursos fueron interpuestos y sustentados en la oportunidad legal, sin que se haya lesionado el principio de bilateralidad de la audiencia, audiatur altera pars, ni otros de trascendencia imperativa, como los que atañen a los supuestos de validez del proceso. (...) la ausencia de admisión del recurso interpuesto por el Ministerio Público no constituye per se, una causal de nulidad que invalide la actuación judicial surtida, habida cuenta de que (i) no está consagrada en ninguna de las causales específicamente enlistadas en la disposición en comento, (ii) y porque una interpretación en sentido contrario no solo contravendría la hermenéutica de la exégesis impuesta por el legislador, sino que desconocería la finalidad constitucional que envuelve la intervención del Ministerio Público en los procesos judiciales, en el presente caso, la defensa del patrimonio público. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar Corte Constitucional, sentencia T-531 de 25 junio de 2010.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 / LEY 1397 DE 2011 - ARTICULO 208

PRUEBA TESTIMONIAL - Valor probatorio. Valoración probatoria / PRUEBA TESTIMONIAL - Criterios objetivos de valoración

Se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria del testimonio, como lo son: la probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; la ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; la credibilidad que es la conducencia de la declaración; y la concordancia entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba. En el presente caso se tiene que para el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias en que sucedieron los mismos, obran en el proceso las declaraciones de Aurelio Mantilla Correa, Jaime de la Vega Muñoz y Raúl Cabrera Jaramillo, quienes se advierte, estuvieron presentes en el sitio de los acontecimientos, circunstancia que da fuerza de convicción a sus testimonios otorgándole confiabilidad, a su vez sus versiones se presumen ciertas, los hechos que relatan y las circunstancias que describen pueden ser valoradas, puesto que no fueron desvirtuadas, ni sus dichos fueron tachados de sospechosos o falsos; en efecto, analizadas sus afirmaciones, para la Sala no existe ninguna manifestación en favor de ninguna parte, limitándose a describir las circunstancias en que sucedió el hecho, guardando a su vez concordancia con el acervo probatorio. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mayo 5 de 1999, exp. 4978.

DAÑO ANTIJURIDICO - Afectación de establecimiento de comercio por la construcción de una obra pública a cargo del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla / DAÑO ANTIJURIDICO - Configuración / CONFIGURACION DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Bajo el título jurídico de imputación del daño especial

De las pruebas aportadas al proceso se deduce que el establecimiento de comercio Salomón Melo C. Ltda., ubicado en la carrera sexta –vía la Cordialidad– con calle 99B de la ciudad de Barranquilla, sufrió perjuicios por la construcción de una obra pública a cargo del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla. (...) No cabe duda que el caso objeto de estudio merece ser examinado con fundamento en el régimen del daño especial, puesto que la lesión se originó en una actividad lícita de la administración, esto es, la construcción de una obra pública –box-couvert– realizada en beneficio de la comunidad, con la cual se causaron perjuicios a la empresa demandante. Establecido lo anterior, encuentra la Sala que en el plano de la imputación jurídica el daño es atribuible al Distrito de Barranquilla a título de daño especial (...) El daño por el que se demanda tuvo como causa directa una actuación legítima de la administración, que se encuentra amparada por normas constitucionales, pero que a pesar de su legalidad, la parte demandante debió soportar como una carga excepcional y un mayor sacrificio que se concretó en la pérdida de las utilidades de dos contratos de arrendamiento de maquinaria industrial y del arriendo diario de los equipos por un periodo de 21 días, a causa de la imposibilidad del acceso vehicular al lugar en que se encontraban, daños en virtud de los cuales se puede concluir el rompimiento la igualdad ante las cargas públicas. Así las cosas, se tiene que habiéndose acreditado que con el ejercicio de una actividad legítima de la Administración –la construcción de una obra pública de interés general–, y los consecuentes perjuicios que ésta ocasionó a la parte demandante, se confirmará parcialmente la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la responsabilidad del Distrito de Barranquilla y ordenar el pago de la correspondiente indemnización. (...) No cabe duda que el caso objeto de estudio merece ser examinado con fundamento en el régimen del daño especial, puesto que la lesión se originó en una actividad lícita de la administración, esto es, la construcción de una obra pública –box-couvert– realizada en beneficio de la comunidad, con la cual se causaron perjuicios a la empresa demandante. Establecido lo anterior, encuentra la Sala que en el plano de la imputación jurídica el daño es atribuible al Distrito de Barranquilla a título de daño especial. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el título de imputación del daño especial, consultar sentencia del 3 de mayo de 2007, exp. 16696; 27 de julio de 1947; sentencia del 16 de julio de 2008, exp. 15821.

VINCULACION DE TERCEROS AL PROCESO - Relación sustancial entre el llamante y el llamado en garantía / CORRESPONDE A LA PARTE LLAMANTE - Aportar o señalar el medio probatorio que respalde la relación o el vínculo legal o contractual a partir del cual se pretende soportar la vinculación del llamado en garantía / IMPROCEDENCIA DE ACEPTAR EL LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Omisión de allegar medios de prueba pertinentes y conducentes para demostrar la relación vinculante

La Sala ha establecido que en materia de vinculación de terceros al proceso, corresponderá a la parte llamante, en cada caso concreto, aportar o al menos señalar junto con el escrito de llamamiento, el medio probatorio que respalde la relación o el vínculo legal o contractual a partir del cual se pretende soportar esa

situación, siempre que el mismo haga parte integral del expediente. (...) si bien, el agente Ministerio Público en la solicitud expuso los hechos en que se apoyaba para la citación del tercero y en criterio del a quo, la entidad demandada aportó la prueba sumaria requerida para aceptar el llamamiento, lo cierto es que no se allegaron los medios de prueba pertinentes y conducentes para demostrar la relación vinculante de tipo contractual o legal con la demandada que soportaran la obligación de reparar el daño deprecado por la sociedad demandante en una eventual condena contra la entidad territorial. En ese orden, considerando la ausencia de prueba del vínculo legal y contractual que soportara eventualmente la obligación del llamado en garantía de responder por los daños deprecados por la demandante, la Sala modificará en este punto la sentencia apelada, en el sentido de absolver de responsabilidad a la empresa Viñas Russi & Cia Ltda, toda vez que no quedó acreditado el deber o la obligación legal o contractual atribuida en la primera instancia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 08001-23-31-000-1997-11812-01(27353)

Actor: SOCIEDAD SALOMON MELO C. LTDA

Demandado: DISTRITO ESPECIAL - INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes y el Ministerio Público, contra la sentencia del 22 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la que se decidió lo siguiente:

- “1. Declárase no probada la excepción propuesta por la entidad demandada.
2. Declárase solidaria y administrativamente responsable al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la sociedad Viñas Russi & Cía. Ltda. de los perjuicios materiales causados a la empresa Salomón Melo C. Ltda., por la obstrucción o impedimento para que sus vehículos, maquinaria de construcción, equipo de trabajo rodante y materiales de construcción, pudieran entrar y salir de su campamento situado en Barranquilla, en la carrera 6 con calle 99B, vía Cordialidad, en 21 días comprendidos entre el 31 de julio y el 21 de agosto de

1996, quedando cesantes y fuera de rentabilidad durante ese lapso.

3. Condénase consecuentemente al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y a la sociedad Viñas Russi & Ltda., a pagar a la entidad demandante Salomón Melo C. Ltda. cuyo representante legal es el señor Salomón Melo Cepeda, con CC No. 5.391.154 de Cúcuta, a título de indemnización de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, la suma de noventa y siete millones doscientos diecisiete mil nueve pesos (\$97'217.009,00), suma que deberá ser indexada desde el 1 de julio de 2000 hasta la fecha de ejecutoria de esta decisión, con la aplicación de la fórmula de matemáticas financieras que se desprende el artículo 178 del C.C.A. (...)” (fls. 276 a 306 Cdo. Ppal.)

I. ANTECEDENTES

1. El 28 de noviembre de 1996, el señor Salomón Melo Cepeda, en representación de la empresa Salomón Melo C. Ltda., a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, para que se le declarara patrimonialmente responsable de los perjuicios ocasionados con motivo de la ocupación temporal del inmueble en el que se desarrolla su actividad comercial (campamento), ubicado en la Carrera 6ta. –vía la Cordialidad- Calle 99b de la ciudad de Barranquilla, lo cual sucedió entre el 31 de julio a 21 de agosto de 1996.

En consecuencia, deprecó que se condenara a la entidad demandada a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$114'600.000.00.

2. Como fundamento de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

2.1. A finales de julio de 1996, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, a través de la Secretaría de Obras Públicas inició la construcción de un box-couvert en la carrera 6ta – vía la cordialidad – con calle 99b. En curso la obra, los obreros dispusieron ubicar los escombros frente a la puerta de entrada de las instalaciones de la empresa Salomón Melo C. Ltda., obstruyendo el desarrollo de su actividad comercial.

2.2 En las instalaciones o campamento, la empresa recibía los pedidos de alquiler de vehículos y compra de materiales de construcción, también allí se

encontraba parqueada la maquinaria pesada, equipo industrial, piezas, repuestos, herramientas y demás materiales para proveer a sus contratistas.

2.3 En desarrollo del trabajo público en cuestión, a la entrada del establecimiento comercial se arrojaron escombros como tierra, arena, piedra, palos, etc., producto de la excavación y extracción de la obra. Lo anterior, originó el bloqueo total de la entrada y salida de los vehículos y materiales de la empresa durante 21 días consecutivos.

2.4 En varias oportunidades, el señor Melo Cepeda reclamó a las autoridades municipales por el daño que consideraba injusto y solicitó su reparación, a lo que la Alcaldía, inicialmente, hizo caso omiso. Posteriormente, la Secretaría de Obras Públicas contestó justificando el hecho con el argumento de la primacía del interés general sobre el particular, en tanto se trataba de un servicio público, y a su vez negó el hecho sosteniendo que era el representante de la empresa quien había perturbado la ejecución normal de la obra pública.

2.5 Con motivo del bloqueo de las instalaciones de la empresa, no se pudo cumplir con dos contratos celebrados de manera previa, relacionados con el arrendamiento de maquinaria pesada industrial: el primero, por un valor de \$55'000.000.00; y el segundo, por un valor de 44'280.000.00; en consecuencia, la empresa se vio obligada a cancelar las cláusulas penales pactadas por un valor de 10'000.000.00. De manera adicional, el cese del arrendamiento diario de los vehículos disponibles produjo pérdidas estimadas en 15'120.000.00.

2.6 La perturbación temporal del establecimiento de comercio, desde el 31 de julio al 21 de agosto de 1996, privó a su propietario de las ganancias producto del desarrollo normal de la actividad económica, ya que la ubicación de los escombros provenientes de la obra pública no permitieron la movilidad de maquinaria y materiales de construcción.

3. La demanda fue admitida, en auto del 16 de mayo de 1997, y notificada en debida forma.

En la contestación, el apoderado del Distrito de Barranquilla se opuso a las pretensiones, al exponer que ninguno de los hechos le constaban, además, sostuvo que no existió la vulneración alegada toda vez que no ocurrió una

ocupación permanente del inmueble propiedad de la empresa demandante. Finalmente, propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, comoquiera que no se encontraba probada la propiedad sobre el inmueble afectado por la supuesta ocupación.

En escrito presentado el 7 de octubre de 1997, el agente del Ministerio Público solicitó llamar en garantía al ingeniero o funcionario encargado de la ejecución de la obra, fundamentada la petición en la relación contractual existente, además consideró que por haber sido éste quien dispuso la acumulación de desechos en la entrada de las instalaciones de la sociedad demandante, era la persona llamada a responder.

En auto del 19 de octubre de 1999, fue admitido el llamamiento realizado a la sociedad Viñas Russi & Cía. Ltda., representada legalmente por Pedro Russi Díaz, y notificada en debida forma.

4. Concluida la etapa probatoria, iniciada por auto del 10 de mayo del 2000, y fracasada la conciliación, se corrió traslado para alegar en proveído del 31 de julio de 2002.

4.1. El apoderado de la sociedad demandante, posterior a un análisis probatorio sostuvo que el daño antijurídico y la falla en el servicio por parte de la administración se encontraban acreditados, de allí que debía declararse la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada; afirmó que las fotografías y los testimonios obrantes dan cuenta de la perturbación ocasionada por la ubicación de los escombros extraídos de la obra pública, así como de los contratos incumplidos en razón del bloqueo al establecimiento de comercio; manifestó que la inspección judicial practicada permitió establecer que la maquinaria perteneciente a la empresa era preexistente a la construcción del box-culvert confirmando lo expresado en la demanda. Consideró que el dictamen pericial fue asertivo en tasar los perjuicios por un total de \$188'385.311.00 teniendo en cuenta los contratos inconclusos y las pérdidas de la producción diaria por concepto de alquiler de la maquinaria durante el tiempo en que estuvo parado el negocio; además resaltó que los peritos expresaron la posibilidad de ubicar los elementos extraídos en sitios diferentes sin necesidad de ocasionar el daño alegado por la demandante.

4.2. A su turno, la entidad demandada y la llamada en garantía en escritos separados, al hacer el análisis de imputación solicitaron que se tuviera en cuenta que desde una perspectiva constitucional ningún derecho era de carácter absoluto, por lo que en aplicación del principio de solidaridad que rige el Estado Social de Derecho pueden restringirse derechos como el de propiedad privada, libertad económica e iniciativa privada, en atención al interés general, en este sentido, frente a una política urbanística en cumplimiento de fines estatales no es procedente alegar una violación a la libertad económica en virtud de la función social de la propiedad.

Posterior a un análisis de los regímenes de responsabilidad estatal, consideraron que si bien, con ocasión a la ejecución de una obra pública se produjo el taponamiento transitorio de la vía que enmarcaba el acceso a la propiedad del demandante, de lo que se pudo derivar molestias, lo cierto era que la sociedad demandante tenía la obligación jurídica de soportar esta carga en aras del bienestar común y el interés general sin que de ello pueda pretender un provecho patrimonial distintos al beneficio común derivado de la realización de la obra, V.gr., la valorización de la propiedad.

Concepto del Ministerio Público

El agente del Ministerio Público solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda al considerar que no estaba probado el hecho dañoso, puesto que los oficios suscritos por la administración distrital que dieron respuesta a las peticiones realizadas la demandante sólo dan cuenta de la ejecución de la obra mas no del perjuicio ocasionado a la demandante. De otro lado, expresó que de acreditarse el daño, éste no tendría el carácter de antijurídico en razón a que se derivó del desarrollo de una actividad lícita encaminada a la satisfacción del bienestar general como en efecto resulta la construcción de una obra pública.

Sentencia de primera instancia

En sentencia del 22 de octubre de 2003, proferida por Tribunal Administrativo del Atlántico, se declaró la responsabilidad solidaria del Distrito de Barranquilla y del llamado en garantía, Viñas Russi & Cía. Ltda, por la ocupación del inmueble de propiedad de la sociedad demandante. En su criterio, la parte demandada incurrió en una falla en el servicio al obstaculizar la entrada a las instalaciones de la

empresa Salomón Cía Ltda., impidiéndole el normal desarrollo de su actividad comercial, lo que constituía a su vez una ocupación temporal del bien inmueble. Además, consideró que la parte demandada debió adoptar medidas previas, tales como informar a la demandante sobre la iniciación y desarrollo de la obra pública lo cual habría permitido mejor coordinación en el depósito de los escombros y evitar el taponamiento de las vías de acceso de la empresa demandante.

Recurso de Apelación

1. En la oportunidad procesal, la parte demandante, la demandada y el Ministerio Público, interpusieron recursos de apelación contra la sentencia, los cuales fueron concedidos en proveído del 10 de marzo de 2004 y admitidos el 9 de julio siguiente. Se advierte que se omitió pronunciamiento respecto de la impugnación realizada por el Ministerio Público.

1.1 En la sustentación, el apoderado del Distrito de Barranquilla, sostuvo que el régimen bajo el que se debe analizar la responsabilidad en el caso de ocupación de inmuebles, es el objetivo a título de daño especial, no obstante, su aplicación no era automática sino que dependía de que se verificara de la vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley y las cargas públicas. A su juicio, en el presente caso, al demandante no se le vulneró su derecho a la igualdad sino que soportó, en la misma medida de sus demás conciudadanos, la carga que impone la realización de una actividad en beneficio del interés general como es la construcción de una obra pública, así las cosas, al no ser el perjuicio alegado de naturaleza anormal no tiene el carácter de indemnizable.

De manera adicional, advirtió que las pretensiones recaían sobre un perjuicio incierto, puesto que los contratos no daban certeza de su cuantía y el estimado de la producción de la maquinaria paralizada, realizado en el dictamen pericial se basó en especulaciones carentes de objetividad.

1.2 El agente del Ministerio Público solicitó revocar la sentencia de primera instancia al afirmar que no quedó demostrado que el daño sufrido por el demandante fuera inevitable, especial o anormal. Sostuvo que el acervo probatorio no era suficiente para acreditar la existencia de los escombros que causaron el daño alegado; así también, manifestó que la valoración probatoria realizada en la parte motiva no era suficiente para concluir la responsabilidad, puesto que el

fallador de instancia se había limitado a dar por cierto lo expresado en los testimonios y en los dictámenes periciales en lo relativo a perjuicios, los cuales fueron tasados en forma desproporcionada teniendo en cuenta la escasa temporalidad en la perturbación por lo escombros. Finalmente, pidió desechar las conclusiones expresadas por los peritos al considerar ilógico afirmar que la disminución en las utilidades reportadas por la empresa se debió exclusivamente al bloqueo, sin considerar las diversas dinámicas del mercado.

Finalmente, advirtió que la sentencia al declarar la responsabilidad solidaria del Distrito de Barranquilla y la llamada en garantía, la empresa Viñas Russi & Cía. Ltda., no estableció la relación sustancial existente entre éstas para efectos de determinar los porcentajes y restituciones a cargo de la segunda.

1.3 La apoderada de la parte demandante apeló la liquidación de los perjuicios y solicitó que se le reconocieran los causados por el incumplimiento del contrato de arrendamiento de maquinaria industrial suscrito con el señor Álvaro Gual Mozo, el cual estaba pactado por un valor de \$55'200.000.00.

2. En auto del 8 de octubre de 2004 se corrió traslado para alegar de conclusión. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes y el Ministerio Público, contra la sentencia del 22 de octubre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, para tal efecto se analizará, la existencia del daño antijurídico y si éste resulta imputable a la demandada.

Previo a resolver de fondo, debe precisarse que la Sala resolverá la controversia con fundamento en lo establecido en el artículo 357 del C.P.C., es decir, abordará los extremos de la litis sin limitación alguna, excepto la que impone el principio de congruencia, puesto que la parte demandante, la entidad demandada y el Ministerio Público, interpusieron recursos de apelación contra la providencia de primera instancia.

1. Sobre la posible valoración de las fotografías que fueron allegados al proceso por el demandante, y que pretenden demostrar la ocurrencia de un hecho, debe precisarse que éstas sólo dan cuenta del registro de varias imágenes, sobre las cuales no es posible determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas, y al carecer de reconocimiento o ratificación, no pueden ser cotejadas con otros medios de prueba allegados al proceso.

Sobre el valor probatorio de las fotografías, la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento, señaló:

“(…) 3.7.1 La fotografía es un medio probatorio documental de carácter representativo. Es un objeto que muestra un hecho distinto a él mismo, el cual emerge del documento sin que tenga que hacerse un ejercicio de interpretación exhaustiva de su contenido. Esto significa que la representación debe ser inmediata, pues si a simple vista la fotografía muestra una variedad de hechos posibles, *“ella formará parte de la prueba indiciaria, ya que está contenida en la mente de aquél (el intérprete), y no en el objeto que la documenta”*¹.

“3.7.2 Al igual que el dictamen pericial, la fotografía es un medio que el juez está en obligación de valorar dentro del conjunto probatorio partiendo de las reglas de la sana crítica. No obstante, la jurisprudencia ha establecido unos parámetros específicos para su correcta apreciación. En primer lugar, como es tradición tratándose de un documento, debe verificarse su autenticidad conforme a la normatividad correspondiente, dependiendo de si las imágenes fotográficas aportadas al proceso constituyen un documento público o privado.

Pero superado este examen, el Consejo de Estado ha sostenido que las fotografías por sí solas no acreditan que la imagen capturada corresponda a los hechos que pretenden probarse a través de ellas. Debe tenerse certeza de la fecha en la que se capturaron las imágenes y, para ello, corresponde al juez efectuar un cotejo de las fotografías con testimonios, documentos u otros medios probatorios:

“Las fotografías o películas de personas, cosas, predios, etc., sirven para probar el estado de hecho que existía en el momento de ser tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez; pero como es posible preparar el hecho fotográfico o filmado, es indispensable establecer su autenticidad mediante la confesión de la parte contraria o de testigos presentes en aquel instante o que hayan formado parte de la escena captada o intervenido en el desarrollo posterior del negativo o por el examen

¹ Parra Quijano, op. cit. p. 543. (Cita interna)

del negativo por peritos o por un conjunto fehaciente de indicios; cumplido este requisito, como documentos privados auténticos, pueden llegar a constituir plena prueba de hechos que no requieran por ley un medio diferente; si falta, tendrá un valor relativo libremente valorable por el juez, según la credibilidad que le merezcan y de acuerdo con su contenido, las circunstancias que pudieron ser obtenidas y sus relaciones con las demás pruebas (...) También son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en la fotografía a la persona de la cual habla o el lugar o la cosa que dice haber conocido; en estos casos, el testimonio adquiere mayor verosimilitud. Los Códigos de Procedimiento Civil y Penal colombianos lo autorizan”²

“3.7.3 En este orden de ideas, el valor probatorio de las fotografías no depende únicamente de su autenticidad formal sino de la posibilidad de establecer si la imagen representa los hechos que se le atribuyen, y no otros diferentes en razón del tiempo, del lugar o del cambio de posición de los elementos dentro de la escena capturada. Para ello, el juez debe valerse de otros medios probatorios, apreciando razonablemente el conjunto”³. (Negrillas fuera del texto)

Conforme a lo anterior, se tiene que las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar. En el asunto en estudio, de las fotografías aportadas no se puede determinar su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o ratificación.

2. A su vez, la Sala considera necesario destacar si le asiste o no interés jurídico a los agentes judiciales del Ministerio Público para impugnar las decisiones judiciales proferidas en los procesos contencioso administrativos, con independencia de que el recurso impetrado pueda afectar –positiva o negativamente– a las partes –demandante o demanda– intervinientes en el proceso contencioso.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera Subsección A. Sentencia del 10 de marzo de 2011. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. De esta misma Corporación ver también las sentencias de la Sección Primera, proferidas el 30 de agosto de 2007 y el 25 de marzo de 2010. M.P. Lafont Pianeta; y la sentencia de febrero 3 de 2002, Exp. 12.497. (Cita intern)

³ Corte Constitucional. Sentencia del 29 de marzo de 2012. Expediente T-269. MP. Luis Ernesto Vargas Silva

En ese orden de ideas, debe señalarse, que la Sala Plena de la Sección Tercera, en proveído de unificación jurisprudencial del 27 de septiembre de 2012, al resolver por importancia jurídica el proceso No. 2008-00557 (44.541), precisó en relación con la capacidad con que cuenta el Ministerio Público para impugnar las decisiones proferidas por esta jurisdicción, lo siguiente:

“... En consecuencia, el hecho de que exista un agente que es parte del proceso contencioso, y que representa el interés general en la defensa del ordenamiento jurídico, el patrimonio público y los derechos fundamentales, no puede ser entendido como una violación a los principios de igualdad y al debido proceso, por cuanto una norma constitucional (art. 277), apoyada en tres principios constitucionales hace viable su intervención, lo que además refleja el denominado “espíritu del Constituyente”, es decir, que la interpretación literal, teleológica, histórica, jurisprudencial en materia constitucional, y la lógica razonable son concordantes y convergentes en que el Ministerio Público tiene amplias facultades –las que le asisten a las partes en el proceso– para solicitar, por ejemplo, la vinculación de terceros, deprecar el decreto de pruebas, impugnar las decisiones proferidas en el proceso, etc., siempre que se acredite, se itera, que medie un interés de protección al patrimonio público, al orden jurídico y los derechos fundamentales.

“4.6. En similar sentido, el artículo 303 de la ley 1437 de 2011 – nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– determina lo siguiente:

“ARTÍCULO 303. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante o como sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.”

“En los procesos ejecutivos se notificará personalmente al Ministerio Público el mandamiento de pago, la sentencia y el primer auto en la segunda instancia.

“Además tendrá las siguientes atribuciones especiales:

“1. Solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos, que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública.

“2. Solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos.

“3. Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales.

“4. Interponer los recursos contra los autos que aprueben o imprueben acuerdos logrados en conciliación judicial.

“5. Interponer los recursos extraordinarios de que trata este Código.

“6. Solicitar la aplicación de la figura de la extensión de la jurisprudencia, y la aplicación del mecanismo de revisión eventual de providencias de que trata este Código.

“7. Adelantar las conciliaciones prejudiciales o extrajudiciales.

“(...)” (Se destaca).

“Como se aprecia, el Ministerio Público bajo la égida del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo “CPACA”, puede ostentar dos calidades: la de parte o la de sujeto procesal especial.

“En consecuencia, deja de ser catalogado como parte pero la ley mantuvo las capacidades que desde el Decreto 01 de 1984 se le asignaron a los agentes del Ministerio Público, esto es, la potestad de intervención en todos los procesos e incidentes contencioso administrativos con el fin de defender el ordenamiento jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales.

“Se trata, por consiguiente, de un sujeto procesal que con total independencia y autonomía de las partes defiende los principios de legalidad, de prevalencia del interés general, y de protección y garantía de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos.

“Por lo tanto, el Ministerio Público sigue siendo bajo la nueva legislación un tercero garante que, con total independencia de las partes, defiende la protección de intereses jurídicos superiores establecidos por el Constituyente. De manera tal que, no es posible asimilar o asemejar la labor encomendada al Ministerio Público con la actividad que desarrolla la nueva Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado creada mediante el artículo 5º de la ley 1444 de 2011⁴ y desarrollada por el Decreto - ley 4085 de 2011, que en su artículo 2º estableció como objetivos de esa entidad: *“el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por*

⁴ “ARTÍCULO 5o. *SECTOR ADMINISTRATIVO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO.* El Sector Administrativo de Justicia y del Derecho estará integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo. PARÁGRAFO. Créase la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá como objetivo la estructuración, formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para ello, tiene como misión planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y fomentar el respeto de los derechos fundamentales.”

el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación.”

“De igual forma, la ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso– estableció en el Libro Quinto, Capítulo II, Título II, la forma de intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para lo cual, en el artículo 610 se consagró la posibilidad de que esa Unidad Administrativa participe en cualquier proceso judicial como: i) interviniente en donde sea parte una entidad pública o donde lo considere necesario para defender los intereses del Estado y ii) como apoderada judicial de las entidades públicas, facultada inclusive para presentar demandas a nombre de las mismas.

“4.7. Como corolario de lo anterior, el Ministerio Público refleja el ejercicio de una función constitucional, autónoma, independiente, cuyo objetivo ha sido el control de la actuación pública. Por consiguiente, su participación en los procesos judiciales y, concretamente en los de naturaleza contencioso administrativa, tiene como objetivo el ser garante de la legalidad en sentido material, la protección del patrimonio público en respeto del principio de primacía del interés general y la concreción o materialización de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en los procesos como partes o sujetos procesales.

“De modo que, lejos de ser considerada su participación como una coadyuvancia respecto de las partes, su intervención desborda la simple presentación o emisión del concepto al interior del proceso y, por lo tanto, supone una activa dinámica en la que el Procurador General de la Nación o sus delegados en una permanente dialéctica con el juez, las partes y los intervinientes sea el encargado de velar por el respeto de los cánones constitucionales y legales, de la protección del erario, y de los derechos que son inherentes y esenciales a la persona.

“Así las cosas, la intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso administrativo es principal y relevante, sin que sea posible limitar sus facultades por parte del Juez de lo Contencioso Administrativo, en razón a que este último lo que deberá verificar es que exista el interés en la respectiva actuación desplegada por el agente o el procurador respectivo, esto es, que el derecho o instrumento procesal que se esté ejerciendo –sin importar su naturaleza– sea procedente según la ley adjetiva y, de otro lado, que le asista interés en el mismo, lo cual se verificará a partir del análisis del contenido del acto procesal, pues tendrá que estar encaminado materialmente a la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, independiente de la forma que lo rodee.

“4.8. Ahora bien, no obstante las anteriores consideraciones y precisiones, resulta pertinente señalar que no empece a las

amplias facultades del Ministerio Público, sí le está vedado desplazar a las partes o demás sujetos procesales, así como relevarlas de cualquier carga o deber procesal. Por manera que, se torna necesario que el juez verifique –al momento de definir la admisión o decidir de fondo los recursos interpuestos por los agentes o delegados del Procurador– si el fundamento de la impugnación está relacionado materialmente con alguno de los objetivos o fines constitucionales de intervención, esto es, la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos fundamentales.

“Es decir, existe una carga argumentativa en cabeza del Ministerio Público que consiste en señalar de manera expresa cuáles son las circunstancias, razones o motivos en virtud de las cuales ejerce los medios de oposición a las providencias, así como identificar el apoyo constitucional de su postura. En otros términos, es preciso que el Procurador General de la Nación o sus delegados determinen el escenario constitucional que sirve de fundamento para la impugnación (v.gr. la defensa del orden jurídico, el patrimonio público o las garantías fundamentales) y las razones expresas por las cuales el respectivo recurso se orienta a la protección de alguno de esos fines, varios de ellos o todos.

“5. Por último, en el caso concreto se admitirá el recurso de apelación interpuesto por la demandada, Fiscalía General de la Nación, pero será inadmitido el presentado por el Ministerio Público, toda vez que no se cumplió con la carga mínima de argumentación en relación con el vínculo que deben tener las razones de la impugnación con los objetivos y derroteros fijados por el Constituyente en el numeral 7 del artículo 277 de la Carta Política.

“En efecto, se reitera, el Ministerio Público está llamado a participar de forma activa –como sujeto procesal especial– en los procesos contencioso administrativos, pero siempre circunscrita su actuación a la materialización de los objetivos indicados en el texto constitucional, esto es: i) la defensa del orden jurídico, ii) la protección del patrimonio público o iii) la garantía efectiva de los derechos fundamentales de los asociados.

“De esta manera, se garantiza que exista ecuanimidad respecto de las partes y/o sujetos procesales, sin que conlleve a la búsqueda de un rompimiento del principio de igualdad material en el proceso. Bajo esta óptica se respeta con particular énfasis la función constitucional del Ministerio Público, y se evita o se previene que este último desplace injustificadamente a las partes en relación con sus cargas, deberes y obligaciones dentro de la actuación procesal.

“Como corolario de lo anterior, siempre será susceptible que los agentes del Ministerio Público –como representantes de la sociedad– actúen en el proceso contencioso administrativo, inclusive a través de la interposición de recursos legales, pero deben razonar y justificar de manera expresa la relación que existe entre el mecanismo de impugnación específico y cualquiera –o

todos— de los objetivos de intervención delimitados en la Constitución Política de 1991...”⁵

Establecida la capacidad del Ministerio Público para intervenir dinámicamente como parte especial en los procesos contenciosos administrativos, se hará la verificación de si el fundamento de la impugnación está relacionado materialmente con alguno de los objetivos o fines constitucionales de intervención, esto es, la defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos fundamentales, derroteros establecidos por la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, para efectos de su admisión y estudio.

Al respecto, debe señalarse, que en el asunto *sub examine*, el Ministerio Público cumplió con la carga mínima de argumentación en relación con el vínculo que deben tener las razones de la impugnación, pues del documento que lo contiene se advierte cuál es el objetivo superior y concreto que persigue con su actuación, y esta es, la defensa del patrimonio público; por lo tanto, resulta imperativo estudiar de fondo la argumentación constitucional esgrimida para impugnar el fallo del 22 de octubre del 2003 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

De otro lado, se advierte que si bien el *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público, en esta instancia se omitió pronunciamiento sobre el particular, situación sobre la que, si bien, las partes guardaron silencio, compete a la Sala hacer algunas consideraciones por constituir una posible nulidad procesal.

El artículo 140 del estatuto procesal civil, aplicable por remisión expresa del 208 de la ley 1397 del 2011, dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.
2. Cuando el juez carece de competencia.
3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.
5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.

⁵ Consejo De Estado. Sección Tercera. Auto del 27 de septiembre de 2012. CP. Enrique Gil Botero.

6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.

7. 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.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

PARAGRAFO. **Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.** (Negrillas y subrayas de la sala).

Aun cuando la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 43 de junio 5 de 1986, esto es, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, había declarado exequible la expresión "*solamente*" , *ut supra*, dentro de la referida regulación normativa, la Corte Constitucional, en sentencia C-491 de 1995, se vio avocada a hacer un nuevo pronunciamiento para responder a los cargos de una demanda, con fundamento en la normativa ahora vigente, Constitución de 1991, reiterando el carácter taxativo de la disposición y exponiendo con especial *sindéresis* lo siguiente:

"No se opone a la norma del art. 29 de la Constitución la circunstancia de que el legislador señale taxativamente las causales o motivos de nulidad, por las siguientes razones:

La Constitución en el art. 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto. En tal virtud, la regulación del régimen de las nulidades, es un asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso.(...)
Es el legislador, como se advirtió antes, quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por

carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador.

Las atribuciones del legislador en la materia contribuyen a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica, en lo atinente al desarrollo de las actuaciones procesales, en cuanto presume, acorde con los principios de legalidad y de buena fe que rigen las actuaciones de las autoridades públicas, la validez de los actos procesales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a la invocación de una de las causales específicamente previstas en la ley. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas. El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos." (Negrillas y subrayas de la sala).

La jurisprudencia constitucional ha señalado, de forma reiterada, que la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio no puede servir al propósito de hacer que las ritualidades procesales se conviertan en un fin en sí mismas, pues la prevalencia del derecho sustancial impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos de las partes y demás intervinientes en los procesos; de igual modo ha indicado que se incurre también en defecto procedimental, cuando, en aras de otorgarle plena satisfacción a requisitos de índole formal resultan sacrificados otros derechos de índole constitucional⁶.

En consecuencia, se transgrede el debido proceso cuando en determinado caso, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales y la no yuxtaposición de las garantías fundamentales como el derecho a una tutela judicial efectiva, deviene igualmente una denegación de justicia.

Ahora bien, a efectos de dar preeminencia al derecho sustancial en menoscabo de la formalidad, impone preguntarse acerca de cuál garantía procura salvaguardar el artículo 212 del C.C.A, al disponer que una vez sustentado el recurso y, reunidos los demás requisitos legales debe ser admitido mediante auto que se notificará a

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-531 de 25 junio de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

las partes y al Ministerio Público; y analizar si en el presente caso, al omitir el cumplimiento de la formalidad, se puso en riesgo el núcleo de la garantía protegida.

La respuesta no requiere mayores disquisiciones, por cuanto la teleología procesal en el *sub – iudice*, evidencia que la norma tiene como finalidad proteger el principio de la doble instancia una vez se hayan verificado los presupuestos legales que habiliten al *ad quem* en el conocimiento del asunto sometido a examen judicial, para, de este modo, materializar la competencia funcional que por imperativo de ley, le es atribuida. El caso bajo examen, indiscutiblemente se circunscribe en un proceso con vocación de doble instancia en el que los recursos fueron interpuestos y sustentados en la oportunidad legal, sin que se haya lesionado el principio de bilateralidad de la audiencia, *audiatur altera pars*, ni otros de trascendencia imperativa, como los que atañen a los supuestos de validez del proceso.

En ese orden de ideas, siendo diáfana la taxatividad de la norma y con ello, el alcance restrictivo de interpretación de los presupuestos bajo los cuales es admisible la declaratoria de nulidad del proceso, se impone señalar que la ausencia de admisión del recurso interpuesto por el Ministerio Público no constituye *per se*, una causal de nulidad que invalide la actuación judicial surtida, habida cuenta de que (i) no está consagrada en ninguna de las causales específicamente enlistadas en la disposición en comento, (ii) y porque una interpretación en sentido contrario no solo contravendría la hermenéutica de la exégesis impuesta por el legislador, sino que desconocería la finalidad constitucional que envuelve la intervención del Ministerio Público en los procesos judiciales, en el presente caso, la defensa del patrimonio público.

3. Al proceso, para el establecimiento de los hechos relevantes del análisis de responsabilidad, se allegaron los siguientes medios probatorios:

3.1 Copia auténtica del certificado de existencia y representación de la empresa Salomón Melo C. Limitada, en el que se indica que el gerente es Salomón Melo Cepeda y tiene como objeto social la explotación de materiales de construcciones y edificaciones, así como todo negocio que tenga relación con el objeto social principal. –Fls. 2 a 4 Cdno del Tribunal-

3.2 Petición dirigida al alcalde del Distrito de Barranquilla, Edgar George González, radicada el 2 de agosto de 1996, en la que el señor Salomón Melo Cepeda, denuncia la perturbación de la que es objeto la sociedad a la que representa y solicita dar solución a esa circunstancia, lo anterior en los siguientes términos:

1) Sobre la vía Cordialidad de esta ciudad, 200 metros antes de la vía circunvalar, funcionan desde varios años las instalaciones de firma SALOMÓN MELO C. LTDA., dentro de cuyos campamentos permanecen diaria y nochemente (sic) vehículos automotores de transporte de materiales de construcción y otros, maquinaria pesada industrial como cargadores, buldózers, motoniveladoras, vibro-compactadores, volquetas y tractomulas los que diariamente deben entrar y salir de los campamentos para el cumplimiento de los contratos celebrados entre la citada empresa y sus clientes, especialmente arquitectos e ingenieros contratistas.

2) Desde el 31 de julio en curso, así como ayer y hoy, 1º y 2 de agosto/96, personal de trabajadores que dicen estar ejecutando un contrato para las obras públicas del distrito de Barranquilla -un box-coulvert-, realizaron excavaciones y con los escombros arrumados en gran cantidad y altura bloquearon la entrada al campamento de la entidad SALOMÓN MELO C. LTDA. y en tal forma paralizaron todas las actividades industriales y comerciales, pues no puede entrar ni salir ninguno de los vehículos relacionados en el numeral anterior, para cumplir los contratos celebrados de arrendamiento de equipos y movilización de materiales para proveer contratistas, causando así a la empresa graves daños y perjuicios en los ordenes material y moral. (...)

PETICIÓN Solicito a Usted, señor Alcalde, como representante legal del Distrito de Barranquilla, impartir las órdenes de carácter urgente para que cese la perturbación y no se nos sigan causando los daños precitados, con la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales del trabajo y de la propiedad. Asimismo, que se indemnicen en (sic) favor de la empresa que legalmente represento los perjuicios materiales y morales causados por los actos antes denunciados, perjuicios consistentes en el daño emergente y lucro cesante consistentes en la imposibilidad de cumplir importantes contratos industriales y comerciales, así como la total parálisis de la Entidad, daños comprendidos entre la fecha de iniciación de la perturbación y la (sic) en que se produzca la cancelación correspondiente. Al efecto y con el fin de facilitar la estimación y liquidación de los mismos, desde ahora sugiero a Usted la figura de la conciliación y así nos evitaríamos de acuerdo ante estrados judiciales, todo en aras de los principios de economía y celeridad, a más del de eficacia de la administración.

3.3 En igual sentido, exponiendo los mismos hechos obran las peticiones radicados en las fechas 5, 6, 15, 27 de agosto y 3 de septiembre de 1996, dirigidas a la Alcaldía Distrital de Barranquilla. -Fls. 7 a 11 Cdno. Tribunal-

3.4 Respuesta a derechos de petición radicados los días 2, 5 y 6 de agosto de 1996, fechado el 27 del mismo mes y anualidad, en la que el Distrito de Barranquilla contesta al peticionario, lo siguiente:

“El Distrito de Barranquilla, a través de su Secretaría de Obras Públicas viene ejecutando la construcción de un box-couvert en la carretera 6 (Vía Cordialidad) con la calle 99B, obra pública que tiene como finalidad la satisfacción del servicio para la comunidad del sector y de toda la ciudadanía Barranquillera (sic), de gran magnitud social por corresponder a una arteria importante como es la Vía La Cordialidad. Por ello la obra en ejecución ha tenido la estricta supervisión de la Interventoría de la Secretaría de Obras Públicas Distritales y simultáneamente con la percepción directa que he mantenido sobre ella, goza de las mejores especificaciones técnicas implicando la toma de medidas para garantizar la calidad de la obra y el tránsito vehicular durante la ejecución de la misma, con el cuidado que ésta merece para satisfacer el interés colectivo, motivo por el cual hemos coordinado con otras dependencias del Distrito lo pertinente para garantizar la feliz culminación de la obra pública, conllevando inclusive al control y restricción del tráfico vehicular en la zona misma. (...)” -Fl. 12 Cdo. Tribunal- [Resalta la Sala]

Posteriormente, en oficio fechado el 20 de septiembre de 1996, suscrito por el Secretario de Obras Públicas del Distrito, Iván Insignares Logan, en ampliación de la anterior respuesta, expuso:

“Reiteramos a Usted que fundamento en la Constitución Política de Colombia el interés colectivo prima sobre el interés particular, máxime que la Obra Pública contratada por la entidad estatal Distrito de Barranquilla satisface una necesidad colectiva y que presta un servicio público. Por ello el Distrito de Barranquilla por medio del Instituto de Transporte y Tránsito durante la ejecución de la obra controló el tráfico vehicular en el sector a fin de evitar traumatismos en el flujo vehicular por el mismo servicio público a garantizar. Simultáneamente la inspección de policía de reacción inmediata, en julio 31 de 1996, protegió el desarrollo de la obra enfatizando en la diligencia el interés general a garantizar con la diligencia policiva, manifestando que existió actos de entorpecimiento a los trabajos de Obra Pública adelantados por el Distrito. De igual manera consideramos irrespetuosa, la posición del peticionario Melo Cepeda de desconocer la seriedad que implica la ejecución de una obra pública sin que signifique “pretexto” alguno por parte de la administración DISTRITAL, por ser hecho notorio el desarrollo del trabajo en una vía compleja e importante de la ciudad, como lo es la Vía “Cordialidad”. Concordante con lo anteriormente expuesto y no obstante a las medidas previsivas y técnicas tomadas por el Distrito de Barranquilla, la entidad comercial que Usted representa no fue perturbada en sus actividades operativas de manera absoluta ni mucho menos vulnerado los derechos fundamentales que usted alega en su escrito habersele coartado, ya que a sus instalaciones se tenía libre acceso peatonal o vehicular, sin embargo, de manera irresponsable y unilateral la empresa que usted dirige obstaculizó la normal ejecución de los trabajos a cargo del distrito,

imponiendo con dolosa intención la operación de la maquinaria de la firma contratista sobre la vía pública al colocar un cargador que ameritó la intervención policiva del inspección de reacción inmediata. (...)” -Fls. 13 y 14 Cdo Tribunal-

3.5 Copia auténtica del contrato de arrendamiento de maquinaria pesada industrial, suscrito por la empresa Salomón Melo C. Ltda., en calidad de arrendadora y Álvaro Gual Mozo, como arrendatario; el negocio se firmó por un término de 4 meses contados a partir del 1° de agosto de 1996, si bien, se determina que el valor total del contrato es indeterminado en tanto no se tiene certeza sobre las horas diarias en que se utilizará la maquinaria se estima por un valor mínimo de \$55'200.000.00, el cual sería cancelado en cuotas, y la primera de ellas se pagaría al momento de la suscripción del negocio por la suma 10'000.000.00. Finalmente, en caso de incumplimiento, se pactó una cláusula penal por el valor de \$5'000.000.00 y la posibilidad de resolución unilateral del contrato.

3.6 Copia simple del cheque No. 9036178 del Banco de Colombia, con fecha del 31 de julio de 1996, por el valor de 10'000.000.00, suscrito por Álvaro Gual Mozo, con orden de pagar a Salomón Melo C. Ltda.

3.7 Copia auténtica de memorial suscrito por Álvaro Gual Mozo, con fecha de 5 de agosto de 1996, en el que manifiesta que en virtud del incumplimiento del contrato de arrendamiento de equipo, solicita a la empresa Salomón Melo C. Ltda. abstenerse de consignar el cheque No. 9036178 del Banco de Colombia por el valor de 10'000.000.00, y requiere pagar la suma de 5'000.000.00 conforme a lo pactado en el contrato relacionado con los perjuicios.

3.8 Copia auténtica del contrato de arrendamiento de maquinaria industrial y vehículos, suscrito por la empresa Salomón Melo C. Ltda., en calidad de arrendadora y Raúl Cabrera Jaramillo como arrendatario; el negocio se firmó por un término de 3 meses contados a partir del 2 de agosto de 1996, en el que si bien, se señala que el valor total del contrato es indeterminado en tanto no se tiene certeza sobre las horas diarias en que se utilizará la maquinaria se estima por un valor mínimo de \$44'280.000.00, el cual sería cancelado en cuotas, siendo la primera de ellas pagadera al momento de la suscripción del negocio por la suma 5'000.000.00. Finalmente se advierte que, en caso de incumplimiento, se pactó una cláusula penal por el valor de \$5'000.000.00 y la posibilidad de resolución unilateral del contrato por la contraparte.

3.9 Copia simple del cheque No. 9498520 del Banco de Bogotá, con fecha del 6 de agosto de 1996, por el valor de 6´000.000.oo. –Fl.22 Cdno Tribunal-

3.10 Certificación suscrita por la jefe de servicios y operaciones del Banco de Bogotá, Martha Salazar Bedoya, fechada el 30 de marzo de 2001, en la que se advierte que para el 6 de agosto de 1996 no había sido cobrado el cheque No. D-9498520 por la suma de \$6´000.000.oo perteneciente a la cuenta corriente 467-3618-2 de Raúl Cabrera Jaramillo.

3.11 Copia auténtica de memorial firmado por Raúl Cabrera Jaramillo, con fecha de 6 de agosto de 1996, en el que manifiesta no haber podido retirar la maquinaria objeto del contrato debido a que no se podía entrar ni salir del campamento propiedad de la empresa Salomón Melo C. Ltda., por lo cual da por terminado el negocio e informa haber ordenado a su banco el no pago del cheque firmado por un valor de 6´000.000.oo y a su vez solicita la cancelación de los perjuicios conforme a la cláusula octava del contrato por un valor de 5´000.000.oo.

3.12 Respuesta a oficio No. 1.153-D en el que el Tribunal solicitó información sobre el contratista que tenía a su cargo la ejecución de la obra, en la que el secretario de Obras Públicas distrital, Antonio Peñaloza Núñez, detalló:

“(…) La construcción de un box-couvert en la **carrera 6 con calle 99 hace parte del objeto del contrato de obra pública No. CD 066-96**, por valor 117.912.742,18 suscrito con la firma contratista VIÑAS RUSSI & CIA LTDA., representada legalmente por PEDRO RUSSI DÍAZ, de conformidad con el acta de recibo final de obra de fecha 22 de enero de 1.997, que adjunto a la presente. **Aclaremos que en el contrato de obra mencionado y en el acta de recibo final no aparece registrada la calle 99B sino la calle 99 con la carrera 6.** (…)” -Fl. 68 Cdno Tribunal- [Resalta la Sala]

3.13 Copia simple del contrato de obra pública No. 066-96, suscrito el 5 de diciembre de 1996 por el Distrito de Barranquilla y el contratista Viñas Russi y Cia. Ltda. en el que se especifica:

“(…) CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO: El objeto de este contrato es: Construcción en box-couvert y canal de desagüe en la kra. 6 con calle 99 y adecuación de la vía alterna a la kra. 6 (cordialidad), calle 98C entre kras. 6 y 6E; calle 99 entre kras. 6 y 6M; kra 6C calles 68C y calle 99C. (…)” Fls. 180 a 184 Cdno. Tribunal-

3.14 Copia simple del acta de inicio de la ejecución del contrato de obra No. 066-96, que tuvo como objeto la construcción de un box culvert y canal de desagüe en la cra. 6 con calle 99 y adecuación alterna, en la que se detalla como fecha de inicio el 2 de enero de 1997 y de finalización el 22 del mismo mes y año. El documento se encuentra firmado por el interventor, ingeniero José Ramón Cárdenas; contratista, ingeniero Pedro Russi Díaz; jefe de unidad de obras, ingeniero Rafael Lafont; y director operativo, ingeniero Iván García. – Fl. 177 Cdno Tribunal-

3.15 Copia simple del acta de recibo de la obra objeto del contrato No. 066-96, en el que consta que el trabajo público en cuestión fue debidamente concluido y entregado el 22 de enero de 1997, documento que se encuentra firmado por el interventor, contratista, jefe de unidad de obras y director operativo.

3.16 Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el declarante Aurelio Mantilla Correa, el 30 de junio del 2000, en audiencia pública realizada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, detalló lo siguiente:

“Una mañana de julio de 1996, me llamó por teléfono el señor Salomón Melo, a quien conozco aproximadamente desde 10 años atrás, y me pidió el favor de que lo acompañara hasta el campamento de su empresa llamada Salomón Melo C. Limitada, situada en el sector de la Cordialidad, cerca a la carretera circunvalar, porque el Distrito de Barranquilla o la Secretaría de obras Públicas Distritales le había arrojado unos escombros frente a la puerta de su campamento y encontramos que la puerta de su campamento bloqueándose la entrada al mismo. Lo acompañé, llegué con él al campamento y encontramos que la puerta de entrada estaba totalmente bloqueada y frente a ella se encontraba un montón de escombros de piedra, tierra, arena, palos y otras cosas y por consiguiente era imposible la entrada y la salida de vehículos y de maquinaria de construcción y equipo que tenía dentro del campamento. El señor Melo llevaba una cámara fotográfica filmadora y conmigo se dedicó a tomar fotografías del lugar con el fin de hacer la reclamación posterior al Distrito. En esas fotografías aparezo yo en el lugar del bloqueo frente al campamento. El señor Melo se indignó con el proceder de la secretaría de obras públicas y de sus contratistas y enseguida ordenó que un cargador se preparara para salir y tumbar los escombros, pero los funcionarios de Obras Públicas se lo impidieron y lo amenazaron con sanciones en caso de que insistiera en quitar los escombros, por lo cual el señor Melo se resignó y desde ese momento en adelante comenzó acción reclamatoria (sic) hacia el alcalde, que entonces era Edgar George, pero este funcionario fue sordo y no le atendió los reclamos. Conozco y doy todos estos detalles porque el señor Melo diariamente me mostraba las cartas que dirigía al alcalde y también me enteraba de los perjuicios que estaba sufriendo con el bloqueo, ya que su empresa se dedicaba a la compra y venta de materiales de construcción y al alquiler de equipos y vehículos para el mismo renglón, elementos

estos que se quedaron encerrados dentro del campamento, sin poder cumplir ellos ningún acto comercial, situación que se prolongó por espacio aproximado de un mes, hasta que un buen día de final de agosto de 1996 el señor Melo me dio la noticia de que por fin habían removido los escombros. (...)" -Fls. 86 a 88 Cdo. Tribunal-

3.17 El declarante Jaime de la Vega Muñoz, en la misma audiencia, expresó:

"(...) En el año 1996, como en julio o agosto yo tenía un contrato de instalar las redes de gas, para la empresa Gases de Caribe, en los barrios El Romance, San Pedro 3, Kennedy que quedan en vía la Cordialidad de ambos lados. Como yo tenía ese trabajo y conocía a Melo por razones profesionales, él es conductor y yo soy de la misma rama, le solicité que me arrendara o facilitara un lugar en el campamento para guardar mis equipos y el material de tubería para esas instalaciones. En el transcurso de este trabajo un día se presentaron a romper por la Cordialidad para construir un box-colver (sic), según conocimiento tuve por ahí ese contrato lo tenía Viña Russi, y exactamente ese box-colver (sic) estaba situado a la entrada del campamento de Melo. A raíz de esos toda esa zona se llenó de materiales, gravillas, o sea de materiales, obstaculizando entrada al campamento. En el campamento quedó bloqueado por un tiempo más o menos de un mes a mes y pico aproximadamente, no recuerdo bien. En vista de esto tuve que recurrir a sacar de a poquito con ayuda del personal de Melo y no regresar las partes grandes sino dándola a guardar cerca en diferentes partes creándome a mi un problema y me supongo que al señor Melo con mucha mas razón se le perjudicó porque él tenía sus equipos como retro, cargadores y esas mismas maquinarias me las arrendaba, lo mismo que una gran cantidad de piedriche (sic) que él no pudo comercializar en esos días porque no tenía acceso a sacarlo. El señor Melo se molestaba, él pasó cartas reclamando, uno de estos reclamos me lo mostró, para poder entrar al campamento y sacar los materiales había que dejar el carro como a tres cuadras y sacar lo que se podía en hombros. (...)" -Fls. 89 a 91 Cdo. Tribunal-

3.18 Posteriormente, en la audiencia celebrada el 4 de julio siguiente, el señor Raúl Eduardo Cabrera Jaramillo declaró:

"(...) A mediados de 1996, es decir, por ahí en el mes de julio aproximadamente Salomón Melo Cepeda y mi persona suscribimos un contrato de alquiler de maquinaria pesada, donde él se comprometía a suministrarme un bulldozer, un cargador, un vibrocompactador y dos volquetas, para unos trabajos de movimientos de tierra que se iban a realizar en el municipio de Chivolo (Magd.). Con base en lo anterior y al contrato yo le di un anticipo en cheque de seis millones de pesos para cobrar en el momento que yo tuviera la maquinaria, pero el señor Salomón Melo no pudo cumplir con el suministro del equipo por cuanto en la entrada de su campamento del Distrito de Barranquilla estaba ejecutando la construcción de un box-colvert, por lo que era imposible la entrada y salida de equipo, por lo tanto, yo suspendí el contrato con el señor Melo al cabo de un tiempo en vista del incumplimiento en el

suministro de la maquinaria pactada y también di orden de no pago al cheque correspondiente al anticipo. **En varias oportunidades fui al campamento por la maquinaria y la situación permanecía igual con el impedimento de la entrada y la salida de maquinarias al campamento.** Transcurrió un tiempo y me fue imposible sacar el equipo por lo que me tocó llevar unos equipos de diferentes personas, para realizar el trabajo antes mencionado. (...)” -Fls. 98 y 99 Cdno. Tribunal- [Resalta la Sala]

4. De los hechos probados y el título de imputación

Ahora bien, de las pruebas aportadas al proceso se deduce que el establecimiento de comercio Salomón Melo C. Ltda., ubicado en la carrera sexta –vía la Cordialidad- con calle 99B de la ciudad de Barranquilla, sufrió perjuicios por la construcción de una obra pública a cargo del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla.

En efecto, el material probatorio allegado al proceso, concretamente la información consignada por la entidad demandada, en la respuesta de los derechos de petición radicados los días 2, 5 y 6 de agosto de 1996, así como la ampliación realizada por el Secretario de Obras Públicas del Distrito, dan cuenta de que para el 31 de julio de 1996, la entidad demandada se encontraba ejecutando la construcción de un box-couvert en la cuadra en la que se ubican las instalaciones de la empresa demandante, esto es, carrera 6ta –vía la Cordialidad- con calle 99B.

A su vez, la conclusión inicial también es posible derivarla del contenido de los testimonios de: Aurelio Mantilla Correa, Jaime de la Vega Muñoz y Raúl Cabrera Jaramillo, los cuales, analizados de manera transversal, dejan ver un grado de identidad con relación a la materialización del daño y de las circunstancias en que sucedieron los hechos. Las mencionadas declaraciones acreditan que como consecuencia de la obra pública se obstruyó la puerta de acceso del establecimiento de comercio con escombros provenientes de la construcción, impidiendo el normal desarrollo de la actividad comercial de la demandante, esto es, el arriendo de maquinaria industrial y la venta de materiales de construcción, de allí que sea lógica la afectación en las finanzas del negocio por cuenta de las utilidades diarias y el incumplimiento de contratos firmados previamente.

En relación con la valoración de la prueba testimonial, la doctrina ha sostenido lo siguiente:

“(…) la prueba testimonial, tiene como fundamento la presunción de que el hombre tiende a decir la verdad, a ser sincero, negar esta propensión es negar el fundamento de las pruebas personales y negar que el problema fundamental del hombre es el retorno a sí mismo”⁷

“La prueba testimonial es generalmente la principal... es posible prescindir de la confesión o de los escritos, pero es más difícil prescindir de testigos cuando se quiere saber cómo se desarrollaron los hechos. ‘Los testigos, decía BENTHAM, son los ojos y los oídos de la justicia’⁸.

A su vez, se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria del testimonio, como lo son: la probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; la ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; la credibilidad que es la conducencia de la declaración; y la concordancia entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba⁹.

En el presente caso se tiene que para el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias en que sucedieron los mismos, obran en el proceso las declaraciones de Aurelio Mantilla Correa, Jaime de la Vega Muñoz y Raúl Cabrera Jaramillo, quienes se advierte, estuvieron presentes en el sitio de los acontecimientos, circunstancia que da fuerza de convicción a sus testimonios otorgándole confiabilidad, a su vez sus versiones se presumen ciertas, los hechos que relatan y las circunstancias que describen pueden ser valoradas, puesto que no fueron desvirtuadas, ni sus dichos fueron tachados de sospechosos o falsos¹⁰;

⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. Tratado de la Prueba Judicial. Ediciones Librería El Profesional. Bogotá. 1982. Pág. 29.

⁸ GORPHE, François. La apreciación judicial de las pruebas. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1967. Pág. 367

⁹ En este sentido. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Mayo 5 de 1999. Expediente 4978 M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles

¹⁰ Artículo 217 del C.P.C. “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, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”

Artículo 218 del C.P.C. “Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a estos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindirá de toda otra prueba.

“Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos

en efecto, analizadas sus afirmaciones, para la Sala no existe ninguna manifestación en favor de ninguna parte, limitándose a describir las circunstancias en que sucedió el hecho, guardando a su vez concordancia con el acervo probatorio.

Sobre las circunstancias del hecho, las declaraciones son unánimes en señalar que, a mediados de 1996, frente a las instalaciones de la empresa Salomón Melo C Ltda., se depositaron escombros provenientes de la obra pública realizada por el Distrito de Barranquilla lo cual le impidió a la demandante, de manera temporal, el desarrollo normal de la actividad comercial en la que se desempeñaba, esto es, el alquiler de maquinaria industrial para la construcción.

No cabe duda que el caso objeto de estudio merece ser examinado con fundamento en el régimen del daño especial, puesto que la lesión se originó en una actividad lícita de la administración, esto es, la construcción de una obra pública –box-couvert– realizada en beneficio de la comunidad, con la cual se causaron perjuicios a la empresa demandante.

Establecido lo anterior, encuentra la Sala que en el plano de la imputación jurídica el daño es atribuible al Distrito de Barranquilla a título de daño especial; sobre este régimen de imputación, la jurisprudencia reciente de la Corporación precisó los siguientes aspectos que se transcriben *in extenso*¹¹:

“El daño especial cuenta con una larga tradición en la jurisprudencia de esta Corporación, siendo utilizada por primera vez en 1947¹², ocasión en la que manifestó:

“Consecuencia recta de la anterior proposición, en razón pura, es la de que la operación administrativa ni los hechos que la constituyen, podrán jamás ser generadores de violación alguna; pero sí, en cambio, causar lesiones patrimoniales o, en su caso, daños especiales, no por involuntarios o producto de la necesidad de obrar en un momento dado, menos dignos de resarcimiento, que es lo que la ley colombiana ha querido, a diferencia de otras

de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

“El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 3 de mayo de 2007. Exp. 16696. CP. Enrique Gil Botero.

¹² Oportunidad en que el Consejo de Estado conoció la demanda de El Siglo S.A. contra la Nación, en virtud del cerco policial y la suspensión de servicios de que habían sido objeto las instalaciones del rotativo durante 27 días, medios con los que pretendió impedir que la multitud destruyera la maquinaria del periódico.

legislaciones que sólo conceden acción cuando el perjuicio proviene de una vía de hecho.”¹³

“A partir de ese momento esta Corporación ha construido una extensa línea jurisprudencial respecto del daño especial, en la cual el título de imputación tiene fundamento en la equidad y en la solidaridad como materialización del reequilibrio ante una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, fruto del perjuicio especial y anormal que debe soportar el administrado¹⁴.

“Los supuestos de aplicación de este título de imputación han sido variados, todos ellos creando líneas jurisprudenciales que se han nutrido de un común denominador de naturaleza principialista.

“En este sentido encontramos los casos de daños sufridos por conscriptos en desarrollo del servicio militar obligatorio¹⁵, el hecho del legislador –ley conforme a la Constitución- que genera imposibilidad de accionar ante un daño antijurídico y la construcción de obras públicas que disminuye el valor de los inmuebles aledaños¹⁶.

“Igualmente, el daño especial ha sido el sustento para declarar la responsabilidad del Estado en eventos de escasa ocurrencia que van desde el ya conocido cierre del diario el Siglo¹⁷, la liquidación de un banco, la retención de un vehículo que transportaba sulfato de potasio por creer que era un insumo para la fabricación de estupefacientes¹⁸ o el daño a una aeronave que había sido secuestrada por miembros de un grupo guerrillero¹⁹; hasta eventos muy similares al que ahora ocupa a la Sala, verbigracia, enfrentamientos entre el ejército y la guerrilla en un área urbana de la ciudad de Cali²⁰, el ataque bélico de un grupo guerrillero contra el cuartel de la policía de la población de Herrera, departamento del

¹³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de julio 27 de 1947. CP Gustavo A Valbuena.

¹⁴ En este sentido esta Corporación ha consagrado: “Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando ésta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente soportar en razón de la peculiar naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.” *Extractos de Jurisprudencia*, Tomo III, Enero, Febrero y Marzo de 1989, pag. 249 y 250, citado en Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1º de agosto de 1991 CP Juan de Dios Montes Hernández. Pag. 13.

¹⁵ Entre otras. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 1º de 2005. Rad. 16205. CP María Helena Giraldo. Caso de las lesiones sufridas por un conscripto.

¹⁶ Entre otros, Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 4493, CP Carlos Betancur Jaramillo; Sentencia de diciembre 13 de 2005. Radicación No. 24671. CP Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁷ En la ya mencionada sentencia. Consejo de Estado. Sentencia del 27 de julio de 1947. CP Gustavo A Valbuena.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 5502, Sentencia 1º de agosto de 1991. CP Juan de Dios Montes Hernández

¹⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 6097, Sentencia del 20 de marzo de 1992. CP Julio Cesar Uribe Acosta

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 1991. Exp. 6110. CP. Policarpo Castillo Dávila

Tolima²¹, o la muerte de un joven en un enfrentamiento entre guerrilla y ejército, sin claridad acerca de la autoría de la muerte²².

(...)

“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.

“(...) 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 daño, sino del carácter singular o excepcional del daño ocasionado.**”²³ –negrilla fuera de texto-

“(...) **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.

“(...) *Contrario sensu*, otros regímenes de responsabilidad se denotan como inadecuados para abordar el caso en estudio.

“No se aplica la falla del servicio por la incontestable evidencia de que en el funcionamiento administrativo no se presentó error alguno que fuera determinante en la ocurrencia del daño.

²¹ En donde resulta especialmente enunciativo un párrafo de dicha providencia, que se transcribe “No puede perderse de vista que de no hacerse responsable a la Nación colombiana, como se enuncia en el párrafo anterior, bien, aplicando el principio de responsabilidad por daño especial, ora siguiendo las enseñanzas de quienes abogan por la responsabilidad originada en el desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas (o desigualdad de los ciudadanos ante la ley), o, por último, como lo entiende esta Sala, según la teoría de la “lesión” al patrimonio de administrado, se desconocería la noción de equidad.”

²² Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 17 de junio de 1993. Exp. 7716, CP Julio Cesar Uribe Acosta

²³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de septiembre de 1949. C.P. Pedro Gómez Parra

“Tampoco se aplica la teoría del riesgo excepcional en virtud de lo incierta y subjetiva que resulta para la determinación de la responsabilidad del Estado en asuntos como el que ocupa a la Sala. En efecto, en eventos de perjuicios derivados del manejo de armas de fuego, conducción de automotores o transporte de energía la determinación de la actividad riesgosa se muestra como fruto de parámetros objetivos que restan espacio a valoraciones sobre la existencia o no de un riesgo excepcional. Por el contrario, la imposibilidad de determinar con criterios generales cuando la persecución de delincuentes engendra un riesgo excepcional, crea el espacio propicio para determinaciones basadas en criterios propios del juez de cada caso, disminuyendo ostensiblemente el valor de la seguridad jurídica. Por otro lado, entender que siempre que se produce una persecución o un enfrentamiento de miembros de las fuerzas armadas contra delincuentes se está ante un riesgo excepcional, no sería nada distinto a desnaturalizar la concepción de actividad riesgosa –en cuanto actividad que de manera constante implica un riesgo extraordinariamente elevado²⁴–.”(Negrillas de la Sala).

Los anteriores lineamientos fueron reiterados por la Sala en el fallo del 16 de julio de 2008²⁵, en el que sobre el particular se sostuvo:

“(…) De conformidad con lo antes expuesto, partiendo del supuesto de la imputación de una conducta a la autoridad pública, a título de falla en la prestación del servicio, será ésta quien deba asumir la correlativa obligación de reparar el daño causado originado o deviniente de dicha conducta; es decir, para que la responsabilidad se estructure, el hecho debe ser imputable, a título de acción u omisión, a la persona respecto de la cual se pretende deducir la obligación de reparar el daño causado, circunstancia que en el presente caso no se encuentra acreditada respecto de la entidad demandada.

“En el régimen de riesgo excepcional, en tratándose de la creación de una situación especial o excepcionalmente peligrosa o riesgosa en virtud de una actividad desplegada por la autoridad pública, la situación de riesgo creada es atribuible a ésta última, y es por ello que está obligada a responder cuando tal situación de riesgo se concreta en la causación del perjuicio.

“En el evento de un hecho como el que se analiza, no puede en rigurosa lógica afirmarse que es la autoridad pública la que ha creado unas condiciones o una situación particularmente peligrosa o riesgosa, pues queda claro que fueron guerrilleros de las FARC quienes iniciaron el ataque contra los miembros del Ejército Nacional que se encontraban patrullando la zona, en desarrollo de un

²⁴ Razón que, precisamente, justifica la existencia de un régimen de responsabilidad especial que juzgue adecuadamente los perjuicios que se presenten en estos casos.

²⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 16 de julio de 2008. Exp. 15821. CP. Myriam Guerrero de Escobar

operativo militar consistente en dar con el paradero y capturar a los subversivos que hacían presencia en la región, cumpliendo a cabalidad con los deberes que al Estado le imponen la Constitución Política y las leyes.

“En un régimen de daño especial, esto es cuando la conducta desarrollada por la autoridad pública es lícita, regular, ajustada al ordenamiento jurídico, pero que sin embargo ha causado un daño en cumplimiento de sus deberes, subyace la obligación del Estado de reparar los perjuicios causados, bajo el entendido de que se ha presentado un rompimiento en el equilibrio de las cargas públicas, en cuanto una o varias personas en particular han sufrido un detrimento en aras del interés común o colectivo, que es lo que determina el inspirar de la autoridad pública en este evento. En un riguroso desarrollo lógico jurídico y habida consideración del principio constitucional de la igualdad frente a las cargas públicas, la ruptura de dicho principio impone su restablecimiento por la vía de la reparación del detrimento ocasionado, permitiendo así que el interés general prime sobre el interés particular, sin que en últimas éste resulte jurídicamente desprotegido.

“Esta Corporación ha estimado que puede resultar comprometida la responsabilidad patrimonial del Estado cuando éste, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco jurídico, produce un daño a un administrado, el cual, dado su especialidad y anormalidad, excede el sacrificio que los demás miembros de la colectividad deben soportar, en razón de la naturaleza de los poderes públicos y de la actuación estatal.

“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 lo que concierne a la fundamentación de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, resulta menester señalar que el actual régimen constitucional establece la obligación jurídica a cargo de las autoridades públicas de responder por los daños antijurídicos, originados en la acción u omisión de aquéllas, siempre y cuando éstos les resulten imputables. Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor resulte contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo, en la medida que entraña el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.” (Se destaca).

El daño por el que se demanda tuvo como causa directa una actuación legítima de la administración, que se encuentra amparada por normas constitucionales, pero

que a pesar de su legalidad, la parte demandante debió soportar como una carga excepcional y un mayor sacrificio que se concretó en la pérdida de las utilidades de dos contratos de arrendamiento de maquinaria industrial y del arriendo diario de los equipos por un periodo de 21 días, a causa de la imposibilidad del acceso vehicular al lugar en que se encontraban, daños en virtud de los cuales se puede concluir el rompimiento la igualdad ante las cargas públicas.

Así las cosas, se tiene que habiéndose acreditado que con el ejercicio de una actividad legítima de la Administración –la construcción de una obra pública de interés general–, y los consecuentes perjuicios que ésta ocasionó a la parte demandante, se confirmará parcialmente la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la responsabilidad del Distrito de Barranquilla y ordenar el pago de la correspondiente indemnización.

De otro lado, se tiene que el Ministerio Público apeló la declaratoria de responsabilidad de la empresa Viñas Russi & Cía. Ltda, al considerar que la decisión de primera instancia no estableció la relación sustancial existente entre el llamante y el llamado en garantía a efectos de determinar el valor por el que la entidad territorial podía repetir contra la llamada. En consecuencia, se precisará el vínculo existente entre el Distrito de Barranquilla y la llamada en garantía, con el fin de señalar hasta que punto ésta debe responder patrimonialmente.

Del acervo probatorio que integra el proceso, es importante destacar el contenido del contrato de obra No. 066-96 suscrito por el Distrito de Barranquilla y la firma contratista Viñas Russi & Cia Ltda, firmado el 5 de diciembre de 1996, en el que se delimita como objeto la construcción de un box-couvert y un canal de desagüe en la carrera sexta con calle 99 y la adecuación de la vía alterna a la carrera 6 (cordialidad), calle 98C entre carreras 6 y 6E, la calle 99 entre carreras 6 y 6M, carrera 6C calles 98C y 99C.

Si bien, del anterior documento se puede deducir un vínculo contractual existente entre el Distrito de Barranquilla y la empresa Viñas Russi & Cia Ltda, se observa que, de la relación contractual descrita no se desprende la obligación, a cargo del tercero, de reembolsar las sumas o valores que se cancelen en el presente proceso, toda vez que, del contrato allegado para acreditar el vínculo se advierte que: (i) la obra pública de la que se derivó el daño no hace parte del objeto contractual; (ii) y la relación contractual es posterior al hecho que lo causó.

Respecto a este tópico, la Sala ha establecido que en materia de vinculación de terceros al proceso, corresponderá a la parte llamante, en cada caso concreto, aportar o al menos señalar junto con el escrito de llamamiento, el medio probatorio que respalde la relación o el vínculo legal o contractual a partir del cual se pretende soportar esa situación, siempre que el mismo haga parte integral del expediente.

En el *sub examine*, se tiene que por solicitud del Ministerio Público, en proveído del 24 de agosto de 1998, se requirió a la entidad demandada para que informara sobre la identidad del contratista que tenía a su cargo la obra pública realizada en la carrera 6ta –vía la cordialidad- calle 99B de la ciudad de Barranquilla; de allí que, en memorial allegado en 5 de octubre de la misma anualidad, el distrito comunicó que la información solicitada correspondía a la firma contratista Viñas Russi & Cia Ltda., advirtiéndole, de manera contradictoria, que ésta tenía asignada la construcción de una obra en la misma zona no coincidente con la dirección en que se encontraban las instalaciones de la empresa demandante, lo que se puede verificar en el contrato de obra anexo a folios 69-75 del cuaderno del Tribunal. No obstante lo anterior, el llamamiento en garantía fue admitido en auto del 19 de octubre de 1999 en la primera instancia.

Así las cosas, se tiene que, si bien, el agente Ministerio Público en la solicitud expuso los hechos en que se apoyaba para la citación del tercero y en criterio del *a quo*, la entidad demandada aportó la prueba sumaria requerida para aceptar el llamamiento, lo cierto es que no se allegaron los medios de prueba pertinentes y conducentes para demostrar la relación vinculante de tipo contractual o legal con la demandada que soportaran la obligación de reparar el daño deprecado por la sociedad demandante en una eventual condena contra la entidad territorial.

En ese orden, considerando la ausencia de prueba del vínculo legal y contractual que soportara eventualmente la obligación del llamado en garantía de responder por los daños deprecados por la demandante, la Sala modificará en este punto la sentencia apelada, en el sentido de absolver de responsabilidad a la empresa Viñas Russi & Cia Ltda, toda vez que no quedó acreditado el deber o la obligación legal o contractual atribuida en la primera instancia.

5. De los perjuicios

El *a quo* reconoció los perjuicios materiales, consistentes en los rendimientos económicos dejados de percibir por la empresa demandante como consecuencia de la perturbación ocasionada con la obra pública por un lapso de 21 días, esto es, desde el 31 de julio al 21 de agosto de 1996; para su tasación tuvo en cuenta: las pérdidas de utilidades de la maquinaria disponible paralizada y la de uno de los contratos de arrendamiento de maquinaria para una condena total de 97'217.000,00. Lo anterior, con fundamento en un primer dictamen pericial en el que se indicó:

“(…) Sobre el primer punto se pudo determinar que la distancia que hay desde el eje de la puerta de entrada a las instalaciones del campamento de Salomón Melo C. Ltda. hasta el primer paramento del box-couvert que fue construido por la Secretaría de Obras Públicas Distrital del de doce (12) metros. Respecto al segundo punto se pudo determinar que el área disponible para estacionar maquinaria, equipos y vehículos que tiene el campamento de Salomón Melo C. Ltda. es aproximadamente de 3.600 metros cuadrados, por lo cual si es posible que en él quepan la maquinaria y equipo motivo de la demanda. Sobre el tercer punto se pudo determinar que hay 32 metros de largo paralelo a la carretera que va desde el eje de la puerta del campamento de Salomón Melo Ltda. hasta la entrada de equipos Universal; el ancho es de 30 metros sobre la transversal lo cual arroja un área de 960 metros cuadrados, suficiente para colocar la maquinaria, equipos y materiales para construir el box-couvert. En ese momento no existían las bodegas y casas que hoy se encuentran a la vista. El box-couvert se pudo hacer en dos partes sin haber obstaculizado el tráfico; ejemplo los 5 box –couvert que se construyeron en la carretera Barranquilla-Ciénaga sin necesidad de obstaculizar el tráfico, sólo quedaba restringido pero nunca paralizado. De acuerdo a lo observado se aprecia que la descarga de los escombros procedentes de la excavación y los materiales y elementos traídos por la Secretaría de Obras Distrital para la realización de la obra se han podido echar a un lado sin necesidad de llevar esos elementos y amontonarlos bloqueando la entrada del campamento de Salomón Melo C. Ltda. Respecto al cuarto punto sobre el estimativo de producción de la motoniveladora T400 marca Galión, el cargador M650 internacional, la tractomula marca Mack y la volqueta marca Fiat, que quedaron inmovilizados en el campamento durante 21 días que duró el bloqueo de los escombros, se pudo averiguar que la maquinaria pesada y equipo generalmente tiene un stand by de 6 horas diarias de trabajo. Averiguamos que el valor de la hora de trabajo de la motoniveladora T400 marca Galión es de \$65.000. El valor de la hora de trabajo del cargador M650 internacional es de \$65.000. El valor de la hora de trabajo de la tractomula marca Mack es de \$40.000. El valor de la hora de trabajo de la volqueta marca Fiat es de \$20.000.

ESTIMATIVO DE PRODUCCION DE LA MAQUINARIA PARALIZADA

Motoniveladora T400 marca Galión				
\$65.000	x	6	x	
21.....				\$8.190.000

Cargador M650 marca Internacional
 \$65.000 x 6 x
 21.....\$8.190.000

Tractomula marca Mack
 \$40.000 x 6 x
 21.....\$5.040.000

Volqueta marca Fiat
 \$20.000 x 6 x
 21.....\$8.190.000

 Total.....\$23.940.000

Respecto al quinto punto sobre los daños ocasionados por la resolución de los contratos de los señores Álvaro Cual (sic) Mozo y Raúl Cabrera Jaramillo podemos decir:

En el contrato de arrendamiento de maquinaria pesada industrial celebrado entre Salomón Melo C. Ltda. como arrendador y Álvaro Gual Mozo como arrendatario; firmado el 25 de julio de 1996, en su cláusula primera establece: El arrendador da en arrendamiento al arrendatario la siguiente maquinaria pesada industrial:1) un cargador marca Volvo L70, capacidad 1,65 metros cúbicos, a razón de \$45.000 la hora y stand by de 6 horas diarias. 2) un buldócer D6C-10K marca Caterpillar, a razón de \$35.000 la hora y stand by de 6 horas diarias. 3) Una retroexcavadora marca Fiat Allis, modelo SL9, capacidad 0,75 yardas cúbicas, a razón de \$35.000 la hora y stand by de 6 horas diarias.

(...)

En el contrato de arrendamiento de maquinaria y vehículos celebrado entre Salomón Melo C. Ltda. como arrendador y Raúl Cabrera Jaramillo como arrendatario, firmado el 24 de julio de 1996, en su cláusula primera establece: El arrendador da en arrendamiento al arrendatario la siguiente maquinaria industrial y vehículos:1) un buldócer marca Caterpillar D4, a razón de \$25.000 la hora y stand by de 6 horas diarias. 2) un cargador marca Caterpillar 930, capacidad 2 metros cúbicos, a razón de \$35.000 la hora y stand by de 6 horas diarias. 3) un vibrocompactador con su tractor, marca Fiat 880, a razón de \$25.000 la hora y stand by de 6 horas diarias. 4) una volqueta marca Fiat TPH-065, capacidad 7 metros cúbicos, a razón \$20.000 la hora y stand by de 6 horas diarias. 5) una volqueta marca Fiat INJ-398, capacidad 5,5 metros cúbicos, a razón \$18.000 la hora y stand by de 6 horas diarias.

(...)

La resolución de los contratos antes mencionados produjo un lucro cesante, pues dejaron de entrar unos dineros al patrimonio de Salomón Melo C. Ltda. como consecuencia del daño ocasionado. Este lucro cesante como no es una cantidad que se va produciendo mensualmente y acumulando, sino que es una suma única pasada, se indexa a cada una de las partidas por medio de la siguiente fórmula:

$$VA = \frac{\text{Índice Final}}{\text{-----}}$$

Índice Inicial

En total hay quince (15) partidas, una (1) por el valor de la maquinaria inmovilizada durante los 21 días comprendidos entre el 31 de julio de 1996 y el 21 de agosto de 1996; ocho (8) partidas por la resolución del contrato entre Salomón Melo C. Ltda y Álvaro Cual (sic) Mozo y seis (6) partidas por la resolución del contrato entre Salomón Melo C. Ltda. y Raúl Cabrera Jaramillo.

- 1) El valor de la partida por la maquinaria inmovilizada durante los 21 días que quedó en el campamento de Salomón Melo C. Ltda. es de \$23'940.000.

[A continuación se detalla la actualización de las 14 partidas restantes utilizando como índice final el IPC del 30 de junio del 2000 y como índice inicial el IPC de la fecha en que se originó cada partida]

El valor total de perjuicios actualizados a junio 30 del 2000 es de: ciento ochenta y ocho millones trescientos ochenta y cinco mil trescientos treinta y un mil (sic) pesos (\$188.385.331). (...)” -Fls. 101 a 107 Cdo. Tribunal-

De conformidad con lo transcrito se tiene que los peritos, para la determinación del lucro cesante realizaron una proyección de las utilidades de la maquinaria por el lapso de 21 días, suponiendo un mínimo de 6 horas diarias de arrendamiento, variando los costos dependiendo del equipo, para un total de 23'940.000,00; posteriormente, actualizaron el valor total de los dos contratos utilizando los IPC de los días en los que, de acuerdo a lo pactado, tuvieron que hacerse los desembolsos. Como resultado de lo señalado, calcularon las pérdidas por un valor de \$188'385.331,00.

Analizados los anteriores argumentos, se hace imperativo reiterar que la Sección²⁶ ha establecido que la prueba del daño y de los perjuicios sufridos, en casos como este, deben estar debidamente acreditados, puesto no basta hacer una proyección de la utilidad durante un período determinado, para deducir automática y mecánicamente el monto del perjuicio. Por el contrario, se necesita cuantificar realmente el patrimonio afectado para condenar a su restablecimiento, lo cual puede establecerse a partir de diversos elementos de prueba como por ejemplo documentos (inspecciones, exhibiciones, etc.) que hagan parte del archivo de la empresa y que sean conducentes para establecer si en efecto hubo deducciones, por los conceptos demandados.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. 14854 C.P. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia del 5 de marzo de 2008. Rad. 15600 C.P. Enrique Gil Botero; Sentencia 1ro de febrero de 2012. Rad. 20866 C.P Enrique Gil Botero

En esa lógica, el juez de primera instancia previo a resolver el asunto, ordenó la práctica de una diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos de contabilidad, pertenecientes a la sociedad demandante con el fin de dictar un peritazgo complementario. El dictamen pericial que se pasa a describir establece la rentabilidad de la empresa en el año anterior al hecho que causó el daño alegado, exponiendo lo siguiente:

“Cómo el periodo a analizar es entre julio 31 de 1995 a julio de 1996, tomaremos como punto de partida los estados financieros (Balance general y estado de resultados) con fecha a 31 de dic. de 1995 los cuales arrojan las siguientes cifras:

Ingresos de operación \$439.012.089

Utilidad de operación \$46.868.965

Aplicándole la razón financiera del margen de la utilidad operacional sobre los ingresos operacionales que es igual a: Utilidad de operación/Ingresos de operación. Reemplazando tenemos: $46.868.965 / 439.012.089 = 10.68\%$

Esto quiere decir que el margen de utilidad operacional que tenía la empresa 7 meses antes de los hechos era de 10.68%.

Para ese año aparece en el estado de resultados la suma de \$10'516.949 correspondiente al rubro de alquiler al rubro de alquiler de maquinaria. Para ese mismo año en diciembre de 1.995 sus activos corrientes (bienes) eran de 47'367.271 y sus pasivos corrientes (obligaciones) ascendían a 18'582.449, le aplicamos la razón corriente de liquidez que es igual a los activos corrientes sobre pasivos corrientes (activos corrientes/pasivos corrientes) por tanto tenemos: $47'367.271 / 18'582.449 = 2.55$ veces.

(...)

Para hacer un análisis de rentabilidad, la liquidez u otro tipo de análisis se necesitan mínimo dos periodos, ya sean dos meses, dos semestres o dos años, por tanto tomaremos el periodo que terminó en dic 31 de 1996 en el cual sucedieron los hechos, por tanto tenemos: ingresos operacionales \$ 547'958.329 / Utilidad operacional \$19'620.790, le aplicamos la razón del margen de utilidad operacional sobre los ingresos operacionales que es igual a utilidad operacional / ingresos operacional (sic). Reemplazando tenemos: $19'620.790 / 547'958.329 = 3.58\%$.

Esto indica que el margen de utilidad de la empresa después de los hechos disminuyó en 7.10% quedando en 3.58%. (...) – Fls. 364 a 268 Cdo del Tribunal- [Resalta la Sala]

De acuerdo a lo descrito, un análisis de la rentabilidad del negocio con fundamento en los balances generales y estado de resultados, tomados de la contabilidad de la empresa, la sociedad demandante reportó una utilidad operacional de 10.68% en los meses previos al suceso que dio lugar a este litigio; en contraste, los expertos advierten un descenso del 7.10% de este concepto, quedando las utilidad en los meses posteriores en un 3.58%.

Se precisa que los recursos de apelación contra la sentencia estuvieron enfocados a la cuantificación del daño. De un lado, la demandante solicitó que se reconociera lo estimado en el dictamen pericial, referente al contrato celebrado con Álvaro Gual Mozo por un valor de 55'200.000,00; la entidad demandada, en la sustentación, pidió reconsiderar la condena al señalar que la conclusión expuesta en el segundo dictamen carecía de fundamento en tanto que no era razonable sostener que la disminución en las utilidades de la empresa eran consecuencia sólo del hecho dañoso, de igual manera, manifestó que la estimación de la producción de la maquinaria paralizada estuvo basada en meras especulaciones carentes de objetividad; y el agente del Ministerio Público, expresó que el dictamen no había sido valorado aplicando las reglas de la sana crítica probatoria, toda vez que, es exagerado estimar como pérdidas del negocio la suma de \$188'385.331,00., teniendo en cuenta el tiempo en que estuvo bloqueada la actividad empresarial, también, expuso que la poca facturación en el rubro de arrendamiento de maquinaria no tiene una relación necesaria con la supuesta perturbación sino que pudo deberse a los diversos factores del mercado.

En el caso *sub examine*, se advierte que de los dictámenes periciales principal y complementario, no se puede deducir que el menoscabo sufrido por la empresa hubiera tenido su causa directa en la imposibilidad de empleo de la maquinaria durante el tiempo en que estuvo obstruida la vía de acceso al campamento, puesto que resulta incoherente concluir que la baja en la utilidad operacional reportada en todo un año se haya debido sólo a la perturbación temporal del inmueble por la obra pública; en ese sentido, la prueba obtenida no resulta conducente, ni ofrece la certeza necesaria para comprobar hasta qué punto la demandante vio afectado su patrimonio con la ausencia de las ganancias diarias por concepto de alquiler de equipos o maquinaria como consecuencia de la perturbación ocasionada con la obra, en razón a que no se hizo ningún tipo de análisis para determinar los efectos de la disminución en los ingresos por concepto de arriendo de maquinaria teniendo en cuenta que, de acuerdo a los balances generales, la empresa también se dedica a la construcción de obras de ingeniería y servicios de transporte, siendo la primera actividad la que más aporta a la partida de ingreso operacional.

En ese orden, se tiene que los dictámenes obrantes no generan los elementos suasorios necesarios para que puedan tenerse como prueba que permita evidenciar que la empresa demandante tuvo las pérdidas en el negocio allí calculados, por concepto alquiler de equipos y maquinaria durante los días en que

estuvo bloqueada la entrada a las instalaciones, y tampoco el demandante allegó al proceso otros elementos probatorios que permitieran acreditar los perjuicios que dijo haber soportado por este concepto, en otras palabras, no es posible delimitar el real perjuicio derivado del daño ocasionado con la obra.

No obstante, sería paradójico obviar, el fin de lucro de la maquinaria, teniendo en cuenta que se encontraba destinada a una actividad comercial, de lo que se infiere que su alquiler y la correspondiente utilización del capital era una posibilidad cierta; en otros términos, deviene inadmisibles que verificado el daño, el fallador se aparte de ese hecho probado con el argumento de que no existen los elementos de juicio necesarios para tasar el perjuicio.

En relación con la aplicación de la equidad en la valoración y cuantificación del perjuicio, la Sección con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha discurrido sin ambages en los términos que se transcriben²⁷:

“En conclusión, las entidades demandadas deberán garantizar el pago de una indemnización que se traduzca en una “pensión de invalidez”, la cual deberá ser cancelada desde el momento en que cumpla 18 años (7 de junio del año 2015), hasta que suceda el desafortunado momento de su fallecimiento, pensión que corresponderá a un (1) SMMLV, y que refleja una obligación de dar a la cual quedan vinculadas las entidades demandadas de forma solidaria. Y, si bien, no existe en el expediente un medio probatorio del que se desprenda la valoración del citado daño, ni su cuantificación monetaria precisa, lo cierto es que el juez cuenta con el principio de equidad para la ponderación y valoración del daño, tal y como lo precisó la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“En efecto, ante la configuración de excepcionales circunstancias fácticas que imposibiliten o hagan en extremo difícil deducir un equivalente exacto entre el monto de la indemnización y el daño material padecido por las víctimas y por cuanto “dicho monto no viene a desempeñar, en la generalidad de los casos, sino la función de satisfacer, enfrente de los beneficiarios, cierto bienestar que reemplace al que fue arrebatado por la muerte de una persona”, se colige, siguiendo otros precedentes jurisprudenciales, que la simple dificultad de tipo probatorio, *per se*, no puede cerrar el paso a la merecida indemnización, pues “si ello fuere así, los perjuicios morales de tan inasible evaluación, no podrían jamás representarse en cantidades pecuniarias”, lo que, en el entendido de que “la ley no dice cuál es el criterio adoptable

²⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 1º de octubre de 2008. Exp. 27268. C.P. Enrique Gil Botero

para tales justiprecios”, lleva ineluctablemente a concluir que **“en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho”**, admitiendo que “el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática”, y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, “la prestación de la indemnización debe consultar una compensación equitativa que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo” (XLVI, págs. 689 y 690).

“Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.*, de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, **“atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”** (art. 16, se subraya)”²⁸.

“Y, por su parte, la Sala en reciente oportunidad puntualizó:

“El ingreso calculado para los afectados, con base en el ingreso promedio de profesionales universitarios, se realiza en aplicación del principio de reparación integral, establecido en el artículo 16 de la ley 446 de 1998. Debe señalarse que no es un recurso extraño a la jurisprudencia de la Sala. En sentencia del 18 de junio de 1997, no se consideraron los ingresos del afectado al momento de su muerte sino los calculados con base en su trayectoria profesional...”²⁹

Así las cosas, en aplicación del principio de reparación integral comoquiera el daño se encuentra probado, éste debe ser reparado en equidad con apoyo en las reglas de la experiencia.

En consecuencia, se liquidará la utilidad de las máquinas que, de acuerdo al dictamen principal, se encontraban paralizadas y se disponían para ser

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del cinco de octubre de 2004. Exp 6975. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

²⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 31 de mayo de 2007. Exp. 15170. CP. Enrique Gil Botero.

arrendadas, partiendo de un ingreso operacional de 6 horas diarias de *stand by*³⁰ por concepto de alquiler, en un periodo de 21 días, y sobre el resultado se reconocerá una utilidad del 10.68 %, porcentaje que corresponde al reporte de utilidades de la empresa en el año inmediatamente anterior. De lo anterior resulta:

DESCRIPCIÓN DE LA MÁQUINA	VALOR HORA	STAND-BY (X6)	(X 21 DÍAS)	(10,68%)
Motoniveladora T400	\$65.000	\$390.000	\$8'190.000	\$874.692
Cargador M650 Internacional	\$65.000	\$390.000	\$8'190.000	\$874.692
Tractomula - Mack	\$40.000	\$240.000	\$5'040.000	\$538.272
Volqueta Fiat	\$20.000	\$120.000	\$2'520.000	\$269.136
			TOTAL	\$2'556.792.00

Ahora bien, determinado el valor de las utilidades que dejó de percibir la empresa suponiendo que serían arrendadas 21 días, se procederá a su actualización:

$$Va = \$2'556.792 \times \frac{113,43 \text{ (índice final) (junio de 2013)}}{36,56 \text{ (índice inicial) (agosto de 1996)}} = \mathbf{\$ 7'936.125,00}$$

De otro lado, en relación a los contratos celebrados por la empresa con Raúl Cabrera Jaramillo y Álvaro Gual Mozo, se advierte que existe plena prueba sobre los perjuicios ocasionados con el incumplimiento de los mismos, puesto que el acervo probatorio otorga certeza sobre la actividad comercial desarrollada por la empresa así como de los pactos contractuales que se habían realizado al momento de los hechos de la demanda y que en virtud de las circunstancias no se pudieron ejecutar.

En consecuencia, se liquidará teniendo en cuenta el *stand by* diario fijado por maquinaria en los contratos por el periodo en que duró el bloqueo de las instalaciones de la empresa, toda vez que con posterioridad a esta fecha la demandante dispuso totalmente de la maquinaria pudiendo realizar otros negocios

³⁰ *Stand by*. Anglicanismo utilizado en el sector de la construcción para determinar el mínimo de horas diarias que se compromete a cancelar un contratista en un negocio de alquiler de maquinarias pactado a un plazo determinado.

jurídicos, y se reconocerá el 10,68 %, por concepto de utilidades con fundamento en las razones expuestas.

DESCRIPCIÓN DE LA MÁQUINA	VALOR HORA	STAND-BY (X6)	(X 21 DÍAS)	(10,68%)
Cargador - Volvo L70	\$45.000	\$270.000	\$5'670.000	\$605.556
Bulldózer - Catapillar D6C-10K	\$35.000	\$210.000	\$4'410.000	\$470.988
Retroexcavadora – Diat Allis SL9	\$35.000	\$210.000	\$4'410.000	\$470.988
Bulldózer - Catapillar D4-40A	\$25.000	\$150.000	\$3'150.000	\$336.420
Cargador – Catapillar 930	\$35.000	\$210.000	\$4'410.000	\$470.988
Vibrocompactador – Fiat 880	\$25.000	\$150.000	\$3'150.000	\$336.420
Volqueta – Fiat TPH 065	\$20.000	\$120.000	\$2'520.000	\$269.136
Volqueta – Fiat INJ-398	\$18.000	\$108.000	\$2'268.000	\$242.222
			TOTAL	\$3'202.718

Determinado el valor de las pérdidas de las utilidades por los días que duró la perturbación en las instalaciones del negocio, se procede a la actualización que se hará con utilizando el IPC de la de los hechos y el de a la de esta sentencia:

$$Va = 3'202.718 \times \frac{113,43 \text{ (índice final) (junio de 2013)}}{36,56 \text{ (índice inicial) (agosto de 1996)}} = \mathbf{\$ 9'941.040,00}$$

Así las cosas, la indemnización por lucro cesante corresponde a diecisiete millones ochocientos setenta y siete mil ciento sesenta y cinco (\$17'877.165,00).

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

FALLA:

Modifícase la sentencia del 22 de octubre del 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, la cual quedará así:

Primero. DECLÁRASE patrimonialmente responsable al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, por los daños ocasionados con la obra pública ejecutada en la carrera 6 con calle 99B de Barranquilla, consistente en la perturbación del establecimiento de comercio Salomón Melo C. Ltda., ocurrida del 31 de julio al 21 de agosto de 1996.

Segundo. CONDÉNASE a al Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, a pagar, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de diecisiete millones ochocientos setenta y siete mil ciento sesenta y cinco (\$17'877.165,00).

Tercero. DENIÉGANSE las demás pretensiones de las demandas.

Cuarta. Dese cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

Quinta. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala