

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Por desaparición forzada / DESAPARICIÓN FORZADA - De visitante del Palacio de Justicia / DESAPARICIÓN FORZADA - Ejecutada por miembros de las fuerzas militares y de seguridad del Estado / DAÑO ANTIJURÍDICO - Desaparición forzada en retoma del Palacio de Justicia de visitante que fue aprehendida por miembros del Ejército Nacional y salió bajo su custodia hacia la Casa del Florero

El 6 de noviembre de 1985, a las 11:25 am, miembros de la guerrilla del M-19 incursionaron en el Palacio de Justicia de Bogotá, tomando como rehenes a cientos de personas. Las fuerzas militares y de seguridad del Estado respondieron con un operativo de retoma que provocó la destrucción del Palacio y la muerte aproximadamente de cien personas. Lucy Amparo Oviedo se encontraba dentro del Palacio de Justicia al momento de la toma, en las operaciones de rescate fue aprehendida por miembros del Ejército Nacional y salió bajo su custodia hacia la Casa del Florero. Desde ese entonces se desconoce su paradero.

CADUCIDAD ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA DERIVADA DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA - Contabilizada a partir del momento en que aparece la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA DERIVADA DEL DELITO DE DESAPARICIÓN FORZADA - Presentada dentro del término legal

El presente asunto se demandó la desaparición forzada de la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla, en hechos ocurridos los días 5 y 6 de noviembre de 1985, en la toma y retoma del Palacio de Justicia de la ciudad de Bogotá. Tratándose de supuestos de desaparición forzada, la Ley 589 de 2000, establece en su artículo 7°, que adicionó el numeral 8° del artículo 136 del CCA, que “el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”. En el caso concreto, los restos de la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla solamente fueron identificados en el año 2015, conforme lo publicó la Fiscalía General de la Nación en su página Web y tal como lo puso de presente el agente del Ministerio Público al rendir su concepto. De otro lado, en el sub judice, no se demostró que al momento de la demanda se hubiera proferido sentencia penal definitiva por la desaparición de la señora Oviedo. Así las cosas, la demanda interpuesta el 8 de febrero de 2011, fue ejercida en término.

FUENTE FORMAL: LEY 589 DE 2000 - ARTÍCULO 7 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 8

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA - Declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fundamento en indicios que permitieron establecer que víctima salió con vida del Palacio de Justicia y fue conducida a la Casa del Florero y al Cantón Norte / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA - Al acreditar que fuerzas militares negaron detención de la víctima / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DESAPARICIÓN FORZADA - Por mal manejo dado a los cadáveres hallados en el Palacio de Justicia y la falta de rigurosidad en la custodia del lugar de los hechos / COSA JUZGADA INTERNACIONAL - Configurada por

identidad de objeto, causa y partes, a excepción de las pretensiones de perjuicios / COSA JUZGADA INTERNACIONAL - Conlleva a estarse a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rodríguez Vera y otros, vs. Colombia

La Sala precisa que en el presente caso, dada la similitud de los hechos, se reiteran los argumentos expuestos por esta Subsección, en decisión del 21 de septiembre de 2016, Rad. 51.743, mediante la cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada internacional en la demanda iniciada por los familiares de Gloria Anzola de Lanao y se estuvo lo dispuesto en la sentencia de 14 de noviembre de 2014, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rodríguez Vera y otros, vs. Colombia, que trata sobre la responsabilidad del Estado colombiano por los desaparecidos en la toma del Palacio de Justicia. (...) Sobre estos hechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció, mediante decisión del 14 de noviembre de 2014, en la que declaró la responsabilidad del Estado Colombiano por la desaparición forzada de la señora Oviedo Bonilla (...) La Corte fundamentó su decisión en una serie de indicios que permitieron establecer que la Lucy Amparo Oviedo y otros desaparecidos, fueron considerados y tratados como sospechosos de pertenecer a la guerrilla por parte de las autoridades; asimismo, que salieron vivos del Palacio de Justicia, fueron conducidos a la Casa del Florero y al Cantón Norte sin el debido registro y que las fuerzas militares negaron su detención. Sostuvo que se intentó ocultar lo acontecido con las víctimas e intimidaron a quienes estaban realizando gestiones para su búsqueda. Aunado a lo anterior, la decisión se basó en el reconocimiento del Estado del mal manejo dado a los cadáveres hallados en el Palacio de Justicia y la falta de rigurosidad en la custodia del lugar de los hechos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció como perjudicados por la desaparición forzada de Lucy Amparo Oviedo Bonilla a Rafael María Oviedo Acevedo (padre), Ana María Bonilla de Oviedo (madre), Gloria Ruth Oviedo Bonilla (hermana), Aura Edy Oviedo Bonilla (hermana), Damaris Oviedo Bonilla (hermana) Armida Eufemia Oviedo Bonilla (hermana), Rafael Augusto Oviedo Bonilla (hermano), Jairo Arias Méndez (esposó), Jairo Alberto Arias Oviedo (hijo), Rafael Armando Arias Oviedo (hijo) y en tal virtud, condenó en equidad al pago de perjuicios inmateriales a favor de las víctimas directas de desaparición forzada y sus familiares, incluyendo los hermanos. (...) la Sala considera que entre el proceso subjudice y el decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe identidad de objeto, causa y partes, a excepción de las pretensiones de perjuicios no reconocidos por el juez internacional. En consecuencia, en aplicación a lo estipulado en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo, la Sala declarará de oficio la excepción de cosa juzgada internacional respecto a la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento de perjuicios inmateriales y procederá a la determinación de los perjuicios materiales, conforme a lo expuesto en párrafos precedentes. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente a la configuración de la cosa juzgada cuando existen condenas en contra del Estado y se encuentra en curso un proceso de reparación directa ante la justicia interna, consultar sentencia del 19 de octubre de 2007, Exp. 29273, CP. Enrique Gil Botero.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE DE AMA DE CASA - Se presume ingresos por un salario mínimo legal mensual vigente / TASACIÓN LUCRO CESANTE - Conforme salario mínimo actual reducido en un 25% por gastos de sostenimiento de la víctima / LUCRO CESANTE - Reconocido en favor de cónyuge e hijos de la víctima

