

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio por falta de control y vigilancia en relleno sanitario / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Muerte de reciclador en relleno sanitario de Bucaramanga. Condena a Empresas Públicas de Bucaramanga hoy TeleBucaramanga SA ESP

La Sala considera necesario evaluar las circunstancias en que se dieron los hechos que condujeron al deceso del señor Contreras Rozo desde el punto de vista del régimen subjetivo de responsabilidad de la falla en el servicio. Para la Subsección, es evidente que dentro del caso concreto tuvieron lugar varias circunstancias que señalan la existencia, no de una, sino de varias fallas durante el ejercicio de las funciones de la entidad demandada, las cuales guardan un nexo fáctico y jurídico con el resultado fatal del que fue víctima el señor José Contreras Rozo. En efecto, del material probatorio recaudado en el plenario surge de manera notoria el desconocimiento de las obligaciones a cargo de la entidad demandada, con relación a la manera en que debía adelantar las labores relativas a la deposición sanitaria de los residuos sólidos confiados a su manejo, las cuales, para la época de los hechos, fueron reguladas por el Decreto 2104 de 1983. (...) A la luz de las normas transcritas, salta a la vista la absoluta falta de diligencia por parte de la entidad demandada respecto de la vigilancia y control de las actividades desplegadas al interior de un espacio de tan alta peligrosidad como aquel en que se produjo el accidente antes mencionado. (...) Por otra parte, no cabe duda de la grave falla en el servicio que constituye el hecho de que la demandada no tuvo la cautela suficiente para evitar que una persona distinta de la encargada de la conducción del vehículo cargador que le produjo la muerte a José del Carmen Contreras Rozo y sin ninguna capacitación para el efecto, tuviese acceso al mismo, el cual presentaba unas condiciones de maniobrabilidad que requerían conocimientos específicos y especiales, (...) En consecuencia, (...) [se] considera que el daño antijurídico constituido por la muerte del señor Contreras Rozo resulta fáctica y jurídicamente imputable a las Empresas Públicas de Bucaramanga. (...) Pasando al caso concreto, la Sala observa que no se acreditó ninguna de las afirmaciones de la parte demandada tendientes a afirmar la existencia de un evento constitutivo de la causal eximente de responsabilidad bajo examen. (...) Así mismo, (...) no se configura el elemento de externalidad que se requiere para desencadenar el efecto eximente de responsabilidad del hecho de la víctima, puesto que fue la falta de control y vigilancia de la entidad accionada la que permitió la presencia del señor Contreras Rozo en el lugar de los hechos.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Actividades de reciclaje y procesamiento de residuos sólidos. Aplicación del Decreto 2104 de 1983 / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio en las funciones de deposición sanitaria de residuos sólidos. Decreto 2104 de 1983 / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio en las funciones de deposición sanitaria de residuos sólidos. Aplicabilidad del Régimen Subjetivo

En cuanto al daño antijurídico, la Sala reitera que éste, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extrcontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable: i) bien porque es contrario a la Constitución Política o, en general, a cualquier norma de derecho positivo, o ii) porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos. (...) Así las cosas, el daño se convierte en el primer elemento de la responsabilidad, es la causa de la reparación, se trata de un requisito indispensable para declarar la responsabilidad del Estado. Sin embargo, pese a la existencia del daño, es posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad

estatal, “es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”. (...). Realizada la valoración probatoria, la Sala encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico consistente en la muerte del señor (...). Del acervo probatorio recaudado dentro del presente proceso se concluye que el la muerte de la víctima se produjo como consecuencia de las lesiones causadas como consecuencia del accidente en el que fue arrollado por el cargador N° 33 de propiedad de las Empresas Públicas de Bucaramanga. (...). Ahora bien, esta Sala observa que el a quo derivó su decisión de un examen objetivo de la responsabilidad de la entidad demandada, con fundamento en la naturaleza peligrosa de la actividad de conducción de vehículos automotores que llevó a la producción del daño cuya reparación se solicita. (...) Para esta Subsección, si bien es cierto el hecho de que en los eventos en que se generan afectaciones a intereses jurídicos protegidos por el derecho como consecuencia del ejercicio de actividades peligrosas por parte de las entidades del Estado o de sus agentes se hace procedente el estudio objetivo de la responsabilidad de la entidad accionada, el juez no puede negarse a analizar la imputación desde la perspectiva subjetiva de la falla del servicio, por cuanto de hallarse probada, es dicho régimen el que permite evidenciar las actuaciones irregulares, imprudentes e inadecuadas desplegadas por los entes estatales o sus agentes dentro del ejercicio de sus funciones, no sólo con el fin de advertirlas, sino además con el objeto de poner de presente la necesidad de ejercer correctivos respecto de las mismas. (...). Es evidente que dentro del caso concreto tuvieron lugar varias circunstancias que señalan la existencia, no de una, sino de varias fallas durante el ejercicio de las funciones de la entidad demandada, las cuales guardan un nexo fáctico y jurídico con el resultado fatal del que fue víctima el señor. (...) En efecto, del material probatorio recaudado en el plenario surge de manera notoria el desconocimiento de las obligaciones a cargo de la entidad demandada, con relación a la manera en que debía adelantar las labores relativas a la deposición sanitaria de los residuos sólidos confiados a su manejo, las cuales, para la época de los hechos, fueron reguladas por el Decreto 2104 de 1983. Al respecto, el artículo 10 de dicho reglamento señalaba lo siguiente: (...). “Artículo 10: De las situaciones que se deben evitar en el manejo de basuras. Las actividades de manejo de las basuras deberán realizarse en forma tal que se eviten situaciones como: (...) 1. La permanencia continúa en vías y áreas públicas de basuras o recipientes que las contengan, de manera que causen problemas sanitarios y estéticos. (...). 2. La proliferación de vectores y condiciones que propicien la transmisión de enfermedades a seres humanos o animales. (...) 3. Los riesgos a operarios del servicio de aseo o al público en general. (...) 4. La contaminación del aire, suelo o agua. (...) 5. Los incendios y accidentes. (...) 6. La generación de olores objetables, polvo y otras molestias. (...) 7. La disposición final no sanitaria de las basuras.” (...). De manera más concreta, el artículo 72 literal b) de la misma normatividad disponía lo que sigue: (...). “Artículo 72: De los requisitos para los sitios de disposición de basuras. Todo sitio para disposición sanitaria de basuras provenientes del servicio ordinario deberá cumplir como mínimo, con los siguientes requisitos: (...) b. Tener señales y avisos que lo identifiquen en cuanto a las actividades que en él se desarrollan; entrada y salida de vehículos; horarios de operación o funcionamiento; medidas de prevención para eventos de accidentes y emergencias; y, prohibición expresa de acceso a personas distintas a las comprometidas en las actividades que allí se realicen”. (...). A la luz de las normas transcritas, salta a la vista la absoluta falta de diligencia por parte de la entidad demandada respecto de la vigilancia y control de las actividades desplegadas al interior de un espacio de tan alta peligrosidad como aquel en que se produjo el accidente antes mencionado. Lo anterior, teniendo en cuenta que, según se extrae

del material probatorio obrante en el expediente, no existían condiciones suficientes de seguridad que impidieran el acceso de personal ajeno a la entidad, cosa que no constituía una excepción dentro del curso normal de las actividades del relleno sanitario, sino, por el contrario, la regla general.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2104 DE 1983 - ARTICULO 10 / DECRETO 2104 DE 1983 - ARTICULO 72 LITERAL B

NOTA DE RELATORIA: Referente al estudio de la responsabilidad del Estado bajo el Régimen Subjetivo de falla en el servicio, ver fallo de 23 de agosto de 2012, exp. 24.392

HECHO EXCLUSIVO DE LA VÍCTIMA O CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA - Eximente de responsabilidad. Elementos irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Hecho exclusivo de la víctima. Culpa exclusiva de la víctima

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos. (...) En primer lugar, la irresistibilidad alude a la “imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados .” (...) Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de “de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”. (...) En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado “se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”. (...) Frente al caso bajo estudio, la Sala encuentra que no se acreditaron dentro del presente caso las circunstancias que permitiesen establecer que la permanencia del señor (...) en la zona de trabajo en que se desplazaban los vehículos cargadores de las Empresas Públicas de Bucaramanga constituye un hecho externo, imprevisible e irresistible para la entidad, por cuanto, por medio del material testimonial allegado al proceso, se acreditó que la concurrencia de las personas que ejercían labores de reciclaje en dicho sitio era habitual, permanente y, por tanto, previsible para la entidad. (...). Así mismo, como se dijo en apartes anteriores, no se configura el elemento de externalidad que se requiere para desencadenar el efecto eximente de responsabilidad del hecho de la

víctima, puesto que fue la falta de control y vigilancia de la entidad accionada la que permitió la presencia del señor (...) en el lugar de los hechos.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 64

NOTA DE RELATORIA: Referente al tema de la irresistibilidad y de la imprevisibilidad ver la sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 16530. Con relación a la exterioridad ver el fallo de 26 de mayo de 2010, exp. 18800

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Aplicación del criterio de presunción de actividad económica / PERJUICIOS MATERIALES - Condena en abstracto. No se cuenta con la información de edad para el cálculo por lo que se deberá acudir a incidente de liquidación

Se considera procedente la aplicación del criterio que ha establecido en numerosas oportunidades esta Corporación, en virtud del cual se presume que, en aquellos casos en los que se tiene acreditado el ejercicio de una actividad económica jurídicamente protegida por una persona, sin que sea posible determinar de manera cierta los ingresos que mensualmente ésta percibía, dicha persona devengaba un salario mínimo mensual como producto de tales labores. En tal entendido, la liquidación debería tener como base el monto señalado por el Gobierno Nacional como salario mínimo en el año 1996, (...) Dicho monto actualizado a la fecha de la presente sentencia (...) Sin embargo, por ser dicho valor inferior al que en este tiempo se tiene por salario mínimo legal, deberá tomarse como base para la liquidación el monto vigente en la actualidad, (...) Dicha base debe incrementarse en un 25%, en reconocimiento de las prestaciones sociales que, en virtud de la ley, deben pagarse a todo trabajador, (...) Ahora bien, advierte la Subsección que resulta imposible realizar dentro de presente caso la cuantificación de la indemnización que habría de corresponder a la demandante por el concepto bajo análisis, puesto que no se cuenta en el expediente con el registro de civil de nacimiento de la señora Ana Delia Jiménez ni el del señor José Contreras Rozo. En consecuencia, sin el concurso de dichos documentos, no puede tenerse razón respecto de la edad que tenían ellos al momento de la muerte de este último, la expectativa de vida probable con que contaban ambos en esa época y la cantidad de meses que le restaban al señor Contreras Rozo para llegar a la edad de 65 años, en la que se presume que se produce el retiro de una persona de sus actividades laborales. Así las cosas, para la liquidación del perjuicio bajo examen se requiere la realización de un incidente de liquidación dentro del presente proceso, en el que con base en los registros civiles de nacimiento de la demandante y del señor Contreras Rozo se haga la respectiva liquidación teniendo en cuenta los siguientes criterios.

NOTA DE RELATORIA: Esta decisión fue proferida por la Sub-Sección C, con aclaración de voto del consejero Enrique Gil Botero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 68001-23-15-000-1997-13602-01(26956)

Actor: ANA DELIA JIMENEZ CASTRILLON

Demandado: EMPRESAS PUBLICAS DE BUCARAMANGA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 24 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se dispuso:

- “1.- DECLARASE administrativamente responsable a las EMPRESAS PUBLICAS DE BUCARAMANGA hoy TELEBUCARAMANGA S.A E:S:P., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
- 2.- CONDENASE a las EMPRESAS PUBLICAS DE BUCARAMANGA hoy TELEBUCARAMANGA S.A al, pago, de perjuicios materiales a favor de ANA DELIA JIMENEZ CASTRILLON, en abstracto, teniendo en cuenta las pautas señaladas para el trámite incidental, en la parte motiva de esta sentencia.*
- 3.- CONDENASE a las EMPRESAS PUBLICAS DE BUCARAMANGA, hoy TELEBUCARAMANGA S.A E.S.P. a paga a ANA DELIA JIMENEZ CASTRILLON el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales por daño moral, vigentes a la fecha de esta providencia.*
- 4.- no se condena por concepto alguno al llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A según lo manifestado en la parte considerativa.*
- 5.- DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.” (Sic.)*

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 5 de diciembre de 1997 la señora Ana Delia Jiménez Castrillón, mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., presentó demanda con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas¹:

“DECLARACIONES

- “1.- Declarar que Las Empresas Públicas de Bucaramanga, es administrativamente responsable de los daños y perjuicios ocasionados a ANA DELIA JIMENEZ por la muerte del señor JOSE CONTRERAS ROZO, en hechos registrados el 3 de Enero de 1996, en el sitio conocido como El carrasco, donde los vehículos recolectores de basura depositan la misma.*
- 2.- LUCRO CESANTE.- Las Empresas Públicas de Bucaramanga debe pagar a ANA DELIA JIMENEZ, compañera permanente del occiso, indemnización por el Lucro Cesante que se establezca en el proceso y que*

¹ Folios 2 a 9 del cuaderno N°. 1

estimo en la suma de \$60.000.000, hasta la fecha de la demanda, de conformidad al artículo 20, numeral 1 y 2 del C.P.C.

Para su liquidación se tendrá en cuenta un ingreso mensual de DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MCTE (\$240.000) que corresponde al valor devengado mensualmente por la víctima en sus actividades como recolector de basura.

(...)

3.- DAÑOS Y PERJUICIOS MORALES.- Las Empresas Públicas de Bucaramanga, pagará por daños morales subjetivos como compensación a la demandante ANA DELIA JIMENEZ, UN KMIL GRAMOS ORO FINO, teniendo en cuenta el precio de venta que corresponda a la fecha de la ejecutoria del fallo.

(...)" (Sic.)

Como fundamento de las pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

El señor José Contreras Rozo desempeñaba labores de reciclaje en el lugar en que depositaban los residuos sólidos los vehículos que para dicho efecto destinaban las Empresas Públicas de Bucaramanga.

El 3 de enero de 1996, en desarrollo de las actividades descritas, el señor Contreras Rozo fue atropellado por el cargador de placas INT 33, de marca Caterpillar y de propiedad de las Empresas Públicas de Bucaramanga. Producto de las heridas ocasionadas que le fueron ocasionadas como consecuencia del incidente descrito, el señor Contreras Rozo falleció.

Según el dicho de la parte actora, el vehículo de la entidad demandada era conducido al momento del accidente por el señor Saulo Sánchez, quien no se encontraba encargado de desempeñar tales labores, por no encontrarse capacitado para el desarrollo de las mismas.

Como consecuencia de la muerte del señor Contreras Rozo, la demandante se ha visto afectada patrimonial y moralmente.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. El Tribunal Administrativo de Nariño mediante providencia del 26 de marzo de 1998² solicitó la corrección de la demanda respecto de la estimación de la cuantía y la especificidad del poder allegado frente a los hechos generadores de la demanda de reparación directa. Más adelante, por medio de auto fechado el 14 de julio del mismo año³ dicha Corporación admitió la demanda, la cual fue notificada a las Empresas Públicas de Bucaramanga el 20 de agosto de 1998⁴.

2.2. Dicha entidad contestó la demanda mediante escrito presentado el 26 de octubre de 1998⁵, en el que se opuso a las pretensiones formuladas por la parte demandante; se pronunció sobre los hechos alegados y sujetó la existencia de algunos a lo probado en el proceso.

² Folios 11 y 12 del cuaderno N° 1.

³ Folios 19 y 20 del cuaderno N° 1.

⁴ Folio 22 del cuaderno N° 1.

⁵ Folios 25 a 28 del cuaderno N° 1.

Adicionalmente, solicitó que se vinculase a la compañía Seguros del Estado S.A en calidad de llamado en garantía, argumentando la existencia de la póliza de seguros N° 251-6220864, en la cual se preveía el cubrimiento de las obligaciones derivadas de las lesiones a personas causadas por el vehículo que produjo la muerte al señor Contreras Rozo.

2.3. Agotada la etapa probatoria, a la cual se dio apertura mediante auto del 19 de febrero de 1999⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiese su correspondiente concepto de fondo⁷.

2.3.1. El agente del Ministerio Público sostuvo que el presente caso debía ser analizado desde un régimen objetivo de responsabilidad, teniendo en cuenta la peligrosidad que reviste la actividad de conducción de vehículos automotores. Por consiguiente, desechó el estudio de la existencia de una falla en el servicio en la actuación de la entidad accionada⁸.

Así las cosas, afirmó que bajo dichas circunstancias, existía en contra de la entidad demandada una presunción de responsabilidad, la cual sólo podría verse desvirtuada con la prueba de una causal excluyente de responsabilidad.

Más adelante, sostuvo que la muerte del señor José Contreras Rozo se produjo, según las pruebas recaudadas, como consecuencia del accidente acaecido el 3 de enero de 1996, en el que se vio involucrado el cargador de placas INT 33 de propiedad de las Empresas Públicas de Bucaramanga, el cual era conducido por personal de dicha empresa.

Por otra parte, afirmó que se encontraban probadas la calidad de compañera permanente que le asiste a la demandante respecto del fallecido señor Contreras Rozo y las afectaciones sufridas por ella como consecuencia del deceso de este último.

En consecuencia, solicitó se profiriese sentencia favorable a las pretensiones de la parte actora.

2.3.2. Por su parte, la entidad demandada afirmó que el Tribunal Administrativo de Santander no era competente para conocer del presente proceso, habida cuenta de que Telebucaramanga (nombre bajo el cual operaban las Empresas Públicas de Bucaramanga al momento de la presentación de la demanda) se encontraba revestida de la calidad de empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios, por lo que el conflicto bajo examen debía ventilarse ante la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, solicitó que se declarase la nulidad de todo lo actuado⁹.

De otro lado, adujo la existencia de una culpa exclusiva de la víctima, por cuanto el señor Contreras Rozo, según su dicho, habría desconocido las normas mínimas de prevención y protección que le eran exigibles al haber adelantado labores de reciclaje dentro de una zona peligrosa como aquella en que sucedió el accidente que llevó a su deceso; a la que, además, no debía ingresar sin una autorización previa, con la que no contaba.

De igual forma, aseguró que el material probatorio contenido en el expediente no da certeza sobre la forma en que sucedieron los hechos, por lo que no puede

⁶ Folios 36 a 38 del cuaderno N° 1.

⁷ Auto del 7 de septiembre de 2001. Folio 275 del cuaderno N° 1.

⁸ Folio 278 a 280 del cuaderno N° 1.

⁹ Folios 285 a 288 del cuaderno N° 1.

establecerse con absoluta claridad la existencia de un nexo causal entre la conducta de la entidad y el resultado lesivo denunciado por la parte actora. Lo anterior, por cuanto no logró acreditarse nada respecto de las normas de circulación regentes al interior del botadero de basuras del Carrasco, cuya propiedad ostentaba la entidad accionada.

Adicionalmente, sostuvo que el accidente se habría presentado como consecuencia de las condiciones de inestabilidad del suelo sobre el que se desplazaba el vehículo de la entidad demandada.

Para finalizar, solicitó que, en caso de que el *a quo* considerase que la entidad demandada fue la responsable de los daños reclamados por la demandante, debía acudir a la aseguradora llamada en garantía para el pago de las obligaciones pecuniarias derivadas de aquellos.

2.3.3. Por último, la parte demandante alegó de conclusión¹⁰ y señaló que del material probatorio podía evidenciarse fácilmente, primero, que la falla en el servicio en que había incurrido la entidad demandada se presentó porque el operario del vehículo que ocasionó el accidente permitió que aquel fuese manipulado por un tercero no autorizado para ello; y en segundo término, que dicha falla fue la causante de la muerte del señor Contreras Rozo.

Sostuvo además que el hecho generador del daño al que se hizo referencia resulta imputable al municipio de Bucaramanga y a las Empresas Públicas de dicha ciudad, por cuanto el primero era el propietario de dichas empresas y las segundas ostentaban el dominio del cargador que produjo el resultado lesivo.

2.4. Mediante providencia del 21 de marzo de 2002¹¹, el Tribunal administrativo de Santander denegó la declaratoria de nulidad solicitada por la parte demandada.

2.5. Por medio de auto del 28 de marzo de 2003¹², se admitió el llamamiento en garantía solicitado por las Empresas Públicas de Bucaramanga. Se ordenó la notificación del llamado en garantía Seguros del Estado S.A y se procedió a la suspensión del proceso hasta tanto no fuese citado o no se hubiese vencido el término máximo de 90 días dispuesto por la ley.

2.5.1. El llamado en garantía Seguros del Estado S.A, fue notificado personalmente de la admisión del auto que lo vinculaba al proceso el día 17 de junio de 2003¹³ y contestó el llamamiento en garantía¹⁴, señalando una falta de técnica jurídica en la formulación y admisión de su vinculación al proceso, por cuanto la solicitud no fue presentada en escrito separado de la contestación de la demanda, tal y como lo exige el C.P.C.

Igualmente, aseveró que el cargador de placas INT-33 no se encontraba asegurado por la compañía. Así mismo, aseguró que el SOAT con el que se encontraría cubierto el mencionado automotor no es un seguro de responsabilidad civil extracontractual, sino un seguro con unos riesgos asegurados de manera específica y en unas condiciones específicas de cubrimiento, dentro de las cuales no se encuentran los hechos por los cuales la entidad demandada pretende obligar a responder a la Compañía Seguros del Estado.

¹⁰ Folios 289-A a 292 del cuaderno N° 1.

¹¹ Folios 295 a 299 del cuaderno N° 1.

¹² Folios 1 y 2 del cuaderno N° 2.

¹³ Folio 3 del cuaderno N° 2.

¹⁴ Folios 10 a 15 del cuaderno N° 2.

Por otra parte, propuso como excepciones: *i)* la falta de legitimación en la causa por activa, por cuando no eran las Empresas Públicas de Bucaramanga las facultadas para convocar a la compañía dentro del proceso, pues sólo se encuentran habilitados para ello quienes se expresan al respecto dentro de las cláusulas del contrato de seguros, que para el caso de muerte son los beneficiarios del mismo; *ii)* la de prescripción de las acciones, derechos y obligaciones derivados del contrato de seguro, en cuanto el Código de Comercio establece un término de 2 años contados desde el momento en que el interesado tuvo noticia del hecho base de la acción o uno de 5 años desde el nacimiento del derecho, cuando el interesado no ha tenido o no ha podido tener noticia de dicho suceso; por ello, habiéndose configurado el hecho el 3 de enero de 1996, dice, la acción se encontraría prescrita; y *iii)* la de preclusión de la oportunidad para vincular al llamado en garantía, puesto que desde el momento del llamamiento en garantía y hasta el día de la presentación del escrito de contestación del mismo transcurrieron más de 90 días.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia del 24 de noviembre de 2003¹⁵, declaró la responsabilidad de la entidad demandada y la condenó al pago de perjuicios morales y materiales.

El *a quo* consideró acreditada la calidad de compañera permanente de la señora Ana Delia Jiménez respecto del señor José Contreras Rozo, en virtud del material testimonial recaudado dentro del proceso.

Ahora bien, al analizar la responsabilidad de las Empresas Públicas de Bucaramanga frente a los hechos de la demanda, el Tribunal Administrativo de Santander prescindió del estudio de la existencia de una falla en el servicio, por considerar que la conducción de vehículos automotores es una actividad riesgosa lo que permite realizar el examen de la responsabilidad endilgada al ente demandado desde un régimen objetivo, por lo que sólo resulta relevante la acreditación del hecho dañino y la relación de causalidad entre aquel y la conducta endilgada al ente demandado.

Así las cosas, la exoneración de una eventual declaratoria de responsabilidad sólo podría desencadenarse con la prueba de la existencia del hecho de la víctima, del hecho de un tercero, o de un caso fortuito o fuerza mayor.

Al analizar el caso concreto, el Tribunal tuvo por probado el acaecimiento de un accidente de tránsito en el que participó el cargador de placas INT-33, de propiedad de la entidad demandada y que era conducido por Saulo Sánchez Parra, funcionario de la misma, y que con dicho vehículo fue atropellado el señor Contreras Rozo, lo que le produjo la muerte.

En consecuencia, consideró procedente declarar la responsabilidad de las Empresas Públicas de Bucaramanga, entidad que para exonerarse debía probar la existencia de una causa extraña como enervante de dicha responsabilidad, cosa que no logró hacer a lo largo del proceso.

De otra parte, sostuvo que la muerte del señor Contreras Rozo obedeció a la actitud imprudente de uno de los empleados de la entidad, quien, sin poseer los

¹⁵ Folios 346 a 365 del cuaderno principal.

conocimientos ni la pericia requerida, maniobró el vehículo de placas INT-33 sin autorización de una persona competente para ello.

Así las cosas, condenó a la entidad demanda en abstracto y determinó la necesidad de concretar mediante un trámite incidental la suma a reconocer por concepto de lucro cesante, atendiendo a la imposibilidad de determinar el ingreso de la víctima y el término de su vida probable. Igualmente, condenó a las Empresas Públicas de Bucaramanga al pago de 1000 gramos oro en favor de la señora Ana Delia Jiménez.

Frente al llamamiento en garantía solicitado por las Empresas Públicas de Bucaramanga respecto de la compañía Seguros del Estado S.A., se abstuvo de proferir cualquier pronunciamiento en contra de esta última, por cuanto, en su concepto, dicha compañía ya habría asumido el pago de una indemnización por la muerte del señor Contreras Roso. Sin embargo, sostuvo que los valores cancelados en virtud del contrato de seguros por el que se cubría al cargador INT-33 no fueron pagados a la demandante, por lo que no pueden descontarse aquellos de la condena dictada dentro del presente proceso.

Por último, tras realizar un recuento de las distintas formas jurídicas que ha tenido las Empresas Públicas de Bucaramanga a lo largo del presente proceso, el Tribunal consideró procedente proferir las condenas antes relacionadas en contra de Telebucaramanga S.A. E.S.P.

4. El recurso de apelación

Mediante escrito presentado el 16 de diciembre de 2003¹⁶, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Como fundamento del recurso, la entidad accionada sostuvo que dentro del fallo de primera instancia fueron ignorados los argumentos utilizados por su defensa con relación a la existencia de una culpa exclusiva de la víctima, consistente en que la víctima se encontraba en un lugar de alta peligrosidad, sin que se le hubiese autorizado el acceso a dicho espacio. Así mismo, aseguró que constituía una imprudencia por parte del fallecido señor Contreras Rozo haberse aproximado a un vehículo de las características del que le produjo la muerte, cuando dicho vehículo se encontraba realizando labores en el bazarero.

Por otro lado, respecto de la supuesta inexistencia de medidas de control del acceso a personal no autorizado a la zona del botadero de basura, señaló que ello no autorizaba a quienes accedían de manera irregular a dicho sitio para actuar de manera imprudente y poniendo en riesgo su propia integridad física.

En el mismo sentido, adujo que dentro de las circunstancias que dieron lugar al fatal accidente en que perdió la vida el señor Contreras Rozo medió un evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, por cuanto el golpe recibido por él y proveniente del vehículo de la entidad demandada se produjo como consecuencia de la imposibilidad de detener dicho automotor para quien lo operaba, generada por los residuos vertidos en el lugar del suceso, los cuales hacen resbalosa la superficie. En consecuencia, afirmó que los hechos no fueron causados por la impericia o imprudencia del operario del cargador.

¹⁶ Folios 369 a 373 del Cuaderno Principal.

Respecto de la condena en abstracto por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante que fue proferida en primera instancia, sostuvo que el hecho de que el Tribunal Administrativo de Santander hubiese tenido el valor de un salario mínimo mensual como parámetro para calcular el monto de la condena por tal concepto, en caso de que no se lograra probar una suma concreta diferente, constituye un exabrupto jurídico, teniendo en cuenta que no existen elementos materiales probatorios que permitan determinar que una persona encargada de realizar labores de reciclaje devenga exactamente esa suma y no otra mayor o menor. Por ello, consideró que el *a quo* actuó sin fundamento en las pruebas recaudadas en el proceso y favoreció a la parte actora a partir de simples suposiciones.

Finalmente, aseveró que la condena proferida en primera instancia de 100 SMMLV por perjuicios morales no fue el producto de un análisis del juzgador con relación a la congoja y dolor sufridos por la demandante, por cuanto no se encuentra en la sentencia fundamentación alguna al respecto. Del mismo modo, sostuvo que la condena referida no se dirige al resarcimiento del perjuicio causado a la actora, sino a enriquecerla injustamente con una suma muy superior a la devengada en condiciones normales por ella.

Por todo lo dicho, solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia y que las pretensiones de la demanda sean denegadas.

5. Actuación en segunda instancia.

5.1. El recurso de apelación fue concedido en el efecto suspensivo mediante auto del 4 de febrero de 2004¹⁷ y admitido por esta Corporación por medio de providencia del 18 de junio del mismo año¹⁸.

5.2. En auto del 8 de octubre de 2004 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiese concepto¹⁹.

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

5.3. En ejercicio de la facultad otorgada por el artículo 43 de la Ley 640 de 2001, esta Corporación citó a las partes el con el fin de llevar a cabo audiencia de conciliación el 11 de octubre de 2012²⁰.

5.4. El Ministerio Público rindió concepto de conciliación²¹, en el que consideró inviable la suscripción de acuerdo conciliatorio, por considerar que las pruebas documentales relacionadas con el levantamiento del cadáver del señor Contreras Rozo y el acta de la necropsia realizada sobre el mismo no constituyen prueba idónea para acreditar el hecho de su muerte, en cuanto la única documentación suficiente para probar dicha circunstancia es el registro civil de defunción en el que se dé cuenta de tal hecho.

5.5. La audiencia no se realizó por falta de comparecencia de la representación de la parte actora²².

¹⁷ Folio 377 del Cuaderno Principal.

¹⁸ Folio 381 del Cuaderno Principal.

¹⁹ Folio 383 del Cuaderno Principal.

²⁰ Auto del 26 de marzo de 2012. Folio 395 del Cuaderno Principal.

²¹ Folios 402 a 408 del Cuaderno Principal.

²² Folio 409 del Cuaderno Principal.

5.6. Esta Corporación, en ejercicio de la facultad oficiosa conferida por el artículo 169 del C.C.A, ofició a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que enviase copia del registro civil de defunción de José Contreras Rozo²³.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Al momento de la presentación de la demanda²⁴ la cuantía mínima exigida para que un proceso de esta naturaleza fuese tratado en dos instancias era de \$13'460.000. La pretensión mayor individualmente considerada se valoró en el libelo demandatorio en \$60'000.000, por concepto de lucro cesante. Por ello, la Sala se considera competente para el conocimiento del *sub lite*.

2. Objeto de la apelación.

2.1. Previo a decidir, debe precisarse que el recurso de alzada contra la sentencia de primera instancia sólo lo interpuso la parte demandada; por lo que, por regla general, para resolver, la Sala deberá tener en cuenta lo previsto en el artículo 357 del C.P.C²⁵, teniendo como fundamento los argumentos expuestos y desarrollados en el respectivo recurso de apelación²⁶, pero sin hacer más gravosa la situación del apelante único, es decir, respetando el principio de la *non reformatio in pejus*²⁷.

²³ Auto del 9 de septiembre de 2013. Folios 411 y 412 del Cuaderno Principal.

²⁴ El 5 de diciembre de 1997.

²⁵ Inciso primero: “La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones”

²⁶ “Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación que a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez (...). [E]l juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos”. Sin embargo, “(...) conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i*) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii*) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii*) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Sala Plena, Sentencia del 9 de febrero de 2012, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 21060.

²⁷ “(...) [O]tra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez *ad quem*, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia (...). Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política (...). Conviene puntualizar que la *non reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el

2.2. El recurso impetrado por la parte demandada centra su disenso en cuatro puntos específicos: *i)* la existencia de un hecho de la víctima como causa determinante para la producción del daño, por cuanto el señor Contreras Rozo actuó de manera imprudente al ingresar a una zona restringida de alta peligrosidad sin autorización y al aproximarse al cargador que se encontraba realizando labores de distribución de residuos sólidos; *ii)* la configuración de un caso fortuito o fuerza mayor, como consecuencia de las condiciones del terreno por el que se desplazaba el vehículo que atropelló a la víctima, las cuales generaron una baja adherencia de los neumáticos del automotor al suelo y la imposibilidad de detenerlo; *iii)* el parámetro de un salario mínimo mensual legal vigente como criterio de cuantificación del lucro cesante, por cuanto, en su concepto, no existe material probatorio que permita determinar que el señor Contreras Rozo devengaba dicha suma; y finalmente, *iv)* la cuantificación de la condena por perjuicios morales, sin que hubiese mediado análisis alguno respecto de la congoja y el dolor padecidos por la demandante como consecuencia de la muerte de su compañero permanente.

3. Aspectos previos

3.1. Valor probatorio de la prueba trasladada²⁸.

La Sala encuentra necesario reiterar su jurisprudencia en relación con la eficacia probatoria de las pruebas practicadas en proceso diferente al contencioso administrativo, dado que a este proceso se trasladó el proceso penal adelantado por la muerte del señor José Contreras Rozo.

Al respecto, la Sala ha establecido que de conformidad con el artículo 168 del C. C.A., *“En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”*.

Por su parte el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que *“Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”*.

En materia de copias de actuaciones judiciales, el numeral 7º del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil establece que *“las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario”*, puesto que se trata, *“...de un acto*

ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i)*- En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; *ii)*- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo *“(...) aun cuando fuere desfavorable al apelante”* (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)”. *Ibidem*.

²⁸ Se reitera la posición establecida en la sentencia del 6 de marzo de 2013 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp: 25821.

mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del juez, en orden a posibilitar -mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo juzgado, quien cumple la función de 'extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello', precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha"⁽²⁹⁾³⁰.

Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción.

No obstante lo anterior, si la parte contra la que se aduce la prueba documental trasladada no la solicitó ni se practicó con audiencia de ella, podrá valorarse si i) *"ésta estuvo en el expediente a disposición de la parte demandada, quien tuvo la oportunidad de controvertirla"*³¹; ii) fue utilizada por la contraparte, por ejemplo parte demandada, para estructurar la defensa en los alegatos de conclusión³²; en todo caso, *"el juez tiene la facultad de rechazar de plano las pruebas legalmente prohibidas o ineficaces, las impertinentes y las manifiestamente superfluas"*³³; Así mismo, se permite que los documentos públicos o privados autenticados sean valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil³⁴. En efecto, una vez allegado el documento la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes al que haya sido aportado en audiencia o diligencia. Debe tenerse en cuenta que, según lo dispuesto en la misma norma, no se admitirá la tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica.

En cuanto a los medios de prueba diferentes al documental, de no cumplirse alguno de los mencionados requisitos, es decir, si se traslada la prueba a un proceso entre partes completamente o parcialmente distintas, se debe tener en cuenta el tipo de prueba para garantizar el principio de contradicción según las

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de abril de 2002, M.P.: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, Exp: 6636.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 2 de mayo de 2007, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 31217, y Sentencia del 10 de junio de 2009, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 17838.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección B, sentencia de 27 de abril de 2011, Exp.20374, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 9 de diciembre de 2004, Exp.14174, C.P.: German Rodríguez Villamizar.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 24 de enero de 2007, Exp.32216, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Puede verse también: Sección Tercera, sentencia de 19 de noviembre de 1998. Exp.12124.

³⁴ *"Artículo 289.-Procedencia de la tacha de falsedad. La parte contra quien se presente un documento público o privado, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia.*

Los herederos a quienes no les conste que la firma o manuscrito no firmado proviene de su causante, podrá expresarlo así en las mismas oportunidades.

No se admitirá tacha de falsedad cuando el documento impugnado carezca de influencia en la decisión, o se trate de un documento privado no firmado ni manuscrito por la parte a quien perjudica."

formalidades que la ley ha establecido respecto de cada una de éstas, asunto ya precisado por la Sala en los siguientes términos:

“... el artículo 229 del mismo código dispone:

“Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior”³⁵.

Se tiene entonces que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente.

En consecuencia, la Sala constata que el expediente del proceso penal³⁶ fue aportado de conformidad con las exigencias del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, puesto que consta en copia auténtica³⁷ y se respetó el derecho de defensa y contradicción de la parte contra la que se adujo; sin embargo, no sucede lo mismo con los testimonios e indagatorias que no fueron ratificados y, por ello, según los requisitos legales antes referidos, no podrán ser valorados.

3.2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado- reiteración jurisprudencial

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”³⁸ de la responsabilidad del Estado³⁹ y se erigió como garantía de los derechos e intereses

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, C.P.: Alier Eduardo Hernández, Exp: 11898, reiterada en sentencia del 18 de febrero de 2010, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp: 17542

³⁶ Proceso penal No. 1999-003-00 remitido por la parte demandante, tal y como consta en el folio 127 del cuaderno N° 1.

³⁷ Al respaldo del folio 268 del cuaderno N° 1. Se observa la constancia de autenticidad suscrita por el Juez Penal de Circuito de Bucaramanga y el Secretario de dicho despacho judicial.

³⁸ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

³⁹ La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del*

de los administrados⁴⁰ y de su patrimonio⁴¹, sin distinguir su condición, situación e interés⁴². Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁴³; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁴⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁵ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁴⁶ tanto por la acción, como por la omisión.

estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

⁴⁰ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “*son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁴¹ “*La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁴² La “*razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal*”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁴³ “*La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos*”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁴⁵ “*3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado*”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁴⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “*los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado*”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “*menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’*”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público*”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”⁴⁷.

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁴⁸.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁴⁹.

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”⁵⁰. Dicho daño tiene como características que sea

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

⁵⁰ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁵¹, anormal⁵² y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁵³.

Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada–; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal–; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”⁵⁴.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad⁵⁵, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁵⁶. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁵⁷.

En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que

⁵¹ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

⁵² “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

⁵³ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

⁵⁵ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵⁶ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁵⁷ “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”⁵⁸. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”⁵⁹.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”⁶⁰. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁶¹.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁶² es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁶³ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que

⁵⁸ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁶⁰ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁶¹ JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

⁶² “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*., ob., cit., p.62.

⁶³ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo,

se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”⁶⁴.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección⁶⁵ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁶⁶. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”⁶⁷.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁶⁴ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁶⁵ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

⁶⁶ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja– surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario– (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos⁶⁸⁶⁹.

16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no

⁶⁸ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁷⁰. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella⁷¹.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

4. Caso concreto

4.1. Con fundamento en el acervo probatorio que obra en el expediente, la Sala encuentra **acreditados los siguientes hechos:**

- a) Respecto de la relación existente entre la señora Ana Delia Jiménez Castrillón y el señor José Contreras Rozo, se probó que la primera ostentaba la calidad de compañera permanente respecto de éste último⁷².
- b) Con relación a las actividades desarrolladas por el señor José Contreras Rozo para su sostenimiento y el de su hogar, se acreditó que de manera habitual y permanente se desempeñaba como reciclador en el depósito de basuras conocido como El Carrasco⁷³.
- c) Frente a los hechos ocurridos el 3 de enero de 1996 en el botadero de basura conocido como El Carrasco se probó lo siguiente:

⁷⁰ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

⁷¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁷² En la declaración rendida por Gustavo Esteban Gil, él se refiere a la señora Ana Delia Jiménez como compañera permanente del fallecido señor Contreras Rozo (folios 54 y 55 del cuaderno N° 1.). Adicionalmente, el señor Antonio Díaz afirmó que los señores Jiménez Castrillón y Contreras Rozo hacían vida marital (folio 66 del cuaderno N° 1.). En el mismo sentido se pronunciaron los señores Héctor Niño (folio 84 del cuaderno N° 1.) y Alfonso Melgarejo (folio 88 del cuaderno N° 1.).

⁷³ Dentro del expediente se encuentra el testimonio rendido por Gustavo Esteban Gil, quien afirmó conocer a José Contreras Rozo como reciclador con una anterioridad cercana a los dos años anteriores al accidente (folio 54 del cuaderno N° 1.). En el mismo sentido, Gabriel Núñez afirmó conocer al occiso "como compañero de trabajo allá en el carrasco aproximadamente hacía como unos cinco años. El señor trabajaba escarbando reciclando materiales" y sostuvo que el mismo "vivía de eso" (Sic.). En el mismo sentido declaró Alfonso Melgarejo (folio 89 del cuaderno N° 1.).

1. El señor José Contreras Rozo se desplazó al sitio conocido como El Carrasco con el fin de adelantar las labores habitualmente desempeñadas por él como reciclador⁷⁴. En el lugar no existía ningún control especial sobre la entrada y permanencia de recicladores en el botadero, ni restricciones o prohibición en cuanto al manejo de los residuos que allí se reciben por parte de personas ajenas a las Empresas Pública de Bucaramanga⁷⁵.

2. Estando realizando labores de reciclaje, la víctima fue golpeada por el cargador N° 33⁷⁶ de propiedad de las Empresas Públicas de Bucaramanga⁷⁷, que en ese momento era conducido por el señor Saulo Sánchez, quien no se encontraba encargado, autorizado, ni capacitado para el desarrollo de tales labores⁷⁸.

⁷⁴ Así lo señaló Antonio Díaz en su declaración (folio 66 del cuaderno N° 1.)

⁷⁵ El señor Héctor Niño afirmó lo siguiente: “PREGUNTADO: ustedes como recicladores necesitan algún permiso especial para ingresar a esa zona. CONTESTO: si señora PREGUNTADO: manifieste al despacho si le consta que el señor contreras tenía ese permiso. CONTESTO: nosotros estábamos afiliados a una cooperativa, se llama Bello Renacer, y portamos un carnet para poder ingresar a trabajar allá” (Sic.). Folio 85 del cuaderno N° 1.

Por su parte, Juan Bautista Vega Espíndola declaró: “Preguntado: EXISTIA UN REGLAMENTO QUE DEBIERA HACER CUMPLIR EL JEFE DEL RELLENO RELACIONADO CON EL INGRESO DE PERSONAL A ESE SITIO, MANEJO DE MAQUINAS Y OTROS. CONTESTO: No había nada por escrito de eso, pero si verbalmente se le advertía que únicamente la maquinaria la podía manejar el personal autorizado y con nombramiento para ello, el cuidado que debía tener todo el personal de la empresa que trabajaba ahí en el sentido de que debían estar muy alertas porque de pronto podía sufrir un accidente tengo entendido que eran más de doscientos recicladores (...)” (Sic.). Folio 315 del cuaderno N° 1.

⁷⁶ Así fue consignado en el acta de levantamiento del cadáver del señor José Contreras Rozo, la cual obra en copia auténtica a folio 129 del cuaderno N° 1.

⁷⁷ Certificación expedida por la empresa Telebucaramanga S.A. E.S.P que obra a folio 113 del cuaderno N° 1.

⁷⁸ Testimonio del señor Antonio Díaz: “(...) el se encontraba reciclando la basura que traía la camioneta la chicamocha aproximadamente a las diez de la mañana de ese día el operador de un cargador paro la maquina la cual estaba operando y se fue a hacer una diligencia que ignoro llendose este señor el ayudante de la maquina de subio a ella la encendio y fué a echar reversa con tan mala fortuna tanto como para el ayudante como para don JOSE que la maquina lo cogio por detrás lo golpeo lendose a estrellar contra la camioneta (...) fueron momentos de pánico porque don JOSE había quedado mal herido.” (Sic.). Folios 66 y 67 del cuaderno N° 1. Adicionalmente, la empresa Telebucaramanga S.A E.S.P remitió copia auténtica de la resolución N° 758 de 1985, en la que se nombra al señor Saulo Sánchez Parra en el cargo de Barrendero y del acta de posesión levantada al respecto.

Además, en la resolución de la Fiscalía General de la Nación, en la que se impuso medida de aseguramiento al señor Saulo Sánchez Parra por el homicidio culposo del señor José Contreras Rozom se lee: “(...) es claro (...) que SAULO SANCHEZ tenia como oficio ayudar a los equipos asignados al relleno sanitario, indicar el lugar donde debían estacionar y descargar la basura, además de colaborar con su mantenimiento, pero en ningún momento maniobrar dichos aparatos, por lo tanto no había recibido una preparación adecuada para la conducción de estos, si bien podía tener un conocimiento elemental por permanecer en el lugar durante mucho tiempo y estar en contacto con ellos, esto no era suficiente para considerar que podía maniobrarlos técnicamente, es por esta razón que cuando se subió en el cargador Nro. 33, llevo una pala de basura y reverso a recoger más, el aparato se le descontroló y no pudo pararlo a tiempo, causando así la muerte de una persona y el daño a un automotor que se encontraba estacionado.” (Sic.). Copia auténtica de la resolución del 2 de septiembre de 1997. Folio199 del cuaderno N° 1.

Por su parte, el señor Juan de Jesús Herrera Fuentes sostuvo en su declaración ser el funcionario encargado de manipular el cargador N° 33 de las Empresas Públicas de Bucaramanga y que el señor Saulo Sánchez Parra encendió y movilizó sin su autorización el mencionado vehículo, utilizando además un artilugio distinto a las llaves del mismo para ponerlo en marcha. Igualmente, aseguró que el señor Sánchez Parra no se encontraba capacitado para realizar las labores encargadas a los conductores de los cargadores de la empresa.

Al referirse a las posibles causas del accidente, el señor Herrera Fuentes manifestó lo siguiente: “(...) la maquina se le fue la maquina no tenía frenos, cuando el prende la maquina no tenía frenos (...) yo prendo la maquina y acelero la maquina para que coja freno porque eso es de aire (...) entonces se acelera y a lo que la maquina coge el freno ella misma dispara aire entonces ya sabe uno que la maquina tiene frenos. En el caso de Saulo el prende la maquina y seguramente le mete el cambio y arrancho llego a donde estaba la basura y saco la cucharada de basura al sacar la cucharona de basura todavía no se daba cuenta que la maquina iba sin frenos, le metió la reversa (...) se le impulsó la maquina y no le contestaron los frenos (...) eso demuestra que el no estaba capacitado para manejarla. Seguro que se asustó cuando le gritaron y si hubiera tenido experiencia el baja la cucharona del cargador y brega uno a sostener la máquina (...)” (Sic.). Folios 305 a 312 del cuaderno N° 1.

3. Durante el día del accidente no se presentaban condiciones extremas que afectasen la movilidad de vehículos en el terreno ni la visibilidad dentro del mismo⁷⁹.

d) Frente a las causas de la muerte de José Contreras Rozo, la cual se acreditó por medio de copia auténtica de su registro civil de defunción⁸⁰, se probó que la misma se produjo como consecuencia de las lesiones ocasionadas en el accidente antes descrito⁸¹.

e) Respecto del dolor y aflicción sufridos por la señora Ana Delia Jiménez Castrillón, varios de los testimonios recaudados dentro del plenario coincidieron en afirmar la congoja padecida por ella como consecuencia de la muerte de su compañero permanente⁸².

4.2. En cuanto al daño antijurídico, la Sala reitera que éste, comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable: i) bien porque es contrario a la Constitución Política o, en general, a cualquier norma de derecho positivo, o ii) porque sea irrazonable, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

El precedente de la Corte Constitucional sobre el tema señala que la *“antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”*⁸³. Así mismo, se afirma que *“(…) esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”*⁸⁴ (Sic).

⁷⁹ El señor Gustavo Esteban Gil sostuvo en su testimonio que las condiciones del suelo por el que se desplazaba el vehículo de la entidad demandada ese día eran normales (folio 55 del cuaderno N° 1.). Así mismo, en el croquis del accidente se describe la superficie sobre la que se produjo el choque como plana y seca. Folio 335 del cuaderno N° 1.

Igualmente, Antonio Díaz sostuvo que las condiciones de visibilidad eran óptimas el día del accidente (folio 67 del cuaderno N° 1.) y en el mismo sentido declaró el señor Alfonso Melgarejo (folio 89 del cuaderno N° 1.).

⁸⁰ Copia auténtica del registro civil de defunción de José del Carmen Contreras Rozo, en el que se da cuenta de su deceso el día 3 de enero de 1996 por causa de un shock hipovolémico. Folio 415 del cuaderno principal.

⁸¹ En el informe de necropsia rendido por la Regional Nororiente del Instituto Nacional de Medicina Legal se señaló lo siguiente: **CONCLUSION:** *Hombre adulto que según acta fue atropellado por cargador; presenta huellas externas de trauma contuso abdominal; al examen interno presenta estallido hepático con hernia diafragmática traumática que lo aloja en hemitórax derecho con hemotórax y hemoperitoneo, hay ruptura vesical de arteria iliaca derecha y fractura de pelvis que produce hemorragia masiva, shock hipovolémico y la muerte. Manera de muerte violenta”.*

⁸² El señor Gustavo Esteban Gil afirmó la existencia de una muy buena relación entre los señores Contreras Rozo y Jiménez Castrillón (folio 54 del cuaderno N° 1.). Por su parte, Antonio Díaz afirmó que la señora Ana Delia Jiménez vivió situaciones de angustia y dolor al momento del accidente (folio 67 del cuaderno N° 1.).

⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-254 de 25 de marzo de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1° de agosto 1996, M.P.: Alejandro Martínez Caballero. Puede verse también: Corte Constitucional, Sentencia C-918 de 29 de octubre de 2002. M.P.: Eduardo Montealegre Lynett. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una

Por otra parte, la Corte también ha considerado que el daño antijurídico se encuadra en los “*principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución*”⁸⁵.

Ahora bien, la noción de daño antijurídico es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo ha señalado la Sala un “*Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos*”⁸⁶. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁸⁷, anormal⁸⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida⁸⁹.

En este orden de ideas, “*el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil*”⁹⁰.

Así las cosas, el daño se convierte en el primer elemento de la responsabilidad, es la causa de la reparación, se trata de un requisito indispensable para declarar la responsabilidad del Estado⁹¹. Sin embargo, pese a la existencia del daño, es

temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1º de agosto de 1996, M.P.: Alejandro Martínez caballero y C-832 de 8 de agosto de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., *ob. cit.*, p.298.

⁸⁶ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550, C.P.: Daniel Suárez Hernández.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de mayo de 2005. Exp. 2001-01541 AG, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁸⁸ “(...) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 2 de junio de 2005. Exp. 1999-02382 AG, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁹⁰ Hinestrosa, Fernando. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*. Citado por Henao, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 36.

⁹¹ Respecto del daño como presupuesto para declarar la responsabilidad del Estado y como primer elemento a estudiar en los procesos de reparación directa, véase, entre otras sentencias, Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias del 10 de septiembre de 1993, Exp. 6.144, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández; del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.135; del 9 de marzo de 2000, Exp. 11.005;

posible que no haya lugar a declarar la responsabilidad estatal, “es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado (...), el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”⁹².

Una vez el juez logra verificar la existencia del daño, le corresponde determinar la naturaleza del mismo, esto es, analizar si es posible calificarlo como **antijurídico o injusto**, puesto que a la luz del artículo 90 de la Constitución Política el Estado responderá patrimonialmente **sólo por los daños antijurídicos que le sean imputables**, lo que significa que no habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado cuando el juez concluya que el demandante tenía el deber de soportar el daño sufrido⁹³. Y, ¿cuándo se está ante un daño antijurídico?, cuando el ordenamiento jurídico no se lo impone a quien lo sufre, dicho de otro modo, cuando no existe una razón legal o de derecho que obligue a padecerlo⁹⁴.

Realizada la valoración probatoria, la Sala encuentra acreditada la existencia de un daño antijurídico consistente en la muerte del señor José del Carmen Contreras Rozo, daño que su compañera permanente, bajo ninguna circunstancia, estaba en el deber jurídico soportar.

4.3. Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente **juicio de imputación**, que permita determinar si dichos daños pueden ser atribuidos fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, o alguna de ellas, o si opera alguna de las causales exonerativas de responsabilidad, o se produce un evento de concurrencia de acciones u omisiones en la producción del daño.

Del acervo probatorio recaudado dentro del presente proceso se concluye que el la muerte de la víctima se produjo como consecuencia de las lesiones causadas como consecuencia del accidente en el que fue arrollado por el cargador N° 33 de propiedad de las Empresas Públicas de Bucaramanga.

Ahora bien, esta Sala observa que el *a quo* derivó su decisión de un examen objetivo de la responsabilidad de la entidad demandada, con fundamento en la naturaleza peligrosa de la actividad de conducción de vehículos automotores que llevó a la producción del daño cuya reparación se solicita.

Para esta Subsección, si bien es cierto el hecho de que en los eventos en que se generan afectaciones a intereses jurídicos protegidos por el derecho como consecuencia del ejercicio de actividades peligrosas por parte de las entidades del Estado o de sus agentes se hace procedente el estudio objetivo de la responsabilidad de la entidad accionada, el juez no puede negarse a analizar la imputación desde la perspectiva subjetiva de la falla del servicio, por cuanto de hallarse probada, es dicho régimen el que permite evidenciar las actuaciones irregulares, imprudentes e inadecuadas desplegadas por los entes estatales o sus agentes dentro del ejercicio de sus funciones, no sólo con el fin de advertirlas, sino

del 16 de marzo de 2000, Exp. 11.890; del 18 de mayo de 2000, Exp. 12.129; del 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625; del 4 de diciembre de 2007, Exp. 16.241; del 1 de diciembre de 2008, Exp. 16.472.

⁹² Henao, Juan Carlos. *El daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 38.

⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2002, Exp. 12.625.

⁹⁴ Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Bogotá, Editorial Temis, 5ª Edición, 2011, pp. 28 y ss.

además con el objeto de poner de presente la necesidad de ejercer correctivos respecto de las mismas⁹⁵.

En consecuencia, la Sala considera necesario evaluar las circunstancias en que se dieron los hechos que condujeron al deceso del señor Contreras Rozo desde el punto de vista del régimen subjetivo de responsabilidad de la falla en el servicio.

Para la Subsección, es evidente que dentro del caso concreto tuvieron lugar varias circunstancias que señalan la existencia, no de una, sino de varias fallas durante el ejercicio de las funciones de la entidad demandada, las cuales guardan un nexo fáctico y jurídico con el resultado fatal del que fue víctima el señor José Contreras Rozo.

En efecto, del material probatorio recaudado en el plenario surge de manera notoria el desconocimiento de las obligaciones a cargo de la entidad demandada, con relación a la manera en que debía adelantar las labores relativas a la deposición sanitaria de los residuos sólidos confiados a su manejo, las cuales, para la época de los hechos, fueron reguladas por el Decreto 2104 de 1983. Al respecto, el artículo 10 de dicho reglamento señalaba lo siguiente:

“Artículo 10: De las situaciones que se deben evitar en el manejo de basuras. Las actividades de manejo de las basuras deberán realizarse en forma tal que se eviten situaciones como:

- 1. La permanencia continua en vías y áreas públicas de basuras o recipientes que las contengan, de manera que causen problemas sanitarios y estéticos.*
- 2. La proliferación de vectores y condiciones que propicien la transmisión de enfermedades a seres humanos o animales.*
- 3. Los riesgos a operarios del servicio de aseo o al público en general.*
- 4. La contaminación del aire, suelo o agua.*
- 5. Los incendios y accidentes.*
- 6. La generación de olores objetables, polvo y otras molestias.*
- 7. La disposición final no sanitaria de las basuras.”* (Subrayado fuera de texto)

De manera más concreta, el artículo 72 literal b) de la misma normatividad disponía lo que sigue:

“Artículo 72: De los requisitos para los sitios de disposición de basuras. Todo sitio para disposición sanitaria de basuras provenientes del servicio ordinario deberá cumplir como mínimo, con los siguientes requisitos:

(...)

b. Tener señales y avisos que lo identifiquen en cuanto a las actividades que en él se desarrollan; entrada y salida de vehículos; horarios de operación o funcionamiento; medidas de prevención para eventos de accidentes y emergencias; y, prohibición expresa de acceso a personas distintas a las comprometidas en las actividades que allí se realicen;

(...)”

A la luz de las normas transcritas, salta a la vista la absoluta falta de diligencia por parte de la entidad demandada respecto de la vigilancia y control de las

⁹⁵ En este sentido véase, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de agosto de 2012, Exp. 24.392. C.P.: Hernán Andrade Rincón.

actividades desplegadas al interior de un espacio de tan alta peligrosidad como aquel en que se produjo el accidente antes mencionado. Lo anterior, teniendo en cuenta que, según se extrae del material probatorio obrante en el expediente, no existían condiciones suficientes de seguridad que impidieran el acceso de personal ajeno a la entidad, cosa que no constituía una excepción dentro del curso normal de las actividades del relleno sanitario, sino, por el contrario, la regla general.

Ahora bien, en caso de que, como se afirma en el testimonio del señor Héctor Niño⁹⁶, las personas que recaudaban el material reciclable traído por los vehículos recolectores de basura contasen con un permiso para acceder a dicho lugar y ejercer allí la actividad de la que derivaban su sustento, resulta claro el deber de la entidad de garantizar la permanencia de dichas personas en condiciones de seguridad, cosa que ni siquiera alegó la entidad demandada.

Por otra parte, no cabe duda de la grave falla en el servicio que constituye el hecho de que la demandada no tuvo la cautela suficiente para evitar que una persona distinta de la encargada de la conducción del vehículo cargador que le produjo la muerte a José del Carmen Contreras Roza y sin ninguna capacitación para el efecto, tuviese acceso al mismo, el cual presentaba unas condiciones de maniobrabilidad que requerían conocimientos específicos y especiales, tal y como fue señalado por el operario autorizado del cargador N° 33 en sus declaraciones⁹⁷.

En consecuencia, esta la Subsección considera que el daño antijurídico constituido por la muerte del señor Contreras Roza resulta fáctica y jurídicamente imputable a las Empresas Públicas de Bucaramanga.

4.4. Causales eximentes de responsabilidad

Ahora bien, la parte demandada centró parte del fundamento de su escrito de apelación en la existencia de dos fenómenos que podrían enervar la declaratoria de responsabilidad que eventualmente podría producirse respecto de la entidad demandada, como son el hecho de la víctima y la presencia de un caso fortuito o fuerza mayor. Por consiguiente, la Subsección del análisis de dichos conceptos a la luz de caso concreto.

4.4.1. Caso fortuito y fuerza mayor⁹⁸

En cuanto al presupuesto de la fuerza mayor, la Sala debe orientarse por el precedente según el cual:

"El artículo 1º de la Ley 95 de 1890, dispone:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

Sobre el alcance de esta disposición ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

⁹⁶ Folios 83 a 85 del cuaderno N° 1.

⁹⁷ Testimonio de Juan de Jesús Herrera Fuentes. Folios 305 a 312 del cuaderno N° 1.

⁹⁸ Se reitera el criterio esgrimido en la Sentencia del 8 de agosto de 2012 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Exp: 22415.

"En relación con la fuerza mayor y el caso fortuito, se lomaron (sic) como términos sinónimos, significando indiferentemente lo da (sic) causa extraña al deudor que pone un obstáculo a la ejecución de la obligación. Por eso observan Josserand y Colín y Capitant que los redactores del Código Francés acogieron las dos expresiones citadas como indiferentes para expresar una misma idea.

"Mas (sic) un estudio detenido de este punto, hecho por los autores y la jurisprudencia, en la que puede citarse la colombiana, ha venido a evidenciar que si es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio o sea la exoneración del deudor, no obstante eso, esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de la obligación, como resultado de una fuerza extraña, y el caso fortuito es el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas (sic) de la conducta del deudor, el accidente material, de la falta de un empleado, etc. Por eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución, al paso que la fuerza mayor se considera como la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable que no permite el cumplimiento de la prestación, como un terremoto, una tempestad, el abuso de autoridad. El elemento relativo que condiciona el caso fortuito, determina que no siempre que existe o se presenta éste, se llegue indefectiblemente a la exoneración del deudor, la cual no se produce sino cuando militan además ciertas circunstancias especiales, que debe demostrar quien las alega. Por eso el artículo 1604 del Código Civil enseña que incumbe la prueba del caso fortuito al que lo alega, en la forma condicionada que aquí se detalla." (Casación, 7 marzo 1939, XLVII, 707)⁹⁹.

En atención a dicho precedente, la Sala ha señalado:

"(...) la fuerza mayor sólo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias (...) En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito (...)"¹⁰⁰.

En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la aplicación y el tratamiento de la fuerza mayor y el caso fortuito no ha sido monista sino dual, esto es, bajo la consideración dividida e independiente de cada una de esas figuras jurídica, hasta el punto de considerar que de éstas sólo estructura causa extraña a la fuerza mayor¹⁰¹.

Ahora bien, en cuanto a los elementos esenciales de la fuerza mayor, la jurisprudencia de la Corporación ha reiterado que se debe probar la imprevisibilidad e irresistibilidad y, además, se debe acreditar que la situación resulta completamente externa o exterior al sujeto que la padece, de tal manera que no tenga control, o pueda achacarse alguna injerencia en su ocurrencia¹⁰².

⁹⁹ Sentencia de 16 de diciembre de 1949.

¹⁰⁰ Sentencia de 15 de junio de 2000, Exp: 12.423.

¹⁰¹ Sentencia de 2 de mayo de 2002, Exp: 13477.

¹⁰² DEGUERGUE, Maryse. "Causalité et imputabilité", en *Juris-Classeur Administratif*, 02, Fac.830, 2002, p.17. En este sentido, véase CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Pasando al caso concreto, la Sala observa que no se acreditó ninguna de las afirmaciones de la parte demandada tendientes a afirmar la existencia de un evento constitutivo de la causal eximente de responsabilidad bajo examen.

La entidad accionada sostuvo en su recurso que el accidente que produjo la muerte del señor Contreras Rozo se produjo como consecuencia de las condiciones del suelo, el cual se encontraba, según su dicho, invadido por materiales y líquidos que imposibilitaron el frenado del vehículo y, consecuentemente, llevaron al mismo contra la humanidad de la víctima.

Sin embargo, no sólo no existe ninguna prueba que dé crédito a tales afirmaciones; sino que además, el material recaudado dentro del plenario señala exactamente lo contrario, esto es, que el suelo por el que se desplazaba la máquina cargadora de propiedad de la empresa se encontraba en condiciones normales. Ello se ve corroborado por las declaraciones de Gustavo Esteban Gil¹⁰³ y por el croquis levantado en el lugar del accidente¹⁰⁴.

4.4.2. Hecho de la víctima¹⁰⁵

El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado¹⁰⁶. Tales elementos han sido definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos.

En primer lugar, la irresistibilidad alude a la *“imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—*”¹⁰⁷

Tercera, Sentencias del 19 de octubre de 2011, Exp. 20135 y del 15 de febrero de 2012 Exp. 21270, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁰³ Folios 53 a 56 del cuaderno N° 1.

¹⁰⁴ Folio 335 del cuaderno N° 1.

¹⁰⁵ Se reitera el criterio expuesto en la Sentencia del 27 de febrero de 2013 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. C.P.: Jaime Orlando Santofimio. Exp: 24800.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16235. Cfr. Henri y León MAZEAUD, Jean MAZEAUD. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1960, págs. 332 y 333. El hecho de la víctima trae como consecuencia *“la absolución completa”* cuando *“el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. Si no se realiza esa prueba, el hecho de la víctima, cuando sea culposo y posea un vínculo de causalidad con el daño, produce una simple exoneración parcial: división de responsabilidad que se efectúa teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de la víctima”* (...) *“Para constituer una causa ajena, un acontecimiento, ya se trate de acontecimiento anónimo (caso de fuerza mayor stricto sensu), del hecho de un tercero o de una culpa de la víctima, debe presentar los caracteres de la fuerza mayor (lato sensu); es decir, ser imprevisible e irresistible.”*

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530, y Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.

La irresistibilidad no supone que la mera dificultad se erija en imposibilidad total, no obstante, *“ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano”*. Así, en cada caso el Juez deberá interpretar *“La imposibilidad de ejecución (...) de una manera humana y teniendo en cuenta todas las circunstancias: basta que la imposibilidad sea normalmente insuperable teniendo en cuenta las condiciones de la vida”*¹⁰⁸.

Por su parte, la imprevisibilidad de la causa extraña alude a la condición de imprevista de la misma, con lo cual será requisito indispensable que se trate de *“de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”*¹⁰⁹. En este sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que *“resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia”*¹¹⁰.

En tercer lugar, la exterioridad de la causa extraña respecto del demandado *“se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que (se) invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente (...) la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada”*¹¹¹.

A su vez, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha reconocido que procede la declaratoria del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad aun tratándose de menores de edad y dementes. En este sentido, esta corporación ha señalado que *“la valoración sobre la intervención causal de la víctima se puede declarar aun tratándose de menores de 10 años y de los dementes, quienes si bien no son susceptibles de cometer culpa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2346 del Código Civil, su actuación puede exonerar de responsabilidad a la entidad demandada cuando sea causa exclusiva del daño”*¹¹².

Por último, es preciso resaltar que siempre que la actuación de la víctima sea la causa única, exclusiva o determinante del daño, resulta innecesario valorar el elemento subjetivo en la atribución de responsabilidad a la administración¹¹³.

De otra parte, si bien la jurisprudencia ha desarrollado las anteriores definiciones de los elementos del hecho exclusivo de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad, el Consejo de Estado ha reconocido que deberán examinarse

¹⁰⁸ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, pág. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., pág. 19.

¹⁰⁹ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, pág. 21.

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de marzo de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16.530.

¹¹¹ *Ibidem*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de mayo de 2010, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18800.

¹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de febrero de 2010, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp. 17179, entre otras.

¹¹³ *Ibidem*.

por el Juez en cada caso concreto de conformidad con el material probatorio allegado al expediente¹¹⁴.

Frente al caso bajo estudio, la Sala encuentra que no se acreditaron dentro del presente caso las circunstancias que permitiesen establecer que la permanencia del señor Contreras Rozo en la zona de trabajo en que se desplazaban los vehículos cargadores de las Empresas Públicas de Bucaramanga constituye un hecho externo, imprevisible e irresistible para la entidad, por cuanto, por medio del material testimonial allegado al proceso, se acreditó que la concurrencia de las personas que ejercían labores de reciclaje en dicho sitio era habitual, permanente y, por tanto, previsible para la entidad.

Así mismo, como se dijo en apartes anteriores, no se configura el elemento de externalidad que se requiere para desencadenar el efecto eximente de responsabilidad del hecho de la víctima, puesto que fue la falta de control y vigilancia de la entidad accionada la que permitió la presencia del señor Contreras Rozo en el lugar de los hechos.

Así las cosas, la Sala desecha la argumentación utilizada por la parte demandada para sostener la aplicabilidad de las causales eximentes de responsabilidad referidas con anterioridad en el caso concreto.

5. Medidas de reparación

5.1. Indemnización por perjuicios materiales.

Esta Subsección limitará el estudio del presente punto respecto de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, por cuanto en la demanda no se incluyó pretensión alguna relativa al daño emergente.

Dentro del presente caso, la Sala observa que no existe ningún material probatorio que permita tener noticia cierta sobre los ingresos devengados mensualmente por el fallecido señor José Contreras Rozo. Sin embargo, como se sostuvo con anterioridad, existe dentro del proceso un abundante material testimonial que da cuenta del ejercicio de la actividad económica del reciclaje por su parte.

En consecuencia, se considera procedente la aplicación del criterio que ha establecido en numerosas oportunidades esta Corporación, en virtud del cual se presume que, en aquellos casos en los que se tiene acreditado el ejercicio de una actividad económica jurídicamente protegida por una persona, sin que sea posible determinar de manera cierta los ingresos que mensualmente ésta percibía, dicha persona devengaba un salario mínimo mensual como producto de tales labores.

En tal entendido, la liquidación debería tener como base el monto señalado por el Gobierno Nacional como salario mínimo en el año 1996, el cual correspondía a \$142.125. Dicho monto actualizado a la fecha de la presente sentencia asciende a la suma de \$263.890,17. Sin embargo, por ser dicho valor inferior al que en este tiempo se tiene por salario mínimo legal, deberá tomarse como base para la liquidación el monto vigente en la actualidad, el cual asciende a \$589.500.

¹¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de agosto de 1996, C.P.: CARLOS BETANCUR. Exp. 9616. *Cfr.* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2011, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 18940. Entre otras.

Dicha base debe incrementarse en un 25%, en reconocimiento de las prestaciones sociales que, en virtud de la ley, deben pagarse a todo trabajador, obteniéndose como resultado la suma de \$736.875.DUDAS

Ahora bien, advierte la Subsección que resulta imposible realizar dentro de presente caso la cuantificación de la indemnización que habría de corresponder a la demandante por el concepto bajo análisis, puesto que no se cuenta en el expediente con el registro de civil de nacimiento de la señora Ana Delia Jiménez ni el del señor José Contreras Rozo.

En consecuencia, sin el concurso de dichos documentos, no puede tenerse razón respecto de la edad que tenían ellos al momento de la muerte de este último, la expectativa de vida probable con que contaban ambos en esa época y la cantidad de meses que le restaban al señor Contreras Rozo para llegar a la edad de 65 años, en la que se presume que se produce el retiro de una persona de sus actividades laborales.

Así las cosas, para la liquidación del perjuicio bajo examen se requiere la realización de un incidente de liquidación dentro del presente proceso, en el que con base en los registros civiles de nacimiento de la demandante y del señor Contreras Rozo se haga la respectiva liquidación teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- El valor de un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de realización del incidente de liquidación, incrementado en un 25%.
- Una disminución del 50% aplicado sobre la base antes determinada, en consideración a los gastos que, se presume, destinaba la víctima a su propio sostenimiento.
- La edad de la víctima al momento de su muerte.
- La edad de la demandante en la misma época.
- La expectativa de vida de la demandante y su compañero permanente al momento del deceso de este último.
- Un tope máximo de \$60.000.000 actualizados al momento de realizar el incidente de liquidación, en atención a la estimación del perjuicio contenida en la demanda que dio origen al presente proceso.

5.2. Indemnización por perjuicios morales.

El Tribunal de primera instancia condenó a las Empresas Públicas de Bucaramanga, hoy TELEBUCARAMANGA S.A.E.S.P a pagar a la demandante el equivalente a 100 smlm por concepto de perjuicios morales. Sin embargo, uno de los puntos objeto del recurso de apelación fue precisamente esta condena, pues la demandada consideró que el Tribunal había tasado dichos perjuicios sin fundamento alguno respecto del dolor y sufrimiento padecidos por la señora Jimenez Castrillón.

Sin embargo la Sala confirmará la condena impuesta por el Tribunal en razón de estos perjuicios, la cual tasará con base en las siguientes parámetros:

La sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹¹⁵ señaló que *en “cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que (sic) demás perjuicios- a la prueba de su causación, la*

¹¹⁵ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

cual debe obrar dentro del proceso". En la misma providencia se agrega que *"la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan"*.

Debe, además, como parte de la motivación, examinarse si se acreditó el parentesco debida y legalmente, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos (esto es, los que conforman su núcleo familiar), y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia¹¹⁶ como espacio básico de toda

¹¹⁶ "Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción, lo que genera el proceso de duelo. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992¹¹⁶ donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: "En punto tocante con perjuicios morales, hasta ahora se venían aceptando que estos se presumen para los padres, para los hijos y los cónyuges entre sí, mientras que para los hermanos era necesario acreditar la existencia de especiales relaciones de fraternidad, o sea, de afecto, convivencia, colaboración y auxilio mutuo, encaminados a llevar al fallador la convicción de que se les causaron esos perjuicios resarcibles. Ocurre sin embargo, que la Constitución Nacional que rige en el país actualmente, en su artículo 2º., señala que Colombia como Estado Social de derecho que es, tiene como fines esenciales el de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; también el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecte y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; al igual que defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica (sic) y la vigencia de un orden justo. "Por su parte el artículo 42 de la Carta Política, establece que el Estado y la sociedad tienen como deber ineludible el de garantizar la protección integral de la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que "se constituye por vínculos naturales y jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla." Y agrega que "Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes". (Subrayas fuera de texto). "La ley no ha definido taxativamente las personas que integran la familia que goza de la especial protección del estado y de la sociedad en general. Así las cosas, podría adoptarse como criterio interpretativo el concepto amplio de la familia, como aquellos parientes próximos de una persona a los que se refiere el artículo 61 del C.C., que es del siguiente tenor: "En los casos en que la Ley dispone que se oiga a los parientes de una persona, se entenderá que debe oírse a las personas que van a expresarse y en el orden que sigue: "1º. Los descendientes legítimos; "2º. Los ascendientes legítimos; "3º. El padre y la madre naturales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; "4º. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1º., 2º. y 3º; "5º. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1º., 2º., y 4º; "6º. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; "7º. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente expresados. "Si la persona fuera casada, se oirá también, en cualquiera de los casos de este artículo a su cónyuge; y si alguno o algunos de los que deben oírse, no fueren mayores de edad o estuvieren sujetos a la potestad ajena, se oirá en su representación a los respectivos guardadores, o a las personas bajo cuyo poder y dependencia estén constituidos". "También resulta procedente tomar como familia lo que los tratadistas definen como familia nuclear, esto es, la integrada por los parientes en primer grado a que alude el artículo 874, ordinal 3º ibídem, que reza: "La familia comprende (además del habitador cabeza de ella) a la mujer y a los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aún (sic) cuando el usuario o habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución." "La familia para fines de las controversias indemnizatorias, está constituida por un grupo de personas naturales, unidas por vínculos de parentesco natural o jurídico, por lazos de consanguinidad, o factores civiles, dentro de los tradicionales segundo y primer grados señalados en varias disposiciones legales en nuestro medio. "Así las cosas, la Corporación varía su anterior posición jurisprudencial, pues ninguna razón para que en un orden justo se continúe discriminando a los hermanos, víctimas de daños morales, por el hecho de que no obstante ser parientes en segundo grado, no demuestran la solidaridad o afecto hasta hoy requeridos, para indemnizarlos. Hecha la corrección jurisprudencial, se presume que el daño antijurídico

sociedad¹¹⁷ (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será

inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. “Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se ha tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente. En síntesis, la Sala tan solo aplica el criterio lógico y elemental de tener por establecido lo normal y de requerir la prueba de lo anormal. Dicho de otra manera, lo razonable es concluir que entre hermanos, como miembros de la célula primaria de toda sociedad, (la familia), exista cariño, fraternidad, vocación de ayuda y solidaridad, por lo que la lesión o muerte de algunos de ellos afectan moral y sentimentalmente al otro u otros. La conclusión contraria, por excepcional y por opuesta a la lógica de lo razonable, no se puede tener por establecida sino en tanto y cuanto existan medios probatorios legal y oportunamente aportados a los autos que así la evidencien.”¹¹⁶(Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586.

¹¹⁷ “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre”. Bajo esta concepción, la familia es considerada un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que “[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen”. 4.3. En Colombia, la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no acogió la propuesta formulada por el Gobierno de asignarle a la familia un alcance puramente asistencial y se decidió, en cambio, por reconocerle el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo. De este modo, la actual Carta Política quedó alineada con la concepción universal que define la familia como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de protección especial. 4.4. En efecto, el derecho internacional, en las declaraciones, pactos y convenciones sobre derechos humanos, civiles, sociales y culturales, se refiere a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y le asigna a los estados y a la sociedad la responsabilidad de protegerla y asistirle. Tal consideración aparece contenida, entre otros instrumentos internacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos (art. 23), en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10^o) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (art. 17); los cuales se encuentran incorporados a nuestro derecho interno por haber sido suscritos, aprobados y ratificados por el Estado colombiano. 4.5. Bajo ese entendido, en nuestro país el régimen constitucional de la familia quedó definido: (i) en el artículo 5^o de la Carta, que eleva a la categoría de principio fundamental del Estado la protección de la familia como institución básica de la sociedad; (ii) en el artículo 13, en cuanto dispone que todas las personas nacen libres e iguales y que el origen familiar no puede ser factor de discriminación; (iii) en el artículo 15, al reconocer el derecho de las personas a su intimidad familiar e imponerle al Estado el deber de respetarlo y hacerlo respetar; (iv) en el artículo 28, que garantiza el derecho de la familia a no ser molestada, salvo que medie mandamiento escrito de autoridad competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley; (v) en el artículo 33, en cuanto consagra la garantía fundamental de la no incriminación familiar, al señalar que nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil; (vi) en el artículo 43, al imponerle al Estado la obligación de apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia; (vii) en el artículo 44, que eleva a la categoría de derecho fundamental de los niños el tener una familia y no ser separado de ella; y (viii) en el artículo 45, en la medida en que reconoce a los adolescentes el derecho a la protección y a la formación integral. 4.6. En concordancia con ello, el artículo 42 de la Constitución consagró a la familia como el “núcleo fundamental de la sociedad”, precisando que la misma puede constituirse por vínculos naturales o jurídicos, esto es, “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Ello permite advertir que en el orden constitucional vigente, no se reconocen privilegios en favor de un tipo determinado de familia, sino que se legitima la diversidad de vínculos o de formas que puedan darle origen. Así, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos, es decir, la que procede del matrimonio, como la familia que se constituye por vínculos naturales, es decir, la que se forma por fuera del matrimonio o en unión libre, se encuentran en el mismo plano de igualdad y son objeto de reconocimiento jurídico y político, de manera que las personas tienen plena libertad para optar por una o otra forma de constitución de la institución familiar. 4.7. Conforme con el alcance reconocido a la familia, el propio artículo 42 le asigna a la sociedad y al Estado el deber de garantizar su protección integral, al tiempo que le asigna a la ley la función de regular, por una parte, las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo; y por la otra, lo referente a los efectos civiles de los matrimonios religiosos y de las sentencias dictadas por las autoridades religiosas que declaren su nulidad, así como también lo relacionado con la cesación de los efectos civiles de todos los

importante para determinar la tasación y liquidación de los mismos perjuicios, ya que puede apreciarse (de la prueba testimonial):- ¿cómo estaba conformada la familia?; - ¿qué rol desempeñaba la víctima al interior de su familia?; - ¿cómo estaban definidas las relaciones entre la víctima y los demás miembros de la familia?; - ¿se trataba de una familia que convivía o no en un mismo espacio?; - ¿se trataba de una familia que estaba disgregada, o de una familia fruto de diferentes relaciones de los padres –hermanastros, hermanos de crianza, por ejemplo-, y de reconocer su existencia bien sea como un derecho prestaciones, o fundamental¹¹⁸.

Ahora bien, la reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012¹¹⁹, sostiene claramente que el “Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso” (citando la sentencia T-212 de 2012 de la Corte Constitucional).

Así mismo, la sentencia contiene una serie de criterios o motivaciones razonadas que debían tenerse en cuenta para tasar el perjuicio moral, partiendo de afirmar que “teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimiento que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para la caso de los

matrimonios a través del divorcio. 4.8. La protección integral de que es objeto la institución familiar, cualquiera que sea la forma que ella adopte, es recogida y prodigada por la propia Constitución mediante la implementación de un sistema de garantías, cuyo propósito es reconocer su importancia en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales de la institución familiar, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos. Tal como lo ha destacado esta Corporación,[5] ese ámbito de protección especial se manifiesta, entre otros aspectos, (i) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia; (ii) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en respeto entre todos sus integrantes; (iii) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; (iv) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar; (v) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener; y (vi) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos”. Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005.

¹¹⁸ “Se discute igualmente en relación con el contenido y alcance de las medidas constitucionales de protección de la familia. En efecto, aquéllas se manifiestan en la necesaria adopción de normas legales, de actos administrativos, así como de decisiones judiciales, medidas todas ellas encaminadas a lograr y preservar la unidad familiar existente, al igual que brindar una protección económica, social y jurídica adecuada para el núcleo familiar. Estos son los propósitos, o la razón de ser de las normas jurídicas y demás medidas de protección previstas por el ordenamiento jurídico. Así mismo, se presenta una controversia acerca de si la familia puede ser considerada, en sí misma, un derecho fundamental o uno de carácter prestacional. De tal suerte que las medidas de protección de aquélla pueden ser comprendidas de manera diferente, dependiendo de si se entiende que familia es un derecho fundamental (de primera generación), o si, por el contrario, se ubica como un derecho de contenido prestacional. En efecto, si se entiende que “familia” es un derecho prestacional, entonces el Estado, según las condiciones económicas podrá establecer mayores o menores beneficios que proporcionen las condiciones para que las familias puedan lograr su unidad, encontrándose protegidas económica y socialmente. De igual manera, entraría a aplicarse el principio de no regresión, pudiéndose, en algunos casos, excepcionarse. Por el contrario, si se comprende a la familia en términos de derecho fundamental, entonces las medidas estatales relacionadas con aquélla serán obligatorias, no pudiendo alegarse argumentos de contenido económico para incumplirlas, pudiéndose además instaurar la acción de tutela para su protección. Finalmente, la tesis intermedia apunta a señalar que la familia como institución debe ser protegida por el Estado, en cuanto a la preservación de su unidad y existencia, presentando en estos casos una dimensión de derecho fundamental; al mismo tiempo, otros elementos, de contenido económico y asistencial, se orientan por la lógica de implementación y protección propia de los derechos prestacionales. En suma, de la comprensión que se tenga del término “familia” dependerá el sentido y alcance de los mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

¹¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente: 24392.

familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso”.

Y se concluyó, en la citada sentencia de la Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, que *“no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al arbitrium iudicis, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la (sic) características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez”.*

Conforme a lo anterior, y para el presente asunto, en el caso de compañeros permanentes se presume la aflicción y dolor propios por el hecho de la unión marital de hecho. Dentro del plenario se encontró acreditada la unión marital de hecho entre Ana Delia Jomenez Castrillón (demandante) y José Contreras Rozo (víctima directa)¹²⁰; además, varios testimonios acreditaron el dolor sufrido por la demandante como consecuencia de la muerte de su compañero permanente¹²¹.

Bajo los anteriores lineamientos la Sala ordenará pagar a favor de la demandante, señora Ana Delia Jomenez Castrillón, la suma de 100 smlmv.

6. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo habrá lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente.

En mérito de lo expuesto, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 24 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, la cual quedará así:

¹²⁰ En la declaración rendida por Gustavo Esteban Gil, él se refiere a la señora Ana Delia Jiménez como compañera permanente del fallecido señor Contreras Rozo (folios 54 y 55 del cuaderno N° 1.). Adicionalmente, el señor Antonio Díaz afirmó que los señores Jiménez Castrillón y Contreras Rozo hacían vida marital (folio 66 del cuaderno N° 1.). En el mismo sentido se pronunciaron los señores Héctor Niño (folio 84 del cuaderno N° 1.) y Alfonso Melgarejo (folio 88 del cuaderno N° 1.).

¹²¹ El señor Gustavo Esteban Gil afirmó la existencia de una muy buena relación entre los señores Contreras Rozo y Jiménez Castrillón (folio 54 del cuaderno N° 1.). Por su parte, Antonio Díaz afirmó que la señora Ana Delia Jiménez vivió situaciones de angustia y dolor al momento del accidente (folio 67 del cuaderno N° 1.).

“PRIMERO: DECLARAR administrativamente responsable a las EMPRESAS PÚBLICAS DE BUCARAMANGA hoy TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P., por las razones expresadas dentro de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a las EMPRESAS PÚBLICAS DE BUCARAMANGA hoy TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P a pagar en favor de la señora ANA DELIA JIMÉNEZ las sumas que se establezcan, por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante, en el incidente de liquidación de perjuicios que deberá tramitarse dentro del término legal ante el Tribunal Administrativo de Santander, de acuerdo a lo establecido en el artículo 172 del C.C.A. y en estricto cumplimiento de los criterios y parámetros señalados en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a las EMPRESAS PÚBLICAS DE BUCARAMANGA hoy TELEBUCARAMANGA S.A. E.S.P a pagar en favor de la señora ANA DELIA JIMÉNEZ la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes por concepto de perjuicios morales.

CUARTO: No se condena por concepto alguno al llamado en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

QUINTO: Sin condena en costas”.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Consejero
Aclaró Voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Consejera

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Consejero Ponente
Presidente de la Sala