En casos de personas que trabajan en el hogar, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha considerado que es una labor que debe ser reconocida e indemnizada conforme a la presunción de ingreso de un salario mínimo legal mensual vigente. Por tanto, la liquidación por concepto de lucro cesante, se hará conforme al salario mínimo actual \$689.455, suma a la que se le reducirá un 25% correspondiente a los gastos que la víctima directa empleaba en su propio sostenimiento, conforme a lo tiene establecida el precedente de jurisprudencia de esta Sección, lo cual equivale a \$517.092. Ahora bien, está acreditado que al momento de los hechos, la señora Lucy Amparo Oviedo se encontraba casada con el señor Jairo Arias Méndez y era madre de los menores Jairo Alberto y Rafael Armando Arias Oviedo. Por tanto, la ingreso base de liquidación (\$517.092), será dividido en un 50% a favor del cónyuge de la víctima y 50% a favor de sus hijos. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente sentencia del 13 de junio de 2013, Exp. 26800, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

LUCRO CESANTE - Consolidado y futuro. Tasación

El consolidado correspondiente al lapso transcurrido entre los hechos de la demanda y la presente decisión, esto es 371,9 meses (...) Y el período futuro comprendido entre el día siguiente a la decisión y el resto de vida probable del señor Arias, esto es 218,4 meses, toda vez que nació el 14 de junio de 1956 y su esposa el 15 de febrero de 1962, por tanto su probabilidad de vida era menor (...) El total de lucro cesante que será reconocido a favor de Jairo Arias Méndez corresponde a trescientos dos millones quinientos cuarenta y un mil ochocientos setenta y siete pesos (\$302.541.877). En relación a cada uno de los hijos de la señora Lucy Amparo Oviedo, les corresponde como ingreso la suma de \$129.273 y la indemnización comprenderá el período consolidado entre los hechos de la demanda y el momento en que cada uno de ellos cumplió la edad de 25 años, que de acuerdo con las reglas de la experiencia es la edad en que los hijos se independizan de los padres y cesa la ayuda que estos les suministran.

PERJUICIOS MATERIALES -Daño emergente / DAÑO EMERGENTE - No reconocido por carencia de material probatorio que lo acredite

La parte actora pretende el reconocimiento y pago del dinero gastado por los familiares en la búsqueda de Lucy Amparo Oviedo, en cual estimó en la suma de \$100'000.000, sin embargo, no se aportó ningún elemento probatorio tendiente a acreditar este perjuicio. En consecuencia, se denegará esta pretensión al no encontrarse demostrada en el expediente.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA (E)

Bogotá, D.C., tres (03) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-26-000-2011-00090-01(53233)

Actor: ARMIDA EUFEMIA OVIEDO BONILLA Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL Y OTRO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: Desaparición forzada en el palacio de justicia. Cosa juzgada internacional. Perjuicios materiales.

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 13 de febrero de 2014, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión [atendiendo a la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, teniendo en cuenta que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos¹], en la que se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR patrimonialmente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los cuales desapareció la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior disposición, CONDENAR solidariamente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, al pago por concepto de perjuicios morales a los demandantes de la siguiente manera:

- JAIRO ARIAS MÉNDEZ (ESPOSO)....la suma de 100 S.M.M.L.V.
- RAFAEL ARMANDO ARIAS OVIEDO (HIJO).....la suma de 100 S.M.M.L.V.
- JAIRO ALBERTO ARIAS OVIEDO (HIJO)..... la suma de 100 S.M.M.L.V.
- DAMARIS OVIEDO BONILLA (HERMANA)..... la suma de 70 S.M.M.L.V.
- GLORIA RUTH OVIEDO BONILLA (HERMANA) la suma de 70 S.M.M.L.V.

¹ Ley 1285 de 2009, artículo 16. “Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 De 1996 el siguiente: *Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación*”.

- AURA EDY OVIEDO BONILLA (HERMANA)..... la suma de 70 S.M.M.L.V.
- RAFAEL AUGUSTO OVIEDO BONILLA (HERMANO).. la suma de 70 S.M.M.L.V.

TERCERO: ORDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL que dentro de los seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, las demandadas, lleven a cabo un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por la desaparición forzada de Lucy Oviedo Bonilla, en el cual además, se poda perdón público a los demandantes. (...)” [fls. 203 a 218 cp].

Mediante decisión del 9 de abril de 2014, se adicionó el numeral segundo de la sentencia para reconocer perjuicios morales en cuantía de 70 S.M.M.L.V. a favor de Armida Eufemia Oviedo Bonilla, hermana de la víctima [fls. 255 a 257, cp]. Contra esta decisión, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional presentó recurso de apelación.

ANTECEDENTES

1. La demanda

El 8 de febrero de 2011, los señores Damaris, Gloria Ruth, Aura Edy, Armida Eufemia y Rafael Augusto Oviedo Bonilla, Jairo Arias Méndez, Jairo Alberto y Rafael Armando Arias Oviedo, mediante apoderada judicial, presentaron demanda de reparación directa prevista, con el objeto que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas [fls. 9 a 67 c1]:

“1. La responsabilidad administrativa de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y EJÉRCITO NACIONAL; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, a título de falla o falta en el servicio de todos los daños y perjuicios, tanto materiales como morales y extrapatrimoniales, ocasionados a los demandantes en su condición de familiares de LUCY AMPARO OVIEDO DE ARIAS.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, se condene a las entidades demandadas a pagar a los demandantes por concepto de daños materiales padecidos en la cuantía que resulte de las bases demostradas en el proceso, reajustadas en la fecha de ejecutoria de la providencia que la imponga. Igualmente pagar los intereses compensatorios de las sumas que por este concepto se condenen (...).

3. Como consecuencia de la declaración anterior y para reparar el daño moral de cada demandante se solicita que se condene a las entidades demandadas a pagar a cada uno la suma de a pagar (sic), por concepto de daños morales, lo siguiente:

- A GLORIA RUTH OVIEDO BONILLA, hermana de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A AURA EDY OVIEDO BONILLA hermana de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A DAMARIS OVIEDO BONILLA hermana de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A ARMINDA EUFEMIA OVIEDO BONILLA hermana de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A RAFAEL AUGUSTO OVIEDO BONILLA hermano de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A JAIRO ARIAS MÉNDEZ esposo de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A JAIRO ALBERTO ARIAS OVIEDO hijo de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A RAFAEL ARMANDO ARIAS OVIEDO hermana de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.

Daño violación a derechos fundamentales (sic)

4. Como consecuencia de la declararción de responsabilidad NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL y EJÉRCITO NACIONAL; DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, se condene a pagar a favor de los demandantes por concepto daño en la vida de relación, la suma de 250 S.M.M.L.V. por cada derecho conculcado de esta manera:

- A GLORIA RUTH OVIEDO BONILLA, hermana de la desaparecida, la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA (250) S.M.M.L.V.
- A AURA EDY OVIEDO BONILLA hermana de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)
- A DAMARIS OVIEDO BONILLA hermana de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)
- A ARMINDA EUFEMIA OVIEDO BONILLA hermana de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)
- RAFAEL AUGUSTO OVIEDO BONILLA hermano de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)
- A JAIRO ARIAS MÉNDEZ esposo de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)
- A JAIRO ALBERTO ARIAS OVIEDO hijo de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)
- A RAFAEL ARMANDO ARIAS OVIEDO hermana de la desaparecida, la cantidad de QUINIENTOS (250) S.M.M.L.V. (sic)

(...)"

1.1. Hechos:

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora presentó como hechos los que a continuación extrae la Sala:

- 1.1.1. El 6 de noviembre de 1985, a las 11:25 am, miembros de la guerrilla del M-19 incursionaron en el Palacio de Justicia de Bogotá, tomando como rehenes a cientos de personas. Las fuerzas militares y de seguridad del Estado respondieron con un operativo de retoma que provocó la destrucción del Palacio y la muerte aproximadamente de cien personas.
- 1.1.2. Lucy Amparo Oviedo se encontraba dentro del Palacio de Justicia al momento de la toma, en las operaciones de rescate fue aprehendida por miembros del Ejército Nacional y salió bajo su custodia hacia la Casa del Florero. Desde ese entonces se desconoce su paradero.

2. Actuación procesal en primera instancia

- 2.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A admitió la demanda, mediante auto del 10 de marzo de 2011 y ordenó la notificación a las entidades demandadas [fls. 70 a 72, c1].
- 2.2. La Nación – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República impugnó la anterior decisión al considerar que no es responsable por los hechos que se narran en la demanda y toda vez que la acción se encuentra caducada [fls.82 a 85 c1].
- 2.3. Por auto del 28 de junio de 2011, se resolvió el recurso de reposición, en el sentido de revocar el auto admisorio en relación con el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República en razón a que los fundamentos fácticos de la demanda no guardan relación con la entidad ni se le imputa ninguna responsabilidad.
- 2.4. La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda. Sostuvo que no se encuentra demostrada la desaparición de Lucy Amparo Oviedo Bonilla toda vez que las pruebas obrantes fueron aportadas en copia simple. Respecto a los perjuicios solicitados, indicó que el tope máximo a reconocer es de cien (100) S.M.L.M.V. [fls. 91 a 100, c1].

- 2.5. Al contestar la demanda, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional afirmó que la desaparición de Oviedo de Arias es un hecho conocido y cierto, sin embargo, las circunstancias en que ocurrieron, deben probarse en el proceso. Puso de presente al mando de la operación de retoma fue el Ejército Nacional, por tanto propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva; asimismo, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y falta de fundamento jurídico para las pretensiones y el hecho de un tercero [fls. 108 a 113, c1].
- 2.6. El 2 de febrero de 2012, se abrió a pruebas el proceso [fl. 123 c1] y mediante auto del 10 de diciembre de 2013, se corrió traslado para alegar de conclusión [fl. 191 c1].

La Policía Nacional reiteró que no se encuentra acreditada su responsabilidad, insistió en el hecho de un tercero y adujo que las obligaciones de la entidad son de medio y no de resultado.

Las demás partes y el Ministerio Público en esta instancia procesal guardaron silencio.

3. Sentencia de primera instancia

El 13 de febrero de 2014, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión declaró patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional por los hechos ocurridos el 6 y 7 de noviembre de 1985, en los cuales desapareció la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla.

El Tribunal sostuvo que las autoridades tenían conocimiento de la toma del Palacio de Justicia por parte del M-19 y la edificación solo estaba custodiada por un pequeño grupo de vigilancia privada, lo que configuró una falla del servicio por falta de protección.

De otro lado, consideró un hecho notorio la extralimitación de la fuerza pública en la operación de retoma.

Por tanto concluyó que “la indemnización que se establece en favor de los demandantes tiene como fundamento un daño antijurídico el cual se originó como

consecuencia de la omisión y de la acción derivada de la desbordada acción de la fuerza pública y el desaparecimiento forzoso de la señora Lucy Amparo Oviedo”.

El a quo reconoció los perjuicios morales sufridos por la parte actora y denegó el daño a la vida de relación y los perjuicios materiales solicitados al no encontrarlos demostrados.

Como medidas de reparación simbólica ordenó a la entidad demandada, el reconocimiento de la responsabilidad por la desaparición forzada de la señora Lucy Oviedo Bonilla y la petición pública de perdón a los demandantes.

3. Solicitud de aclaración de la sentencia

La parte actora solicitó la aclaración del fallo de primera instancia toda vez que no se reconocieron perjuicios a favor de la señora Armida Eufemia Oviedo Bonilla, hermana de la víctima.

5. Los recursos de apelación

La parte actora solicitó el reconocimiento del daño a la vida de relación y los perjuicios materiales pretendidos en la demanda, los cuales consideró acreditados. Respecto al lucro cesante, sostuvo que si bien la víctima estaba buscando trabajo al momento de los hechos, debe tasarse el perjuicio con base en el salario mínimo mensual legal vigente.

La Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional y la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional apelaron la sentencia de primera instancia, sin embargo, el recurso presentado por la Policía fue rechazado por extemporáneo y el del Ejército fue declarado desierto toda vez que el apoderado de la entidad no asistió a la audiencia de conciliación de que trata el artículo 75 de la Ley 1395 de 2010, mediante auto del 7 de octubre de 2014.

6. Sentencia complementaria y recurso de apelación en su contra

El 9 de abril de 2014, se profirió sentencia complementaria en el sentido de adicionar el numeral segundo del fallo del 14 de febrero de 2014, para reconocer perjuicios morales a favor de Armida Eufemia Oviedo Bonilla, hermana de la víctima.

Contra esta decisión, la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional interpuso recurso de apelación bajo el argumento que el fallo de instancia se encontraba ejecutoriado y constituía cosa juzgada. Solicitó tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el que se afirmó que no existían pruebas sobre la desaparición de la señora Oviedo.

Por proveído del 7 de octubre de 2015, se concedieron los recursos de apelación interpuestos por la parte actora contra la sentencia del 13 de febrero de 2014 y la Policía Nacional contra el fallo complementario del 9 de abril de 2014 [fls.286 y 287 cp].

5. Actuación en segunda instancia.

Recibido el expediente en esta Corporación, por auto de 15 de febrero de 2015, se admitieron los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional [fl. 299 cp].

A través de proveído del 8 de junio de 2016, se determinó que la copia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aportada en medio magnético por la parte actora, sería valorada al proferirse la decisión de fondo, conforme a las normas convencionales. De otro lado, se decretaron como pruebas de segunda instancia unos documentos aportados por la Policía Nacional.

Mediante auto de 13 de julio de 2016, se corrió traslado a las partes y al agente del Ministerio Público para que presentaran las alegaciones y el concepto respectivamente [fl. 458 cp].

La parte actora reitera los argumentos de la apelación y solicita tener en cuenta los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con los perjuicios materiales que no fueron reconocidos en esta decisión.

La Nación - Ministerio de Defensa – Policía Nacional puso de presente que la administración del Consejo de Estado no acató las recomendaciones de seguridad de sus instalaciones. Reiteró los argumentos del hecho de un tercero y que las obligaciones de la entidad son de medio y no de resultado.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, mediante concepto 169/2016, sostuvo que en la sentencia del 14 de noviembre de 2014, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se acreditó la desaparición de la señora Lucy Amparo Oviedo en los hechos del Palacio de Justicia, por tanto, dada su obligatoriedad en la justicia interna debe cumplirse la misma y proceder al

reconocimiento y pago de los perjuicios a favor de los demandantes conforme a los lineamientos de la Corte Interamericana.

Finalmente, puso de presente que el octubre de 2015, la Fiscalía General de la Nación informó sobre la identificación de los restos de la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla [fls. 547 a 556, cp].

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia del 13 de febrero de 2014 y la impugnación ejercida por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contra la sentencia complementaria de 9 de abril de 2014, ambas decisiones proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C en descongestión.

La Sala es competente² para resolver el asunto *sub judice*, en proceso de doble instancia³, de conformidad con la prelación para fallo dispuesta por el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, como quiera que se trata de un caso de grave violación de los derechos humanos⁴ y en atención a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en decisión del 14 de noviembre de 2014.

2. Caducidad de la acción de reparación directa

El presente asunto se demandó la desaparición forzada de la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla, en hechos ocurridos los días 5 y 6 de noviembre de 1985, en la toma y retoma del Palacio de Justicia de la ciudad de Bogotá.

² De conformidad con el artículo 129 del C.C.A, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998.

³ La Ley 954 de 2005 dispuso que para que un proceso de reparación directa tuviere vocación de doble instancia, la cuantía debía superar los 500 S.M.L.M.V. En el *sub lite*, se instauró la demanda el 8 de febrero de 2011, y la cuantía superaba lo fijado, toda vez que la pretensión mayor individualmente considerada, correspondía a \$1.991.233.601, por concepto de perjuicios materiales, razón por la cual la acción es susceptible de ser tramitada en segunda instancia.

⁴ Ley 1285 de 2009, “Artículo 16. Apruébese como artículo nuevo de la Ley 270 De 1996 el siguiente: *Artículo 63A. Del orden y prelación de turnos. Cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional o en el caso de graves violaciones de derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas, Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura o la Corte Constitucional, señalarán la clase de procesos que deberían ser tramitados y fallados preferentemente. Dicha actuación también podrá ser solicitada por el Procurador General de la Nación*”.

Tratándose de supuestos de desaparición forzada, la Ley 589 de 2000, establece en su artículo 7°, que adicionó el numeral 8° del artículo 136 del CCA, que “el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que **aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal**, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición”.

En el caso concreto, los restos de la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla solamente fueron identificados en el año 2015, conforme lo publicó la Fiscalía General de la Nación en su página Web⁵ y tal como lo puso de presente el agente del Ministerio Público al rendir su concepto.

De otro lado, en el sub judice, no se demostró que al momento de la demanda se hubiera proferido sentencia penal definitiva por la desaparición de la señora Oviedo.

Así las cosas, la demanda interpuesta el 8 de febrero de 2011, fue ejercida en término.

3. Cosa juzgada internacional

La Sala precisa que en el presente caso, dada la similitud de los hechos, se reiteran los argumentos expuestos por esta Subsección, en decisión del 21 de septiembre de 2016, Rad. 51.743, mediante la cual se declaró probada la excepción de cosa juzgada internacional en la demanda iniciada por los familiares de Gloria Anzola de Lanao y se estuvo lo dispuesto en la sentencia de 14 de noviembre de 2014, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Rodríguez Vera y otros, vs. Colombia, que trata sobre la responsabilidad del Estado colombiano por los desaparecidos en la toma del Palacio de Justicia.

Respecto a la configuración de la cosa juzgada cuando existen condenas en contra del Estado y se encuentra en curso un proceso de reparación directa ante la justicia interna, se puntualizó:

“La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue adoptada por el Estado Colombiano mediante la Ley 16 de 1972. Como a partir del 21 de julio de 1985, Colombia aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al hacerlo, reconoció como obligatorias las decisiones tomadas por este Tribunal en los casos en

⁵<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/fiscalia-identifica-restos-de-tres-victimas-del-palacio-de-justicia/>

que se declare su responsabilidad internacional por la violación a los derechos y libertades protegidos por el tratado, según el artículo 62 de la Convención.

De conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana, las sentencias proferidas por la Corte Interamericana son definitivas e inapelables, lo que quiere decir que una vez estén en firmes hacen tránsito a cosa juzgada y es obligatorio su cumplimiento, porque, además, los Estados de la Convención se comprometieron, por mandato del artículo 68, a cumplir los fallos de la Corte en los procesos que sean partes.

En tal virtud, cuando existan condenas proferidas por ese Tribunal en contra del Estado y al mismo tiempo se tramiten procesos ante la jurisdicción contenciosa administrativa por los mismos hechos, el juez nacional debe acatar lo dispuesto por el juez internacional, pues una nueva decisión desconocería la fuerza de cosa juzgada de la que está revestida. Además, podría entrañar un enriquecimiento sin causa derivado de una doble indemnización del mismo daño y una eventual infracción al debido proceso.

La Sección⁶ tiene determinado que en aquellos eventos en los que los hechos materia del proceso de reparación directa hayan sido decididos previamente por la Corte Interamericana, el juez nacional deberá declarar, de oficio o petición de parte, la excepción de cosa juzgada internacional, que implica estarse a lo dispuesto por el fallo del juez internacional. Cosa juzgada que está concebida para impedir la discusión indefinida sobre el objeto del litigio y con ello evitar eventuales pronunciamientos repetitivos o incluso contradictorios⁷.

Ahora bien, el presente proceso versa sobre la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército y Policía Nacional por la desaparición de la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla durante la toma y retoma del Palacio de Justicia, ocurrida los días 5 y 6 de noviembre de 1985. En consecuencia se solicitaron el reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales sufridos por los familiares (esposo, hijo y hermanos) de la víctima.

En el proceso tramitado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se demandó la responsabilidad del Estado Colombiano “por los sucesos conocidos como la toma y la retoma del Palacio de Justicia, en la ciudad de Bogotá, ocurridas los días 6 y 7 de noviembre de 1985”. En particular, el caso se relaciona con la presunta desaparición forzada entre otros de Lucy Amparo Oviedo Bonilla, durante el operativo de retoma.

⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de octubre de 2007, Rad. 29.273.

⁷ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, proferida el 21 de septiembre de 2016, Rad. 51.743.

Sobre estos hechos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció, mediante decisión del 14 de noviembre de 2014, en la que declaró la responsabilidad del Estado Colombiano por la desaparición forzada de la señora Oviedo Bonilla, en los siguientes términos:

“El Estado es responsable por la desaparición forzada de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Irma Franco Pineda, Cristina del Pilar Guarín Cortés, David Suspes Celis, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Stella Lizarazo Figueroa, Luz Mary Portela León, **Lucy Amparo Oviedo Bonilla** y Gloria Anzola de Lanao y, por tanto, por la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica, contemplados en los artículos 7, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma y con el artículo I.a de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio de dichas personas, (...)”.

La Corte fundamentó su decisión en una serie de indicios que permitieron establecer que la Lucy Amparo Oviedo y otros desaparecidos, fueron considerados y tratados como sospechosos de pertenecer a la guerrilla por parte de las autoridades; asimismo, que salieron vivos del Palacio de Justicia, fueron conducidos a la Casa del Florero y al Cantón Norte sin el debido registro y que las fuerzas militares negaron su detención. Sostuvo que se intentó ocultar lo acontecido con las víctimas e intimidaron a quienes estaban realizando gestiones para su búsqueda.

Aunado a lo anterior, la decisión se basó en el reconocimiento del Estado del mal manejo dado a los cadáveres hallados en el Palacio de Justicia y la falta de rigurosidad en la custodia del lugar de los hechos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció como perjudicados por la desaparición forzada de Lucy Amparo Oviedo Bonilla a Rafael María Oviedo Acevedo (padre), Ana María Bonilla de Oviedo (madre), Gloria Ruth Oviedo Bonilla (hermana), Aura Edy Oviedo Bonilla (hermana), Damaris Oviedo Bonilla (hermana), Armida Eufemia Oviedo Bonilla (hermana), Rafael Augusto Oviedo Bonilla (hermano), Jairo Arias Méndez (esposó), Jairo Alberto Arias Oviedo (hijo), Rafael Armando Arias Oviedo (hijo) y en tal virtud, condenó en equidad al pago de perjuicios inmateriales a favor de las víctimas directas de desaparición forzada y sus familiares, incluyendo los hermanos.

Sobre el alcance del perjuicio inmaterial reconocido, la Corte puntualizó:

“La jurisprudencia internacional ha establecido que la sentencia constituye *per se* una forma de reparación⁸. No obstante, la Corte ha desarrollado en su jurisprudencia el concepto de daño inmaterial y ha establecido que éste puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia⁹”.

Respecto a los perjuicios materiales, la Corte advirtió que en relación a la víctima Lucy Amparo Oviedo Bonilla, no se reconocería indemnización por este concepto, y exhortó “al Estado a agilizar lo más posible los respectivos procesos internos de la jurisdicción contenciosa administrativa, a efectos de otorgar las indemnizaciones que correspondan”.

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que entre el proceso subjudice y el decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existe identidad de objeto, causa y partes, a excepción de las pretensiones de perjuicios no reconocidos por el juez internacional.

En consecuencia, en aplicación a lo estipulado en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo¹⁰, la Sala declarará de oficio la excepción de cosa juzgada internacional respecto a la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento de perjuicios inmateriales y procederá a la determinación de los perjuicios materiales, conforme a lo expuesto en párrafos precedentes.

4. Indemnización de perjuicios materiales

En relación a los perjuicios materiales, estos fueron negados en la decisión de primera instancia al no encontrarse acreditados.

En la demanda, la parte actora solicitó el reconocimiento de lucro cesante a favor de su esposo e hijos y teniendo como base el salario mínimo mensual vigente,

⁸ Cfr. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 35, y *Caso Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 177*.

⁹ Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84, y *Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 257*.

¹⁰ “**ARTÍCULO 164.** En todos los procesos podrán proponerse las excepciones de fondo en la contestación de la demanda, cuando sea procedente, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos. En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada. Son excepciones de fondo las que se oponen a la prosperidad de la pretensión. El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la *reformatio in pejus*”.

toda vez que al momento de los hechos se desempeñaba como ama de casa y estaba en la búsqueda de un trabajo remunerado.

Asimismo, solicitó como daño emergente el dinero gastado por los familiares en la búsqueda de Lucy Amparo Oviedo, en cual estimó en la suma de \$100'000.000.

4.1. Indemnización por lucro cesante

Respecto al lucro cesante, conforme a lo expresado en la demanda y las pruebas obrantes en el proceso¹¹, al momento de los hechos, la señora Lucy Amparo Oviedo Bonilla, se desempeñaba como ama de casa y estaba buscando trabajo.

En casos de personas que trabajan en el hogar, la jurisprudencia de la Sección Tercera¹² ha considerado que es una labor que debe ser reconocida e indemnizada conforme a la presunción de ingreso de un salario mínimo legal mensual vigente.

Por tanto, la liquidación por concepto de lucro cesante, se hará conforme al salario mínimo actual \$689.455, suma a la que se le reducirá un 25% correspondiente a los gastos que la víctima directa empleaba en su propio sostenimiento, conforme a lo tiene establecida el precedente de jurisprudencia de esta Sección, lo cual equivale a \$517.092.

Ahora bien, está acreditado que al momento de los hechos, la señora Lucy Amparo Oviedo se encontraba casada con el señor Jairo Arias Méndez¹³ y era madre de los menores Jairo Alberto¹⁴ y Rafael Armando Arias Oviedo¹⁵.

Por tanto, la ingreso base de liquidación (\$517.092), será dividido en un 50% a favor del cónyuge de la víctima y 50% a favor de sus hijos.

Respecto al señor Jairo Arias Méndez, se realizará la liquidación en dos períodos a saber: consolidado y futuro.

El consolidado correspondiente al lapso transcurrido entre los hechos de la demanda y la presente decisión, esto es 371,9 meses, el cual se determinará conforme a la siguiente fórmula:

¹¹ Fl. 7, cdno. 2.

¹² Al respecto, sentencia del 13 de junio de 2013, Rad. 26800, MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

¹³ Fl. 85, cdno. 2.

¹⁴ Fl. 78, cdno. 2.

¹⁵ Fl. 79, cdno. 2.

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

$$S = 258.546 \frac{(1+0.004867)^{371.9} - 1}{0.004867}$$

$$S = 270'068.499$$

Y el período futuro comprendido entre el día siguiente a la decisión y el resto de vida probable del señor Arias, esto es 218,4 meses¹⁶, toda vez que nació el 14 de junio de 1956 y su esposa el 15 de febrero de 1962, por tanto su probabilidad de vida era menor; para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

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

$$S = 258.546 \frac{(1+0.004867)^{194.5} - 1}{i(1+0.004867)^{194.5}}$$

$$S = 32.473.377$$

El total de lucro cesante que será reconocido a favor de Jairo Arias Méndez corresponde a trescientos dos millones quinientos cuarenta y un mil ochocientos setenta y siete pesos (\$302.541.877).

En relación a cada uno de los hijos de la señora Lucy Amparo Oviedo, les corresponde como ingreso la suma de \$129.273 y la indemnización comprenderá el período consolidado entre los hechos de la demanda y el momento en que cada uno de ellos cumplió la edad de 25 años, que de acuerdo con las reglas de la experiencia es la edad en que los hijos se independizan de los padres y cesa la ayuda que estos les suministran.

Para Jairo Alberto Arias Oviedo, quien nació el 20 de diciembre de 1979, el lapso a indemnizar es de 229,5 meses, así:

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

¹⁶ Conforme a lo establecido en la Resolución 0497 de 1997, proferida por la Superintendencia Bancaria.

i

$$S = 129.273 \frac{(1 + 0.004867)^{229.5} - 1}{i}$$

$$S = 54'379.497$$

El lucro cesante a reconocer a favor de Jairo Alberto Arias Oviedo corresponde a cincuenta y cuatro millones trescientos setenta y nueve mil cuatrocientos noventa y siete pesos (\$54'379.497).

Para Rafael Armando Arias Oviedo, quien nació el 27 de marzo de 1984, el período a indemnizar corresponde a 280.7 meses, así:

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

$$S = 129.273 \frac{(1 + 0.004867)^{280.7} - 1}{i}$$

$$S = 77'221.834$$

El lucro cesante a reconocer a favor de Rafael Armando Arias Oviedo corresponde a setenta y siete millones doscientos veintiún mil ochocientos treinta y cuatro pesos (\$77'221.834).

4.2. Indemnización por daño emergente

La parte actora pretende el reconocimiento y pago del dinero gastado por los familiares en la búsqueda de Lucy Amparo Oviedo, en cual estimó en la suma de \$100'000.000, sin embargo, no se aportó ningún elemento probatorio tendiente a acreditar este perjuicio.

En consecuencia, se denegará esta pretensión al no encontrarse demostrada en el expediente.

Finalmente, la Sala ordenará poner en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la presente decisión, a través de su Secretario General, para efectos de verificar el cumplimiento de la decisión del 14 de noviembre de 2014.

5. Costas.

Toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, en el sub lite, ninguna procedió de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA

REVÓQUESE la sentencia del 13 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección C de Descongestión, y en su lugar:

PRIMERO: DECLÁRASE probada la excepción de cosa juzgada internacional, por tanto, **ESTÉSE** a lo dispuesto en la sentencia del 14 de noviembre de 2014, proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Rodríguez Vera y Otros vs. Colombia), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Defensa, a pagar, por concepto de lucro cesante a favor de:

Jairo Arias Méndez la suma de trescientos dos millones quinientos cuarenta y un mil ochocientos setenta y siete pesos (\$302.541.877).

Jairo Alberto Arias Oviedo la suma de cincuenta y cuatro millones trescientos setenta y nueve mil cuatrocientos noventa y siete pesos (\$54'379.497).

Rafael Armando Arias Oviedo la suma de setenta y siete millones doscientos veintiún mil ochocientos treinta y cuatro pesos (\$77'221.834).

TERCERO. Sin condena en costas.

CUARTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo y **EXPÍDANSE** las copias conforme a la ley procesal.

QUINTO. Por Secretaría, **PÓNGASE** en conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta providencia, a través de su Secretario General.

SEXTO. Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
ACLARACIÓN DE VOTO - Consideraciones que sustentan voto disidente / PRESUNCIÓN DE SALARIO DE LABOR DOMÉSTICA / ACTIVIDAD LABORAL COMO AMA DE CASA - Altera desproporcionadamente la carga probatoria en perjuicio de las entidades demandadas y el patrimonio público / ROMPIMIENTO DEL PRINCIPIO DE LA CARGA PROBATORIA

Estas consideraciones, aplicadas a la presunción contenida en la sentencia, generan mayores inquietudes pues, sin desconocer la enorme importancia de la labor de la mujer que decide entregar su vida al hogar, cuyo reconocimiento patrimonial es propio de la esfera del legislador y que -se insiste- escapa al ámbito judicial, ¿puede afirmarse -por vía general- que su actividad reporta un ingreso patrimonial que el daño imputable al Estado impidió obtener, cuando la legislación social no lo establece?. Este monto ¿no impone un trato que profundiza la discriminación de la mujer ama de casa, cuyo aporte al hogar se valora en términos de un salario mínimo?, ¿con qué criterio se determina, en términos monetarios, la actividad del ama de casa?, ¿existe un parámetro valorativo que no empeore la connotación negativa, desde el punto de vista del género, de la actividad de la mujer dedicada por completo a la laboriosa tarea de dirigir el hogar?, ¿lo será, como lo proponen algunos ya, la mitad del ingreso del hombre por tratarse de un ganancial de la sociedad conyugal?. ¿Qué sucede en el proceso si la entidad demuestra que, no obstante la calidad de mujer dedicada al

hogar, cuenta con apoyo externo en su labor o se dedica a actividades que reporten ingresos? (...).

ACLARACIÓN DE VOTO - Consideraciones que sustentan voto disidente / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS - Presunción / PRINCIPIO DE LA CARGA PROBATORIA / PRESUNCIÓN JUDICIAL SUPLETIVA IURIS TANTUM / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD / PRINCIPIO DE EQUIDAD

Las presunciones en materia de indemnización de perjuicios, comportan una alteración de la carga de la prueba que resulta desproporcionada en perjuicio del patrimonio público. De acuerdo con el artículo 90 de la C.N., la responsabilidad patrimonial del Estado debe centrar su análisis en la configuración del daño antijurídico y es a la víctima a quien corresponde la prueba sobre su configuración, así como de los perjuicios que del mismo se derivan, incluyendo su cuantía, conforme a los artículos 177 del CPC y 167 del CGP. Los criterios de solidaridad y equidad que soportan esta flexibilidad probatoria, son propios del ámbito de políticas públicas ajenas al juzgador que escapan a las categorías del derecho de daños que es el entorno de la justicia administrativa. Así mismo, imponen al Estado cargas procesales que son de imposible cumplimiento y que afectan el debido proceso y el derecho de defensa (arts. 29 CN y 25 de la Convención Americana de DDHH), pues le exige probar hechos negativos indeterminados tales como el no ejercicio de una actividad económica o la no obtención ganancias, o presentar evidencias que resultan en la práctica de imposible obtención. Así mismo, la aplicación de las presunciones judiciales en el ámbito de esta jurisdicción genera la obligación automática al Estado de indemnizar perjuicios inciertos e impone a los jueces asignar, a las víctimas de daños, recursos que podrían no corresponderles o que, al menos, nunca acreditaron.

ACLARACIÓN DE VOTO - Consideraciones que sustentan voto disidente / COSA JUZGADA INTERNACIONAL - Reiteración aclaración

NOTA DE RELATORÍA: Al respecto ver las consideraciones expresadas en el voto disidente del exp. 517437

Temas: Presunción de salario en ama de casa-Altera desproporcionadamente la carga probatoria en perjuicio de las entidades demandadas y el patrimonio público. Cosa juzgada internacional-Reiteración aclaración de voto 51.7437/2016.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque acompañé la decisión que se adoptó en la sentencia de 3 de noviembre de 2016, aclaro voto en relación con los siguientes aspectos:

1. En la decisión se reitera el criterio jurisprudencial de la Sección Tercera según el cual, en los eventos en los que se acredita que la víctima tiene la condición de

ama de casa, se debe acudir al salario mínimo legal mensual vigente para liquidar el lucro cesante.

Este criterio entraña, como en otros casos, el establecimiento de una presunción judicial supletiva *iuris tantum*, esto es, que se aplica si el demandante no acredita el perjuicio irrogado. Como admite prueba en contrario, la entidad demandada es quien tiene que aportar pruebas para desvirtuar el hecho (premisa mayor) que le sirve de fundamento al silogismo indiciario.

Las presunciones en materia de indemnización de perjuicios, comportan una alteración de la carga de la prueba que resulta desproporcionada en perjuicio del patrimonio público. De acuerdo con el artículo 90 de la C.N., la responsabilidad patrimonial del Estado debe centrar su análisis en la configuración del daño antijurídico y es a la víctima a quien corresponde la prueba sobre su configuración, así como de los perjuicios que del mismo se derivan, incluyendo su cuantía, conforme a los artículos 177 del CPC¹⁷ y 167 del CGP.

Los criterios de solidaridad y equidad que soportan esta flexibilidad probatoria, son propios del ámbito de políticas públicas ajenas al juzgador que escapan a las categorías del derecho de daños que es el entorno de la justicia administrativa. Así mismo, imponen al Estado cargas procesales que son de imposible cumplimiento y que afectan el debido proceso y el derecho de defensa (arts. 29 CN y 25 de la Convención Americana de DDHH), pues le exige probar hechos negativos indeterminados tales como el no ejercicio de una actividad económica o la no obtención ganancias, o presentar evidencias que resultan en la práctica de imposible obtención.

Así mismo, la aplicación de las presunciones judiciales en el ámbito de esta jurisdicción genera la obligación automática al Estado de indemnizar perjuicios inciertos e impone a los jueces asignar, a las víctimas de daños, recursos que podrían no corresponderles o que, al menos, nunca acreditaron.

La reparación de perjuicios basada en el uso extensivo e indiscriminado de presunciones motiva, sin proponérselo claro está, la litigiosidad contra el Estado y al hacerlo no solo contribuye a la congestión judicial, sino que convierte al juez

¹⁷ Aplicable al caso según lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012.

administrativo en un formulador implícito de políticas públicas con un impacto enorme en la sostenibilidad fiscal.

Estas consideraciones, aplicadas a la presunción contenida en la sentencia, generan mayores inquietudes pues, sin desconocer la enorme importancia de la labor de la mujer que decide entregar su vida al hogar, cuyo reconocimiento patrimonial es propio de la esfera del legislador y que -se insiste- escapa al ámbito judicial, ¿puede afirmarse -por vía general- que su actividad reporta un ingreso patrimonial que el daño imputable al Estado impidió obtener, cuando la legislación social no lo establece?

Este monto ¿no impone un trato que profundiza la discriminación de la mujer ama de casa, cuyo aporte al hogar se valora en términos de un salario mínimo?, ¿con qué criterio se determina, en términos monetarios, la actividad del ama de casa?, ¿existe un parámetro valorativo que no empeore la connotación negativa, desde el punto de vista del género, de la actividad de la mujer dedicada por completo a la laboriosa tarea de dirigir el hogar?, ¿lo será, como lo proponen algunos ya, la mitad del ingreso del hombre por tratarse de un ganancial de la sociedad conyugal?

¿Qué sucede en el proceso si la entidad demuestra que, no obstante la calidad de mujer dedicada al hogar, cuenta con apoyo externo en su labor o se dedica a actividades que reporten ingresos?, en estos eventos ¿debería reducirse la indemnización o aumentarse pues, además de ser ama de casa, generaba ingresos adicionales?, ¿en qué proporción debería hacerse esa reducción o aumento de la indemnización?

2. En cuanto a la aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno y la cosa juzgada internacional, me remito al numeral 1 de aclaración de voto 51.743 de 2016.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE