

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Falla del servicio. Muerte de bombero en Municipio de Armenia / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Falla del servicio. Omisión o inactividad de la administración en la observancia de normas técnicas sismo resistentes / FALLA DEL SERVICIO - Omisión o inactividad de la administración en la observancia de normas técnicas sismo resistentes. Muerte de bombero en Municipio de Armenia / BOMBEROS - Normas sismo resistentes. Omisión o inactividad de la administración

“¿Se configuró una falla en el servicio atribuible jurídicamente a la entidad pública demandada? La respuesta de la Sala es afirmativa, y se explica con los siguientes argumentos razonados: a) La administración municipal demandada en cuanto al estado de las edificaciones, en especial aquellas indispensables para la comunidad, estaba sujeta de manera general a lo establecido en el Código de Policía y a la Ley 388 de 1997; b) en cuanto a las condiciones y exigencias de sismo resistencia de las edificaciones, entre ellas las instalaciones del Cuerpo de Bomberos, la administración municipal estaba sujeta a lo consagrado en la ley 400 de 1997 (que entró en vigencia en febrero de 1998, a tenor de lo establecido en el artículo 56). De acuerdo con el artículo 1 de la mencionada ley se fijaron los criterios y requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas, así como de aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, que puedan verse sometidas a fuerzas sísmicas y otras fuerzas impuestas por la naturaleza o el uso, con el fin de que sean capaces de resistirlas, incrementar su resistencia a los efectos que éstas producen, reducir a un mínimo el riesgo de la pérdida de vidas humanas, y defender en lo posible el patrimonio del Estado y de los ciudadanos”. A su vez, el artículo 54 de la ley 400 de 1997 consagraba que a “las construcciones existentes cuyo uso las clasifique como edificaciones indispensables y de atención a la comunidad, localizada en zonas de amenaza sísmica alta e intermedia, se les debe evaluar su vulnerabilidad sísmica, (...) Se afirma que la entidad demandada incurrió en una falla en el servicio desde dos perspectivas: frente a la situación de amenaza inminente, irreversible e irresistible constituida por el conocimiento de la situación de riesgo en la que se encontraban los miembros del Cuerpo de Bomberos, (...) y los equipos, (...) y, su ubicación en una zona de alto riesgo sísmico (...) Lo anterior, lleva a la Sala a atribuir jurídicamente a la entidad demandada la responsabilidad por la falla en el servicio, consistente en la inactividad que se demuestra tuvo la administración municipal de Armenia ante la situación de amenaza en la que se encontraba física y estructuralmente el edificio del Cuerpo de Bomberos, que representó la amenaza para los derechos (a la vida, a la integridad personal, a la seguridad y a la tranquilidad) de los miembros del mismo, especialmente de José Fabio Hoyos López.

FUENTE FORMAL: LEY 400 DE 1997 / DECRETO 33 DE 1998 / LEY 388 DE 1997

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la imprevisibilidad ver sentencias de 26 de marzo de 2008, exp. 16530; 19 de agosto de 2011, exp. 20135; 23 de mayo de 2012, exp. 21269; 11 de septiembre de 2003, exp. 14781 y 23 de septiembre de 2009, exp. 17251

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento. Muerte de bombero / PERJUICIOS MORALES - Muerte de particular, civil, en cumplimiento de funciones públicas / PERJUICIOS MORALES - Deber de motivación. Motivación para su tasación // PERJUICIOS MORALES - Deber de motivación. Aplicación criterio

jurisprudencial

La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 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 cual debe obrar dentro del proceso”. (...) Respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar 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 familia como espacio básico de toda sociedad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / LEY 446 DE 1996 - ARTICULO 16

NOTA RELATORIA: En relación con la obligación de motivar el reconocimiento de perjuicios morales, ver el fallo de Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

PERJUICIOS MATERIALES - Tasación / PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante: Consolidado / PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante: Futuro

Advierte la Sala, que no puede tomar como base para liquidar el lucro cesante lo dejado de percibir por el contrato de prestación de servicios suscrito por José Fabio Hoyos López, ya que de acuerdo con la cláusula tercera del mismo se estipuló que su vigencia era de 1 mes, esto es, que iniciaba el 1 de enero de 1999 y finalizaba el 1 de febrero de 1999, por lo que en aras de hacer eficaz y efectivo el derecho a la reparación integral se tomará como salario base de liquidación, al no obrar prueba alguna y conocerse que (...) si realizaba actividad productiva como bombero, (...) lo primero que procede a liquidar la Sala es el lucro cesante consolidado, que comprende el período desde la fecha de los hechos y hasta la fecha en que se profiere la sentencia (...) ahora procede a liquidar la Sala el lucro cesante futuro a favor de la esposa del fallecido, que comprende el período desde la fecha en que se profiere la sentencia, hasta la edad probable de la esposa ya que esta tenía 41 años, 8 meses y 22 días años para la fecha de los hechos, y él tenía 40 años, 2 meses y 10 días.

COSTAS - No reconoce

Sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 77 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

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

Radicación número: 63001-23-31-000-1999-00858-01(20771)

Actor: BEATRIZ ARIZA ZUÑIGA Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE ARMENIA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 21 de febrero de 2001 por el Tribunal Administrativo del Quindío, que dispuso:

“(…) **Primero:** Niéganse (sic) las súplicas de la demanda.

Segundo. Condénase (sic) a la parte demandante a pagar, a favor del Municipio de Armenia, (Quindío) las costas causadas en este proceso. Líquidense oportunamente por Secretaría.

Una vez en firme esta providencia, cancélese la radicación y archívese el expediente, previa devolución a la parte demandante del saldo del valor consignado para gastos del proceso” (fls.85 y 86 cp).

ANTECEDENTES

1. La demanda.

1 La demanda fue presentada el 24 de septiembre de 1999 por Beatriz Ariza Zúñiga, quien actuaba en nombre propio y en representación de sus hijos menores Fredy Alexander y Aura Liseth Hoyos Ariza; y Leonardo Fabio Hoyos Ariza, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1 Responsabilidad.

Sírvase declarar al MUNICIPIO DE ARMENIA QUINDIO administrativamente responsable de la muerte del Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, quien falleció el 25 de enero de 1999, en las instalaciones del Cuerpo de Bomberos de Armenia, ubicadas en la calle 21 carrera 23 de Armenia Quindio (sic).

1.2 Condenas.

1.2.1 Como consecuencia de la declaración anterior, sírvase condenar a la parte demandada a pagar por concepto de perjuicios morales sufridos con motivo de la muerte del Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, el valor en moneda colombiana de acuerdo con la cotización del Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la sentencia, de las siguientes cantidades de

gramo de oro:

Un mil gramos para cada una de las siguientes personas:

BEATRIZ ARIZA ZUÑIGA, esposa.

FREY (sic) ALEXANDER HOYOS ARIZA, hijo.

AURA LISETH HOYOS ARIZA, hija.

LEONARDO FABIO HOYOS ARIZA, hijo.

1.2.2 Sírvanse (sic) condenar a la parte demandada a pagar los perjuicios materiales sufridos, en su modalidad de lucro cesante, a las siguientes personas:

BEATRIZ ARIZA ZUÑIGA, veinticuatro millones treinta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y cinco pesos.

AURA LISETH HOYOS ARIZA, Doce (sic) millones setecientos once mil setecientos tres pesos.

En la sentencia ruego distinguir:

A). La indemnización debida o consolidada, la que va desde el día 25 de enero de 1999, (fecha en que murió JOSE FABIO HOYOS LOPEZ), hasta la fecha del fallo (...)

B). La indemnización futura que va desde el día siguiente del fallo, hacía (sic) el futuro y hasta cuando le asista derecho a los demandantes (fecha probable de vida) (...)

Las sumas resultantes por la indemnización debida o consolidada y la futura habrá (sic) de actualizarse con base en los índices de precios al consumidor certificados por el DANE.

(...)

1.2.3 Sírvanse (sic) condenar a la parte demandada a pagar a todas (sic) los demandantes, los intereses de que trata el artículo 177 del código (sic) Contencioso Administrativo.

1.2.4 Sírvanse (sic) condenar a la parte demandada a pagar a todos los demandantes los intereses de que trata la pretensión 1.2.3 de esta demanda, aumentados con la variación promedio mensual del índice Nacional (sic) de precios al consumidor desde la fecha de la ejecución de la sentencia hasta cuando se produzca su pago” (fls.1 a 3 c1).

2 Las pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos presentados por la parte actora:

“(…) 2.1 El Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, se encontraba vinculado laboralmente con el Municipio (sic) de Armenia Quindío, desempeñando el cargo de Bombero (sic).

2.2 El día 25 de enero de 1999, el Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, se encontraba prestando el servicio en la sede del cuerpo de Bomberos ubicada en la calle 21 carrera 23 de Armenia Quindío, intempestivamente a eso de la 1:19 P.M. se desplomó el edificio sede del cuerpo (sic) de Bomberos, quedando el Señor (sic) HOYOS atrapado en los escombros a consecuencia (sic) de lo cual falleció.

2.3 A la hora que cayó el Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos, ocurrió en parte de Colombia un movimiento telúrico.

2.4 El Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos de Armenia tenía más de 35 años de haber sido construido.

2.5 El Edificio (sic) mencionado no tenía, ni había sido adecuado a las especificaciones técnicas sismo-resistentes.

2.6 El edificio sede del cuerpo (sic) de Bomberos de Armenia Q., (sic) fue construido sin planeación.

2.7 La sede de los Bomberos de la ciudad de Armenia, fue construida originalmente de dos pisos, o niveles, con terraza, los que fueron levantados,

sin especificaciones técnicas.

2.8 La Terraza (sic) del Edificio (sic) sede del cuerpo (sic) de Bomberos permaneció varios años expuesta a las inclemencias de la lluvia y el sol.

2.9 La lluvia, el viento, el transcurso del tiempo y demás fenómenos naturales generaron fisuras, humedad y debilitamiento, de la terraza que servía de techo al segundo piso, y en general al Edificio (sic) Estación de bomberos de Armenia Quindío.

2.10 Con el transcurso de los años, se construyó encima de la terraza, un tercer piso o nivel, sin los estudios necesarios para establecer la capacidad de soportar todo el peso del nuevo tercer piso, con su cubierta.

2.11 El Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos se había debilitado debido, entre otras causas, a las humedades que presentaba, originadas por fugas en las instalaciones sanitarias e hidráulicas.

2.12 (sic) La Edificación (sic) sede del cuerpo (sic) de Bomberos de la ciudad de Armenia Q., (sic) presentaba deficiencias de construcción, relacionadas con la seguridad, había sido sobrecargada en su peso, su estructura presentaba fallas técnicas de construcción, Etc (sic).

2.13 El Edificio (sic) sede del Cuerpo de Bomberos de Armenia Quindío, no ofrecía condiciones de seguridad, ello por las deficiencias características de construcción, la antigüedad de la misma, el sobrepeso, falta de mantenimiento y la improvisación en las remodelaciones, factores estos que lo colocaron en circunstancia especial de vulnerabilidad, con grave riesgo de colapsar en cualquier momento.

2.14 Dentro de la Administración (sic) Municipal (sic) de Armenia Q., (sic) la Institución (sic) cuerpo de bomberos es una dependencia de la Secretaría (sic) de Gobierno Municipal de Armenia Q (sic).

2.15 Con la Dirección (sic) del Ingeniero (sic) Calculista CESAR A. ANGEL ISAZA y la Asesoría (sic) del (sic) los profesores de la Universidad del Quindío, Ingenieros (sic) Civiles HUGO MONSALVE JARAMILLO, JOSE ANTONIO ZULUAGA y LUIS EMIGDIO GUAYACAN REINA, los estudiantes MARTHA LUCIA ALVAREZ GOMEZ, PABLO LOZANO BARBOSA Y (sic) JULIO CESAR PELAEZ QUINTERO, para optar el título de Ingeniero (sic) Civil (sic), elaboraron estudio de vulnerabilidad sísmica, determinando las fallas existentes y la propuesta solución al problema del Edificio (sic) del Cuerpo de Bomberos de Armenia Quindío, ello en el año de 1993.

2.16 Varios miembros del cuerpo de bomberos de la ciudad de Armenia Q. (sic) entre ellos el Señor JORGE HERNAN JARAMILLO J. Suscribieron (sic) sendas comunicaciones, alertando a la administración Municipal (sic) de Armenia, de las graves deficiencias de estabilidad de la sede del cuerpo de bomberos de Armenia.

2.17 Las diferentes Administraciones (sic), que en los últimos años, han alterando el Gobierno Municipio (sic) de Armenia Q., (sic) no ejecutaron ninguna actividad encaminada a solucionar las deficiencias de la edificación sede del cuerpo (sic) de Bomberos de la calle 21 carrera 23 esquina de Armenia Q. (sic) y de esta forma procurar condiciones de seguridad para el personal del cuerpo de bomberos de Armenia y los transeúntes, tales como: reducción de peso del Edificio (sic) mediante la demolición de los pisos tercero y segundo, traslado de la sede del cuerpo de bomberos a otro lugar, clausura del edificio y fijación de carteles indicando peligro, demolición del edificio, cerramiento de la vía Etc (sic).

2.18 Las autoridades Municipales (sic) de Armenia Quindío, no cumplieron con su responsabilidad de contemplar la contingencia de riesgo sobre el inmueble sede de la Estación de bomberos de la calle 21 con carrera 23 de Armenia Q. (sic) para decidir su construcción, adecuación o relocalización, conforme al artículo 15 del Reglamento General Administrativo , cooperativo

y técnico de Bomberos consagrado en la Resolución Nacional No. 1611 del 6 de agosto de 1998, expedida por el Ministerio del Interior, en concordancia con la ley 322 de 1996.

2.19 La Señora (sic) BEATRIZ ARIZA ZUÑIGA esposa, e hijos FREDY ALEXANDER, AURA LISETH y LEONARDO HOYOS ARIZA del bombero JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, experimentaron profunda, (sic) tristeza, dolor y desazón, al conocer sobre el desplome de la Edificación (sic) sede del Cuerpo de Bomberos.

2.20 Dolor que se incrementó por el conocimiento de que su esposo y padre yacía bajo los escombros, ante la incertidumbre de encontrarlo con vida; sentimientos que se acrecentaron y aún perduran, ante la realidad que su ser querido había fallecido.

2.21 El Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, era el impulsor y ejemplo de la familia en condición de esposo y padre por consiguiente el centro del hogar.

2.22 La Señora BEATRIZ ARIZA ZUÑIGA esposa no tiene profesión ni oficio, tampoco posee bienes de capital, los hijos FREDY ALEXANDER Y (sic) LAURA (sic) LISETH HOYOS ARIZA, son menores de edad y no poseen bienes de fortuna, esposa e hijos que dependían para su sostenimiento del Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ.

2.23 El Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, devengaba la suma de \$339.000, mensuales, en el cargo de Bombero (sic) del Municipio (sic) de Armenia Q., (sic) dinero que destinaba al sostenimiento de su esposa e hija menor de edad". (fls.3 a 6 c1).

2. Actuación procesal en primera instancia.

3 El Tribunal Administrativo del Quindío por medio del auto de 2 de noviembre de 1999 admitió la demanda (fl.27 c1), el cual fue notificado al Alcalde del municipio de Armenia el 23 de noviembre de 1999 (fls.29 y 30 c1) y al Gerente de las Empresas Públicas de Armenia el 2 de octubre de 2001 (fls.81 y 82 c1).

4 La entidad demandada municipio de Armenia, dentro de la oportunidad procesal contestó la demanda (fls.36 a 43 c1), manifestando respecto a los hechos: a) el primero no es cierto ya que el "señor HOYOS LOPEZ en ningún momento estuvo vinculado laboralmente con el municipio de Armenia en desempeño de cargo alguno, simplemente venía ejecutando el contrato prestación de servicios sin formalidades plenas N° 086 de 1999 cuyo término era de un (01) mes contado a partir de enero de 1999, hecho este que refleja el carácter de independiente del contratista y la temporalidad y accidentalidad en la prestación del (sic) servicios (...); b) del segundo al décimo tercero, el décimo octavo y el vigésimo segundo se atenía a lo que se probara; c) el tercero y el décimo cuarto son ciertos; d) el décimo quinto es cierto parcialmente, ya que si "bien es cierto que unos estudiantes de la facultad de Ingeniería hicieron un estudio de vulnerabilidad sísmica y propuesta de solución al edificio del cuerpo de bomberos, este constituye un trabajo de proyecto de grado presentado para optar al título de ingeniero y no un documento de obligatorio cumplimiento por parte de alguna autoridad Administrativa (sic), las razones por las que realizó tal estudio se encuentran contenidas claramente en la parte preliminar del proyecto y donde suficientemente se ilustra los motivos por los cuales llevaron a los estudiantes a realizar el estudio de vulnerabilidad a que se refiere demanda y que bien pudo corresponder a otra institución"; e) el décimo sexto es parcialmente cierto, en cuanto a que el "oficio COBA N.001 del 2 de Enero (sic) de 1.998 que el comandante de bomberos envió al señor Alcalde, contiene aspectos Administrativos (sic) que hace referencia al personal con que cuenta el cuerpo de

bomberos, así mismo, a la falta de sistematización, capacitación, bienestar del bombero, etc. etc (sic)., pero revisado detenidamente el documento en ninguna parte establece las deficiencias de la construcción, de tal manera como lo manifiesta la parte demandante, de ser (sic) haber sido así, seguramente ni el mismo comandante estaría contando de los arreglos que se le estaban haciendo en la terraza y a toda la instalación en general, es más la formación profesional y técnica no es de por si (sic) suficiente soporte para darle credibilidad a una evaluación estructural”; f) el décimo séptimo no es cierto; g) del décimo noveno al vigésimo no le constaba y se atenía a lo que se probara; y, h) el vigésimo tercero es cierto parcialmente, “pues el señor JOSE FABIO HOYOS LOPEZ venía ejecutando un contrato de prestación de servicios cuyo precio era de \$339.000.00 y cuyo término era únicamente de un (01) mes (...)”.

Finalmente, la entidad demandada propuso las siguientes excepciones: a) fuerza mayor o caso fortuito, argumentando que en “el caso del terremoto ocurrido el día 25 de Enero (sic) de 1.999, en donde en forma intempestiva y abrupta un movimiento de tierra hizo colapsar las instalaciones del cuerpo de bomberos de la ciudad, así como un sin número (sic) de edificaciones y viviendas, fue un acontecimiento que era imposible predecir, puesto que obedece a fenómenos de la naturaleza: (sic) y si era impredecible se constituye en un imprevisto y como consecuencia, resistirse al temblor de tierra es un imposible tanto teórico como práctico. Y es que fue tal la magnitud de los hechos que las edificaciones que colapsaron ese día fueron innumerables, inclusive debió ser demolida la propia sede de la Administración (sic) Municipal (sic), hechos suficientemente conocidos y que suscitaron la declaratoria de emergencia nacional para la zona del Eje (sic) Cafetero (sic), contenida en el decreto 195 del 29 de Enero (sic) de 1.999 (...) y en el cual también se colapsó entre otras el Comando de Policía Quindío”; y, b) el no pago de su afiliación al sistema de seguridad social hizo que asumiera su propio riesgo. El “Estado no está en la obligación de responder por hechos inciertos e imprevisibles que generen siniestros de los cuales sea víctima el referido contratista”. Ahora bien, “el hecho de que en este caso concreto el causante haya velado en vida por la subsistencia de su esposa e hijos no significa que el Municipio (sic) de Armenia deba responder por su muerte, ocurrida como consecuencia del terremoto ocurrido (sic) el 25 de enero de 1999, pues se considera que siendo en relación con este ente un contratista independiente, sus medios de subsistencia no dependían única y exclusivamente de la Administración (sic) Municipal (sic), hecho que se deduce de la clase de vinculación”. Además, el “señor JOSE FABIO HOYOS LOPEZ tenía la calidad de contratista independiente en relación con el Municipio (sic) de Armenia, vinculación que obligaba a HOYOS LOPEZ a cubrir en forma directa los diferentes riesgos” (fls.39 a 41 c1).

5 Cursado el traslado de las excepciones a la parte actora, esta no presentó escrito alguno y guardó silencio.

6 El Tribunal abrió el proceso a pruebas mediante el auto de 9 de junio de 2000 (fls.53 y 54 c1). Luego, el a quo profirió auto de 11 de octubre de 2000 por medio del cual corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fl.58 c1).

7 El Ministerio Público en la oportunidad procesal presentó el concepto número 80, de 27 de octubre de 2000, por medio del cual solicitó “acceder a las pretensiones indemnizatorias dentro de los parámetros legales de presunción, prueba y equidad, habida estimación de la fuerza mayor como causa concurrente”, fundándose en los argumentos siguientes:

“(…) En efecto, el 25 de enero de 1.999 se produjo una fuerza de la naturaleza de grandes proporciones, consecuencia de ello fué (sic) la destrucción de viviendas y edificaciones, y la muerte de muchos seres humanos, entre ellos la sede del edificio Cuerpo de Bomberos, y varios de sus integrantes.

Ese sísmo (sic) de considerable intensidad fué (sic) causa eficiente en la producción del daño, esto es, en la muerte del señor JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, y como fuerza mayor es en principio causa eximente de responsabilidad administrativa, en principio se dice, por cuanto en la demanda se exponen circunstancias anteriores, previas al terremoto y que pudieron concurrir con éste como causa también determinante en la producción del perjuicio.

Esas circunstancias anteriores consisten en el conocimiento por parte de la administración municipal de un estudio que para tesis de grado elaboraron unos estudiantes de la universidad Del (sic) Quindío en el año de 1.993 a la sede del Cuerpo de Bomberos de Armenia; proyectó que contó con la dirección de ingenieros de considerable trayectoria profesional (…)

Ciertamente, se trató de un simple proyecto de tesis pero cuyos resultados se estimaron de vital importancia para la comunidad, al punto que se puso en conocimiento de la primera autoridad municipal para que lo conociera, lo considerara y obviamente procediera de conformidad, no otra intención puede advertirse en la actitud de quienes elaboraron el estudio distinta a la de poner en alerta a las autoridades para que tomaran medidas necesarias (…)

Y es precisamente ese algo que debió hacerse y que no se hizo lo que configura la omisión de la administración, ya que lo calificado como un simple trabajo de grado que no obligaba a la administración, era verdadera voz de alerta, una situación que requería atención. Ese aviso de unos simples estudiantes de ingeniería debió producir efectos, al menos debió la administración verificar para ratificar o desvirtuar las conclusiones y recomendaciones que sin ningún costo habían sido suministradas por los ingenieros.

En opinión de este despacho, el estudio de proyecto de grado era un documento que no obligaba a la administración pues no se trataba de un trabajo contratado por la misma, y porque no existe norma positiva que así lo disponga, no obstante, esa posición omisiva, negligente riñe con los principios, objetivos y fines esenciales del Estado contenidos en la carta política, porque entonces dónde queda la eficiencia, la eficacia, la solidaridad, el bienestar de la comunidad, la dignidad humana, …? Debemos por tanto concluir que sí era deber de la administración municipal atender la advertencia contenida en el tantas veces aludido proyecto de grado.

Si la administración municipal realiza todas las actividades necesarias tendientes a reforzar las instalaciones de la edificación, a disminuir el peso que sobre ella recaía, es decir, atender en forma adecuada y oportuna la recomendación efectuada, es decir, a tratar de corregir las fallas, así el edificio se hubiera desplomado como efectivamente ocurrió, en ningún momento se habría dudado que la causa exclusiva y determinante la constituiría la fuerza mayor, pro como sucedió todo lo contrario haciéndose caso omiso a todas las advertencias, es entonces posible, racional y lógico pensar que si esas medidas preventivas se adoptan, posiblemente el edificio se mantiene en pie (sic) a pesar del sísmo (sic), como lograron mantenerse otras construcciones aledañas, al igual que muchas otras construcciones de las cuales salieron ilesas muchas personas; prueba de ello es que la mayoría de las construcciones que se desplomaron tenían varios años de construídas (sic) sin que se hubiera observado normas técnicas y antisísmicas,

circunstancia esta última que dió (sic) lugar a que muchas construcciones nuevas se desplomaran de manera instantánea, sin embargo éstas, a diferencia de la sede del Cuerpo de Bomberos de Armenia no contaron con un estudio previo de vulnerabilidad antisísmica.

Es un hecho por todos conocido y con mayor razón por las autoridades del Departamento del Quindío, que éste se encuentra asentado sobre varias fallas geológicas y que por lo tanto es susceptible de movimientos telúricos de los cuales es difícil prever (sic) su magnitud, circunstancia esta última de público conocimiento que debió motivar a la administración para no echar de menos las conclusiones y recomendaciones de los ingenieros de la Universidad Del (sic) Quindío.

Lo anterior permite al despacho concluir que efectivamente la fuerza mayor se presentó como causa eficiente y determinante pero no exclusiva en la producción del daño, pues es evidente también la concurrencia de una causa igual de eficiente atribuible a la administración, es decir, la sede amenazaba peligro ante un sismo (sic) de excepcional intensidad lo cual era de conocimiento de las autoridades competentes y debió ser suficiente para que se tomaran las medidas de prevención necesarias, lo cual no se hizo” (fls.60 a 64 c1; subrayado fuera de texto).

8 La entidad demandada Municipio de Armenia, en esta instancia alegó de conclusión reiterando lo expresado en la contestación y agregando:

“(…)IRRELEVANCIA JURIDICA DE LA PRUEBA QUE HA SIDO ADUCIDA COMO BASE DEL ACCIONANTE

Queda claramente establecido, que la prueba fundamental aducida como base de la parte demandante es un documento de proyecto de grado, que como tal, carece de fuerza de ley o vinculante, o de obligatoria observancia para ninguna persona, sea esta natural o jurídica y que por lo tanto, el contenido de dicha propuesta o hipótesis solamente tendría importancia para:

La (sic) Universidad (...)

NORMAS COLOMBIANAS DE DISEÑO Y CONSTRUCCION SISMORESISTENTE

(...)

Con base en la normatividad legal, sobre la idoneidad profesional consagrada en la norma, que debe caracterizar al personal que efectúa los estudios de vulnerabilidad y revisiones de las edificaciones indispensable (sic), los testimonios de los comparecientes a este proceso (...) acerca de la vulnerabilidad que presentaba el edificio cede (sic) del cuerpo de bomberos del municipio de armenia (sic), en todas sus manifestaciones, y por carecer estas personas de formación técnica y profesional especializada en ingeniería y calculo (sic) en estructuras, no pasan de ser simples comentarios y carecen de cualquier validez técnica, idónea y jurídica, porque el edificio donde se encontraba el cuerpo de bomberos jamas (sic) presento (sic) ruina, le (sic) hecho de haberse construido hace más de 35 años, cuando no existía norma sismoresistentes (sic) en Colombia, no quiere decir que era una edificación ruinoso y por ende, esos testimonios no tienen la fuerza suficiente para constituirse en prueba feaciente (sic) de donde se deduzca responsabilidad alguna del municipio de armenia (sic).

(...)

Señala igualmente el actor, que el edificio donde funcionaba el cuerpo de bomberos, no había sido adecuado a las especificaciones técnicas de sismoresistencia (sic) (...) se concluye que **NO** tenía la administración del municipio de armenia (sic), la obligatoriedad de realizar dicha adecuación del edificio cede (sic) del cuerpo de bomberos por no encontrarse disposición

taxativamente expresa en el decreto ley 1400 de 1984; tal, como lo contempla la ley 400 de 1997 con los plazos de tres (3) años para el estudio y revisión y seis (6) años a partir de la vigencia para la adecuación. Así las cosas, la administración municipal de armenia (sic), tendría un plazo hasta el 19 de agosto de 2001 para realizar la evaluación de vulnerabilidad sísmica de las edificaciones indispensables y un plazo hasta el 19 de agosto de 2004 para realizar las adecuaciones de las mencionadas edificaciones.

LA CONTINGENCIA DEL RIESGO POR PARTE DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL DE ARMENIA

(...)

Referente a la norma aludida por el actor, el artículo citado si contempla unas especificaciones técnicas mínimas para la adecuación o construcción de estaciones o subestaciones del cuerpo de bomberos, pero en ningún momento la citada resolución No. 1611 de 6 de agosto de 1998 que es posterior a la norma, puede estar por encima o mejor dicho en nivel superior a la ley 400 del 19 de agosto de 1997, pero cuya vigencia empezó el día 19 de febrero de 1998 y que establece la obligatoriedad de adecuación de las edificaciones indispensable (sic) en los plazos anteriormente mencionados en este escrito.

(...)

La administración municipal de armenia, al adoptar la determinación aludida en la norma, en ningún tiempo a (sic) escatimado esfuerzos para la consecución de la mejor dotación, los mejores equipos y maquinarias para ofrecerle una mejor cobertura y una mayor rapidez en la atención de incendios y calamidades conexas con este.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las Asambleas Departamentales, o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo respectivo (sic) presupuesto (resaltado fuera de texto)

(...)

Al darle aplicación y desarrollo a la ley 136 de 1994, Ley (sic) 152 de 1994 y la Ley (sic) 388 de 1997 de planeación nacional, en el desarrollo del PORTE de Armenia (Plan de Ordenamiento Territorial), se puede apreciar con real certeza que fueron incluidas y aprobadas las tres estaciones satélites para el cuerpo de bomberos del municipio de armenia (sic)” (fls.65 a 73 c1).

9 La parte actora en esta instancia guardó silencio.

10 Agotado el término para alegar de conclusión el proceso entró al despacho para que el Tribunal profiriera sentencia de primera instancia.

3. Sentencia de primera instancia.

11 El Tribunal Administrativo del Quindío profirió sentencia el 21 de febrero de 2001 por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda fundamentando su decisión en los siguientes argumentos:

“(...) En providencia anterior, proferida por esta Sala de decisión, se tuvo oportunidad de estudiar los mismos fundamentos fácticos y de derecho para entrar a establecer si efectivamente se configuraba una falla del servicio por parte de la administración municipal, con pruebas que en lo fundamental son las mismas presentadas en este proceso en la que se señaló:

“1. El edificio donde funcionaba el Cuerpo de Bomberos, fue construido hace unos treinta y cinco (35) años, es decir, hace más o menos en la década de

- los sesenta, cuando no existía código alguno de sismoresistencia (sic).
2. La ley 400/97 le otorgó a las diferentes autoridades administrativas un plazo de tres (3) años para adecuar las construcciones oficiales existentes, a las normas de sismoresistencia (sic) vigentes, plazo que no había vencido el 25/01/99 cuando ocurrió el movimiento sísmico (sic) a que se hace referencia en este asunto.
3. Los oficios enviados desde 1995 por los diferentes Comandantes de Bomberos a las autoridades municipales se referían principalmente a la necesidad de instalaciones más amplias y en mayor número, la vulnerabilidad de las instalaciones que hoy se alega no era prioridad en ese entonces.
4. El estudio de los estudiantes (sic) de la Universidad del Quindío, era una tesis de grado, que no había sido sometida a debate técnico alguno y que no obligaba a ninguna autoridad administrativa.
5. Los estudios de microzonificación de Armenia son muy costosos y relativamente nuevos, por lo cual tampoco estaba la administración de Armenia en la obligación de acometerlos independientemente.

Concluye, pues, la Sala que:

1. No se probó que la causa del desplome del edificio donde funcionaban los Bomberos (sic), fuera de mala construcción, todo lo contrario, aparece probado que el edificio colapsó a consecuencia del movimiento sísmico del 25/01/99, unido esto no a que el edificio estuviera mal construido, sino a que la construcción no era apta para resistir un movimiento de tal magnitud, configurándose la causal de fuerza mayor o caso fortuito definido en la Ley 95 de 1980 como el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto... imprevisto que en el sentir de la Corte Suprema de Justicia (sent. Del .-sic- 05/07/35) presenta las siguientes características: a) No (sic) ser imputable al demandado; b) Con (sic) haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio; c) Ser (sic) irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido por el demandado; y, d) Haber (sic) sido imprevisible, aunque exista una posibilidad vaga de realización, hecho que constituye un (sic) eximente de responsabilidad;
2. Y, aunque el sistema de construcción del edificio hubiera tenido incidencia en su derrumbamiento, no existía norma alguna que obligara la administración a construir en determinada forma, existía, sí, a partir de la Ley 440797 la obligación de adecuar los edificios públicos a las normas de sismoresistencia (sic) en un plazo de tres (3) años, plazo que aún no había concluido para el 25/01/99
- Recuérdese además que la fuerza mayor está aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como eximente de la responsabilidad extracontractual de la administración, concluyendo la Sala que no hubo falla de la administración municipal, razón por la cual se declarará probada dicha excepción propuesta por la entidad demandada...”¹.
- Encontrando en las anteriores consideraciones el fundamento jurídico necesario y preciso para resolver el asunto objeto de la litis, se deniega las pretensiones del demandante” (fls.83 a 85 cp).

12 Respecto a la sentencia se presentó el siguiente salvamento de voto:

“(...) 4. Así las cosas y analizadas las pruebas, creo que ellas en su conjunto

¹ Expediente no 0771, Magistrada Ponente: DR (sic) GLORA MATILDE MARTÍNEZ MONTOYA, Sentencia del 5 de julio del año 2000.

permiten concluir que en el presente caso no se verificaron los caracteres descritos para que, **en este específico debate judicial**, el terremoto del 25 de enero de 1999 pudiese ser catalogado en forma “mecánica” como fuerza mayor. Veamos.

5. Sea lo primero dejar en claro cuál era la obligación del municipio que fue inejecutada (sic). Ella se desprende de nuestra carta, pues tenía –y tiene- la obligación primordial de proteger a los ciudadanos en sus bienes y honra y, especialmente, en su vida, obligación de protección que se desprende, a nivel del municipio, por el ejercicio de la función administrativa que ejerce el estado, mediante la descentralización territorial.

6. A esta obligación primordial de protección a la vida le es (sic) inherente (sic) las conductas encaminadas a la prevención de desastres, pues lo que antiguamente configuraba una axioma absoluto de eximente de culpabilidad, en esta época ya no lo es, situación que vislumbraron los juristas de la Corte, según se desprende de la providencia parcialmente transcrita. Y es que no puede predicarse la eximente de responsabilidad del Estado, cuando no adopta las medidas necesarias para evitar efectos nefastos para el caso de un sismo. Es decir, no tomar las mínimas precauciones que permite la tecnología, constituye un claro ejemplo de imprevisión de lo previsible, pues lo evidente es que en la actualidad, con el avance científico logrado, la estadística y las consecuencias sabidas de los hechos de la naturaleza, el concepto de fuerza mayor deja de ser un principio absoluto para convertirse en un elemento simplemente relativo que se encuentra en función del desarrollo de la ciencia. En esta región del Viejo (sic) Caldas, el riesgo sísmico, o sea, las eventuales consecuencias económicas y sociales que causan los terremotos son calculables a partir del estudio de las fallas geológicas y de las experiencias vividas, pero también es calculable, con base en los conocimientos actuales, la vulnerabilidad o condiciones de resistencia y fragilidad de las construcciones al fenómeno.

7. En el caso específico debatido, la obligación del municipio de protección de la vida tenía un doble significado. Se trataba, de un lado, en tomar las medidas de protección especial para evitar los nefastos efectos que un eventual sismo produjera en el inmueble donde funcionaba el Cuartel de Bomberos y, por ende, de sus ocupantes. De otro lado y, de soslayo pero no menos importante, en la PROYECCION que esa protección pudiera significar luego de ocurrida la eventualidad. Ese 25 de enero colapsó la edificación, murieron algunos servidores y se destruyeron las máquinas y, por consiguiente, se imposibilitó cualquier labor inherente a su función de rescate, lo que implicó que estas labores fueran más arduas para los demás organismos que asumieron la responsabilidad que al cuerpo de bomberos correspondía.

8. Examinado el expediente encontramos las (...) pruebas de las cuales se desprende que el acontecimiento y sus efectos fueron humanamente previstos y que no se empleó toda la inteligencia y pericia necesaria para evitar los efectos de la fuerza irresistible, lo que impide que pueda alegarse tal hecho como causa de liberación, es decir, que proceda la declaración de FUERZA MAYOR: (sic)

(...)

13. Todas estas pruebas conducen a concluir que la administración municipal no tuvo previsión, entendido este término en tecnología culposa como la acción de conocer lo que vendrá y en la de precaverse de sus consecuencias o sea prevenir el riesgo, daño o peligro de él y evitarlo.

14. Todas estas conclusiones me permiten afirmar que, como atrás lo anoté, **para**

el caso específico acá debatido, no había lugar a alegar la fuerza mayor como causal exonerativa ni a declarar probada tal excepción. Debió encaminarse el estudio tal vez declarando la responsabilidad del demandado o, porqué (sic) no, su no responsabilidad, pero con base en otros elementos de juicio diferentes al descrito, esto es, con base en la fuerza mayor. Ejemplo de tales elementos pudiera ser: **a.** la alta intensidad del sismo, acompañado de su superficialidad (según algunos estudios, aunque se esperaba el fenómeno, se pensaba que fuera profundo, lo que determina un comportamiento estructural diferente) **b.** Encontrarse la administración dentro de los plazos para estudiar la vulnerabilidad de edificaciones como la de bomberos (3 años) y para su reacondicionamiento (6 años) a normas de sismo resistencia según lo determinó la Ley 400 de 1997, artículo 54.

15. Seguramente existirán más elementos que permitan declarar una responsabilidad disminuida o, tal vez, un fallo de no responsabilidad, pero en ningún momento fundados en la eximente de FUERZA MAYOR porque para el caso específico acá debatido, tal figura no se presentó” (fls.87 a 90 cp).

4. Recurso de apelación.

13 La parte actora, mediante escrito radicado el 9 de septiembre de 2004, interpuso y sustentó el recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 21 de febrero de 2001 mediante la cual negó las pretensiones (fls.92 a 102 cp). En dicho escrito, la parte actora pidió revocar la sentencia y argumentó:

“(...) En la parte considerativa de la sentencia, en forma simple y genérica se aceptó la FUERZA MAYOR, sin entrar en análisis puntual, respecto de cada uno de los elementos que la estructuran.

(...)

La sentencia que recorro en ninguno de sus apartes desvirtúa la responsabilidad del ente demandado, por los hechos y omisiones precisados en los hechos de la demanda y debidamente probado (sic) en el proceso, en donde es apreciable la negligencia generadora de culpa. La sentencia de manera simple y genérica acepta la existencia de “fuerza mayor”, sin analizar las circunstancias (sic) de tiempo de los hechos y omisiones por lo que se reclama la responsabilidad de la administración, los que se presentaron constante y sucesiva durante los años 1995, 1996, 1997 y 1998, mientras que el hecho al que se le atribuye la fuerza mayor alegada por el ente demandado es un acontecimiento del 25 de enero de 1999, (sic)

(...)

Obra en el expediente, a folio 7 del cuaderno No. 2, se aprecia el oficio No. SGM 107 de fecha 8 de marzo de 1995 (...)

(...)

*Mediante el contenido de este oficio se ha PROBADO en el proceso, que desde 1995, la administración Municipal (sic) de Armenia Quindío, conocía plenamente que el Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos de Armenia **NO OFRECIA GARANTIAS DE NINGUNA INDOLE PARA MAQUINARIA Y PERSONAL.***

*Siendo obligación CONSTITUCIONAL de las autoridades, **la protección de la vida de las personas**, la Administración (sic) Municipal (sic) de Armenia debió retirar o trasladar el personal del cuerpo de bomberos a otro sitio, alejando las personas de ese edificio, por el ALTO RIESGO que representaba para la vida de las personas.*

*Así las cosas, **la falla de la Administración (sic) Municipal (sic) de***

Armenia, consiste en no tomar medidas orientadas a proteger la vida de los funcionarios del cuerpo de bomberos.

(...)

Es de resaltar que retirar a las personas del Edificio (sic) que presentaba grave riesgo para la vida de las personas, no implicaba necesariamente la construcción de nuevo edificio.

Es de tener en cuenta que transcurrieron los años 1995, 1996, 1997 y 1998, sin que la administración ejecutara medida para conservar la vida de los Bomberos (sic), como era su deber constitucional y legal, la omisión perduró hasta el 25 de enero de 1999 cuando el edificio colapsó y término (sic) con la vida de (sic) Señor (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ.

(...)

Ante la gravedad de lo anterior y como quiera que el edificio **no ofrecía garantías de ninguna índole** el Señor (sic) ALCALDE MUNICIPAL de Armenia, debió cumplir con lo establecido en el artículo 216 del código (sic) Nacional de Policía, esto es, **ordenar la demolición de dicho edificio**, porque estaba de por medio la seguridad y la tranquilidad pública y la vida de los miembros del cuerpo de bomberos, ya que se trataba de la sede de una entidad llamada a brindar seguridad y tranquilidad a la comunidad (...)

Como la Administración (sic) Municipal (sic) de Armenia, no ordenó la demolición del Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos, en cumplimiento al mencionado artículo 216, incurrió en omisión en el ejercicio de sus funciones (...)

La sentencia que recurro, tampoco expresa los fundamentos con base en los que libera de responsabilidad al Municipio (sic) de Armenia, por no cumplir con la Ley (...)

(...)

El edificio sede del cuerpo (sic) de Bomberos de Armenia Quindío, fue construido inicialmente, por el año 1963 de dos pisos, posteriormente en los años setenta, se le adicionó un tercer piso, generando sobrepeso a la estructura.

(...)

De esta manera, la parte demandante ha probado dentro (sic) proceso, que con la construcción del tercer piso, el Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos fue sobrecargado **en 42.2 ton/m²**.

Esta FALLA DE LA ADMINISTRACION, consiste en que la administración Municipal (sic) ADICIONO UN TERCER PISO al edificio, sin planeación, sin cálculos, sin técnica (...) **sobrecargado el Edificio (sic) sede del cuerpo de bomberos, haciéndolo vulnerable a un sismo**, generando con ello alto riesgo para la vida de quienes lo ocuparan.

(...)

La Sentencia (sic) que recurro, tampoco expresa las razones para determinar que no hubo falla de la administración, por la construcción del tercer piso generando sobrepeso de la edificación, ello a pesar que se encuentra demostrado que el sobrepeso tuvo incidencia en el colapso del Edificio (sic).

(...)

Esta es otra falla de la administración por omisión, la que consiste en no prestar atención **A LA ALERTA** que hizo el Señor (sic) comandante del Cuerpo del Cuerpo (sic) de Bomberos cuando un año antes del Colapso (sic) del Edificio (sic), le expresa al Señor (sic) ALCALDE MUNICIPAL, que se debe **EVITAR EL HACINAMIENTO DE PERSONAL Y VEHICULOS dentro de la sede ya que en caso de terremoto se corría el RIESGO DE PERDER TODO.**

(...)

Ninguna atención se presto (sic), a la recomendación de DEMLOER EL

ULTIMO NIVEL del edificio, que era precisamente el se había construido inapropiadamente y por lo tanto sobrecargaba la estructura del edificio.

El no acoger la recomendación de demolición del tercer piso, como medida de protección a la vida de los ocupantes del edificio, **es otra OMISION**, que constituye **FALLA DE LA ADMINISTRACION MUNICIPAL**.

(...)

En forma clara, precisa y concisa el Comandante de bomberos, diez meses antes del colapso del Edificio (sic), en forma respetuosa le solicita al Señor (sic) Alcalde que **dada la vulnerabilidad de la estructura del edificio** de la institución bomberil, sugiere se trate el asunto en Consejo de Gobierno, **PARA QUE SE TOMEN LAS MEDIDAS PERTINENTES**, y **recomienda la reubicación**.

Esta es otra falla de la administración POR OMISION, al no tomar las medidas pertinentes, la reubicación así fuera provisional, u otra medida como la clausura del edificio, la demolición, Etc (sic). Ello para proteger la vida de los miembros del cuerpo de bomberos.

(...)

La administración Municipal (sic) no cumplió con la obligación, que le impone el artículo 2350 del Código Civil, de reparar el edificio sede del cuerpo de bomberos, a pesar de conocer del mal estado en que se encontraba, por lo que no era garantía para la seguridad de las personas.

(...)

HABER SIDO IMPREVISIBLE, AUNQUE EXISTA UNA POSIBILIDAD VAGA DE REALIZACIÓN. Este es el elemento d) requerido para que haya lugar a la fuerza mayor.

(...)

Esta demostrado que el actuar negligente de la administración llevó a que el Bombero (sic) JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, permaneciera dentro de un edificio que ofrecía grave peligro de colapsar, por lo que estaba dentro del edificio el día que éste colapsó (sic), perdiendo así la vida.

La fuerza mayor, declarada en la sentencia que apelo, sería aceptable jurídicamente, como un hecho capaz de generar la ruptura del nexo de causalidad entre la conducta y el daño si:

- El Edificio no hubiera estado en grave riesgo de colapsar, o que
- La administración no hubiera tenido conocimiento del tal riesgo, o que
- La administración hubiera cumplido con las recomendaciones de la tesis de grado realizada por estudiante de último grado de Ingeniería (sic) con asesoría de profesionales idóneos, o que
- La administración hubiera desvirtuado las fallas anotadas al edificio, coordinando la realización de otros estudios, Etc (sic)".

14 El recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte actora fue concedido por el a quo por medio de providencia de 2 de mayo de 2001 (fl.105 cp).

15 Una vez conocido el recurso en esta Corporación, por medio de auto de 30 de julio de 2001 se ordenó devolver el expediente la haber sido concedido el recurso de apelación a la parte que no lo interpuso, esto es, a la demandada (fl.110 cp). Se advierte físicamente en el expediente, por la Sala, que no se encuentran los folios 111 a 113 del cuaderno principal.

16 Recibido el expediente por el Tribunal, este mediante auto de 10 de junio de 2005 subsanó la irregularidad y concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 21 de febrero de 2001 (fl.119 cp).

5. Actuación procesal en segunda instancia.

17 El 2 de diciembre de 2005 fue admitido el recurso de apelación interpuesto y sustentado por la parte actora (fl.123 cp). El 7 de febrero de 2006 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos finales y en caso de solicitarse el traslado especial por el Ministerio Público, para que este emitiera su concepto (fl.125 cp).

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

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

19 Advierte la Sala, que puesto que la parte actora es el único apelante, para decidir el recurso se centrará en los argumentos expuestos en el recurso, en desarrollo de lo previsto por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que establece que el juez superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, así como en el alcance dado por la Sala Plena de la Sección Tercera en la sentencia de 9 de febrero de 2012 (expediente 21060).

20 En ese sentido, a efectos de resolver lo pertinente, la Sala se ocupa en primer lugar de dos cuestiones previas: 1) el valor probatorio de algunos documentos que obran en el expediente en copia simple; y, 2) la procedencia de la acción de reparación directa respecto de operaciones administrativas. Una vez abordado lo anterior, se precisará el objeto del recurso, se plantearán los problemas jurídicos específicos que se derivan de los argumentos esgrimidos, con base en el análisis del caso concreto, a la luz de los hechos probados dentro del proceso, se establecerá si se encuentra demostrado tanto el daño antijurídico, como la imputación, o si operó eximente alguna de responsabilidad (en función del principio de precaución).

2. Aspecto procesal previo.

21 La Sala previo a abordar el estudio y análisis de fondo advierte las siguientes cuestiones acerca de las que debe pronunciarse: 1) la prueba aportada en copia simple;

22 Si bien, la Sección Tercera² ha sostenido que las copias simples carecen de valor probatorio por cuanto no cumplen con las exigencias establecidas en los artículos 253 y 254 del C.P.C., según las cuales los documentos públicos y privados aportados en fotocopia simple por personas que no los suscriben no pueden ser tenidos en cuenta, en consideración a que únicamente tienen valor probatorio aquellos aportados en original o en copia autorizada por notario, director de oficina administrativa o de policía, secretario de oficina judicial o autenticada por notario, previa comparación con el original o con la copia autenticada que se le presente, en el presente caso las entidades en las contestaciones de la demanda admitieron tenerlas como prueba e incluso, sus argumentos estuvieron fundamentadas en aquellas allegadas por la parte actora. Por su parte, el demandante también tuvo en cuenta los documentos obrantes en el expediente para la defensa de sus pretensiones. Por lo tanto, las partes no

² Sección Tercera, sentencias de 4 de mayo de 2000, expediente 17566; 27 de noviembre de 2002, expediente 13541; de 31 de agosto de 2006, expediente 28448; de 21 de mayo de 2008, expediente 2675; de 13 de agosto de 2008, expediente: 35062, entre otras.

desconocieron los documentos, ni los tacharon de falso, sino que conscientemente manifestaron su intención de que los mismos fuesen valorados dentro del proceso.

En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad de los documentos allegados por las partes en copia simple.

Es oportuno precisar que la interpretación que hoy se efectúa no puede entenderse como la exoneración de la carga de cumplir con las reglas contenidas en la ley procesal civil frente a la aportación de copias de documentos que siguen vigentes y en pleno rigor. Lo que sucede en esta ocasión, es que ambas partes aceptaron que los documentos fueran apreciables y coincidieron en la valoración de los mismos en forma recíproca, no solo al momento de su aportación, sino durante el transcurso del debate procesal³, por lo tanto serán valorados por la Subsección para decidir el fondo del asunto⁴.

23 Después de estudiada la anterior cuestión procesal, la Sala procede a establecer el análisis de la impugnación y los medios probatorios.

3. Análisis de la impugnación.

24 El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte actora en el recurso de apelación, específicamente en lo que tiene que ver con la imputación de la responsabilidad patrimonial a entidad públicas demandada y condenarla a la indemnización de los perjuicios reclamados, sin que haya operado la fuerza mayor.

4. Los medios probatorios.

25 Al expediente fue allegado oportunamente y cumpliendo las exigencias legales para tener valor probatorio los siguientes medios probatorios:

25.1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Beatriz Ariza Zúñiga (fl.14 c1).

25.2. Copia de fotocopia auténtica del registro civil de nacimiento de Leonardo Fabio Hoyos Ariza (fl.17 c1).

25.3. Copia de fotocopia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento (expedido por el Notario Tercero del Círculo de Armenia) de Fredy Alexander Hoyos Ariza (fl.18 c1).

25.4. Copia de fotocopia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento de Aura Liseth Hoyos Ariza (fl.19 c1).

25.5. Copia de fotocopia auténtica del registro del matrimonio celebrado entre José Fabio Hoyos López y Beatriz Ariza Zúñiga el 8 de diciembre de 1979 (fl.20 c1).

³ Posición que puede verse en sentencia de la Sub- sección C, de 18 de enero de 2012, expediente: 19920. Sobre la valoración de copia simple también puede verse las sentencias de 18 de septiembre de 1997, expediente: 9666; 21 de febrero 21 de 2002, expediente: 12789; 26 de mayo de 2010, expediente: 18078; 27 de octubre de 2011, expediente: 20450.

⁴ Posición reiterada en Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 18 de enero de 2012, expediente 19920.

- 25.6. Copia auténtica del registro civil de defunción de José Fabio Hoyos López (fl.21 c1).
- 25.7. Copia de fotocopia auténtica del certificado del registro civil de nacimiento (expedido por el Notario Tercero del Círculo de Armenia) de José Fabio Hoyos López (fl.22 c1).
- 25.8. Copia simple de la certificación del Capitán Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Armenia (Quindío), de 9 de febrero de 1999 (fl.23 c1).
- 25.9. Copia simple del Certificado de disponibilidad presupuestal (Secretaría de Hacienda, municipio de Armenia) (fl.24 c1).
- 25.10. Copia auténtica del "CONTRATO DE PRESTACIÓN SE SERVICIOS SIN FORMALIDADES #086" celebrado entre la Secretaria General de la Alcaldía de Armenia y José Fabio Hoyos L. (fls.45 y 46 c1).
- 25.11. Oficio, de 8 de marzo de 1995, del Secretario de Gobierno Municipal de Armenia (Quindío), dirigido a Luis Zuluaga Gómez (fl.7 c2).
- 25.12. Oficio COBA No.001, de 2 de enero de 1998, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), dirigido al Alcalde de Armenia, por medio del cual se ofreció el "DIAGNOSTICO DE LA SITUACION ACTUAL, NECESIDADES DE LA INSTITUCION Y RECOMENDACIONES" (fls.8 a 24 c2).
- 25.13. Oficio COBA número 076, de 16 de febrero de 1998, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), dirigido al Alcalde de Armenia (con copia a la Secretaría General), por medio del cual se remitió "fotocopia del texto enviado por la Secretaría de Comunicaciones de la Alcaldía, el que contiene aparte del nuevo código sismo resistente" (fl.29 c2).
- 25.14. Oficio COBA número 113, de 16 de marzo de 1998, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), dirigido al Secretario de Gobierno del municipio de Armenia – recibida el 16 de marzo de 1998- (con copia a Planeación Municipal, recibida en esta entidad el 16 de marzo de 1998), por medio del cual se envió "copia de la Universidad del Quindío, Facultad de Ingeniería, Ref: CONCLUSIONES ESTUDIO DE PATOLOGÍA ESTRUCTURAL "Cuerpo de Bomberos Armenia Q.", donde se nos informa la vulnerabilidad que presenta la Estructura (sic) de nuestra Institución (sic), en caso de sismo. Deseo que ante esta situación se nos tenga en cuenta el Nuevo (sic) Código Sismo Resistente contenido en la Ley 400 de 1997 y el Decreto-Ley 33 de Enero (sic) 09 de 1998 y que entro a regir a partir del 19 de febrero del presente año en todo el país (fl.30 c2).
- 25.14.1 Estudio de vulnerabilidad sísmica y propuesta de solución al problema existente en el edificio del Cuerpo de Bomberos de Armenia⁵, "Proyecto de grado presentado como requisito para optar al título de Ingeniero Civil" por Martha Lucía Álvarez Gómez, Pablo Lozano Barbosa y Julio César Peláez Quintero ante la Facultad de Ingenierías, Ingeniería Civil, de la Universidad del Quindío (dirigida por el ingeniero civil César A. Ángel Isaza), de 1993 (fls.31 a 189 c2).
- 25.15. Oficio número 158-2000, de 20 de junio, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío) (fl.192 c2).
- 25.16. Testimonio rendido por Amanda del Socorro Rojas Duque (fl.205 c2).
- 25.17. Testimonio rendido por María Obdulia Prado de Villa (fls.205 y 206 c2).
- 25.18. Testimonio rendido por Jorge Hernán Jaramillo Jaramillo (fls.207 a 209 c2).
- 25.19. Testimonio rendido por Rodrigo Villegas Jaramillo (fls.209 y 210 c2).
- 25.20. Testimonio rendido por Luis Enrique Hincapié Uribe (fl.211 c2).
- 25.21. Testimonio rendido por Luis Zuluaga Gómez (fls.211 y 212 c2).

⁵ Este documento, según informe secretarial, fueron "compulsadas del proceso ORDINARIO de REPARACION DIRECTA NRO. 0741/99 promovido por el señor HERNANDO GOMEZ FERNANDEZ Y OTROS en contra del MUNICIPIO DE ARMENIA".

25.22. Oficio DATH-1054, de 29 de junio de 2000, del Jefe de División Administración de Personal (E) del municipio de Armenia, con el que se envió “certificación del señor JOSE FABIO HOYOS L en calidad de Bombero (sic) contratista al servicio del Municipio (sic) de Armenia” (fl.4 c3).

25.22.1. Certificación, de 29 de junio de 2000, de la Jefa de la División de Administración de Personal del municipio de Armenia (fl.5 c3).

25.23. Oficio CRE-309, de 29 de junio de 2000, de la Jefe (E) del Departamento para la Prevención y Atención de Desastres (Comité Regional para la Prevención y Atención de Desastres del Quindío) con el que se informó “que revisados los archivos del departamento para la Prevención y Atención de Desastres, no reposan documentos ni oficios relacionados con el estado de la Edificación (sic) de la Sede (sic) del Cuerpo Oficial de Bomberos, que se encontraba ubicada en la Calle (sic) 21 Carrera (sic) 23” (fl.6 c3).

5. Problemas jurídicos.

26 Se puede plantear como problemas jurídicos: a) ¿se produjo un daño antijurídico como consecuencia de los hechos acaecidos el 25 de enero de 1999 en los que falleció José Fabio Hoyos López?; b) ¿cabe imputar fáctica y jurídicamente la responsabilidad, por el daño antijurídico demostrado, a la entidad pública demandada, a la entidad demandada por no haber adoptado las medidas precautorias y de gestión del riesgo, o se configura una eximente de responsabilidad a favor de la misma entidad, teniendo en cuenta el terremoto que tuvo lugar en la fecha mencionada en Armenia y otras ciudades de Colombia?; y, c) ¿si como consecuencia de la imputación anterior cabe reconocer a todos los demandantes los perjuicios morales, y a la esposa e hijos el lucro cesante (consolidad y futuro)?

Debe abordarse, en primer lugar, si se encuentra o no demostrado el daño antijurídico, teniendo en cuenta el estudio coherente, crítico, armónico y conjunto del acervo probatorio.

5. Daño antijurídico.

27 El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁶ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁷; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la

⁶ “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

⁷ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

posesión de una cosa”⁸; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁰; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹¹, o de la cooperación social¹².

28 En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia 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”¹³. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “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

⁸ SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

⁹ “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

¹⁰ “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? (...) el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

¹¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

¹² Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

¹³ 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. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuricidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹⁴.

29 De igual manera, la jurisprudencia 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”¹⁵.

30 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”¹⁶. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁷, anormal¹⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁹.

31 En casos, como el que ocupa la atención de la Sala, se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamada a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece²⁰.

¹⁴ 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. 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.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. 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.

¹⁶ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse 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”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁸ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁰ “(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del

32 La Sala, mediante el análisis de los medios de prueba obrantes en el expediente, considera demostrado el daño antijurídico, el cual se produjo como consecuencia de la muerte de José Fabio Hoyos López ocurrida el 25 de enero de 1999 cuando se encontraba al interior de las instalaciones del Cuartel General del Cuerpo de Bomberos de Armenia. Lo anterior, se deriva del análisis de la copia auténtica del registro civil de defunción de José Fabio Hoyos López en el que se indica: a) su número de serial es el 1450738; b) el registro se sentó el 9 de febrero de 1999 en la Notaría Quinta; c) falleció en Armenia (Quindío) el 25 de enero de 1999, siendo la causa "MUERTE VIOLENTA" (fl.21 c1). Así como de la certificación del Capitán Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Armenia (Quindío), de 9 de febrero de 1999, según la cual el "señor JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, cedulaado bajo el número 7.528.478 de Armenia, laboró en calidad de Bombero línea de fuego como contratista a partir del 14 de octubre de 1998 y hasta el día 25 de enero de 1999 donde perdió la vida en las instalaciones de la Estación Central de Bomberos como consecuencia del terremoto presentado en la ciudad" (fl.23 c1). Lo que, además, se contrasta con lo afirmado en sus testimonios por Amanda del Socorro Duque, María Obdulia Prado de Villa y Jorge Hernán Jaramillo Jaramillo, quienes concuerdan y convergen en el acaecimiento de la muerte de José Fabio Hoyos López el 25 de enero de 1995 al interior de las instalaciones del Cuartel General del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío).

33 La muerte, sin duda alguna, es una carga no soportable ni en cabeza de la víctima José Fabio Hoyos López, ni en la de sus familiares (esposa e hijos), ya que implica la supresión del derecho a la vida, y de lo que se relaciona directa e indirectamente con este derecho, lo que representa intrínsecamente la antijuridicidad que se desprende del daño ocasionado en los hechos ocurridos el 25 de enero de 1999 en la ciudad de Armenia (Quindío).

34 Sin embargo, no siendo suficiente constatar la existencia del daño antijurídico, es necesario realizar el correspondiente juicio de imputación, que permita determinar si cabe atribuirlo fáctica y jurídicamente a las entidades demandadas, 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. Antes de la imputación en el caso concreto, la Sala delimitará los fundamentos de la imputación (en abstracto, para el caso de daños causados a contratistas del Estado), para luego examinar el caso en concreto.

perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirla de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en *VVAA, Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

6. La imputación de la responsabilidad.

6.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

35 Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²¹ de la responsabilidad del Estado²² y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados²³ y de su patrimonio²⁴, sin distinguir su condición, situación e interés²⁵. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos”²⁶. 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 potestad²⁷; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la

²¹ En la jurisprudencia 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.

²² 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 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.

²³ 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. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

²⁴ “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.

²⁵ 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”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile* considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

²⁶ RIVERO, Jean. *Derecho administrativo*. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public français”, en *Revue de Droit Public*, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en *JurisClasseur Publique*, 1954. T.I, V.178.

²⁷ “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.

Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público²⁸.

36 Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado ²⁹ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública³⁰ tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo³¹, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012³² y de 23 de agosto de 2012³³.

37 En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica³⁴, 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 la jurisprudencia constitucional se sostiene, que 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 exigen³⁵”.

²⁸ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

²⁹ “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.

³⁰ 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.

³¹ “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

³² Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

³³ Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

³⁴ “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

38 Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad³⁶, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica³⁷. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”³⁸.

39 En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”³⁹. 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”⁴⁰.

40 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”⁴¹. 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 no⁴². Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ “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/recpe>], pp.6 y 7.

³⁹ “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 condicionadas 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.

⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴¹ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴² JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin

objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños⁴³.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia 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 proporcionalidad⁴⁴ 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 ponderación⁴⁵ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que 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”⁴⁶.

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.

⁴³ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

⁴⁴ “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.

⁴⁵ “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, 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.

⁴⁶ 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,

41 En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “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 protección⁴⁷ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁴⁸. 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”⁴⁹.

1998, p.430.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt.Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

⁴⁹ 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 sociedad¹, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 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 riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil.Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage.Walter de Gruyter.Berlin.New York. 1993.Págs. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...)

42 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 garante⁵⁰.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcarse por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁵¹, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a “una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales”⁵², y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵³.

43 Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁵⁴, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁵⁵, que en muchas ocasiones no se

todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵¹ “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

⁵² MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁵³ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”., ob., cit., p.308.

⁵⁴ Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

⁵⁵ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente

reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera "(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación"⁵⁶.

44 Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo⁵⁷ que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones", ob., cit., p.311.

⁵⁶ "En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado". Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

⁵⁷ "En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente". PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo "(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones", en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

45 Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad⁵⁸), ateniendo a los criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

46 La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que esta por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*”⁵⁹. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño”⁶⁰. Entendida la precaución como principio⁶¹, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico⁶² “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”⁶³. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y técnicos⁶⁴, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impida o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

47 En los anteriores términos, cabe estudiar la responsabilidad extracontractual

⁵⁸ “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

⁵⁹ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

⁶⁰ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

⁶¹ DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

⁶² SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

⁶³ BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.

⁶⁴ Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 *National Farmers Union* y otros; asunto C-180/96 *Reino Unido c. Comisión*; asunto C-236/01 *Monsanto Agricultura Italia*: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

del Estado analizando dos extremos: el régimen de responsabilidad aplicable al Estado cuando se producen daños antijurídicos a contratistas del Estado; y, la realización del juicio de imputación para el caso en concreto.

6.2. La responsabilidad aplicable al Estado cuando se producen daños antijurídicos a contratistas del Estado.

48 En primer lugar, la Sala abordara el alcance del que tiene la vinculación de sujetos privados a la realización y ejecución de funciones administrativas. La Corte Constitucional en la sentencia C-644 de 2011 argumentó:

“3.1.2. La responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas en el Estado social de derecho

En el proceso de construcción del Estado social de derecho, uno de los componentes de gran trascendencia lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, observado no solamente desde la órbita del Estado sino también de los particulares.

La consolidación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, como el entendimiento del papel de los agentes estatales y del cumplimiento de las funciones públicas. De este modo, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la transformación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras⁶⁵, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

El artículo 90 de la Carta contiene la obligación para el Estado de repetir contra el agente suyo por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas.

El concepto de servidor público establecido en la Carta⁶⁶ tiene en este sentido una connotación finalista y no puramente nominal. Recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras finalidades, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor del artículo 209 superior son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

⁶⁵ La puesta en evidencia de los intereses colectivos, dentro de los cuales se incluye la moralidad pública como uno de los derechos a proteger se inscribe igualmente en este sentido.

⁶⁶ "Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

"Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

"La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

De otra parte, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (C. Po. art. 49), la seguridad social (C. Po. art. 48), la educación (C. Po. art. 67), la ciencia y la tecnología (C. Po. art. 71), la protección especial de la personas de la tercera edad (C. Po. art. 46), de los niños (C. Po. art. 44) y de los discapacitados (C. Po. art. 47), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su amparo y desarrollo. Asimismo, debe recordarse que enmarcado dentro del concepto de derecho-deber a la participación (C. Po. arts. 2 y 95), se abren igualmente varias posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas, participando por ejemplo en el control de la gestión pública (C. Po. art. 270), contratando con el Estado para el desarrollo de las diferentes tareas a él encomendadas (C. Po. 150, inciso final), o colaborando en la prestación de servicios antes reservados a la esfera estatal (C. Po. art. 365).

Dentro del marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece además la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Es como el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 superior señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Teniendo presente estos conceptos, la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones administrativas. Así, en la sentencia C-866 de 1999, se expresa, en torno del contenido de los artículos 123, 210 y 365 de la Carta:

“...resulta claro que la asunción de funciones administrativas por los particulares es un fenómeno que, dentro del marco del concepto de Estado que se ha venido consolidando entre nosotros, no resulta extraño, sino que más bien es desarrollo lógico de esta misma noción.

5. Resulta oportuno señalar, que el tema de la asunción de funciones administrativas por parte de los particulares al que se viene haciendo alusión, no debe confundirse con el tema de la privatización de ciertas entidades públicas. En efecto, la privatización es un fenómeno jurídico que consiste en que un patrimonio de naturaleza pública, es enajenado a particulares, de tal manera que se trueca en privado. La privatización comporta un cambio en la titularidad de ese patrimonio, que siendo estatal, pasa a manos de los particulares, y debe aquella responder a políticas que miran por la realización de los principios de eficiencia y eficacia de la función pública y enmarcarse dentro de los criterios del artículo 60 de la Carta.

La atribución de funciones administrativas a particulares hecha por las autoridades, no conlleva, en modo alguno, cambio en la titularidad del patrimonio estatal. Significa simplemente la posibilidad dada a aquellos de participar en la gestión de los asuntos administrativos, en las condiciones y bajo los parámetros señalados por la Constitución, la ley y los reglamentos”.

Del mismo modo la Corte ha señalado que constitucionalmente es posible encauzar la atribución de funciones administrativas a particulares a través de varios supuestos, entre los que pueden enunciarse⁶⁷:

⁶⁷ Ver Sentencia C-543 de 2001

a) La atribución directa por la ley de funciones administrativas a una organización de origen privado. En este supuesto el legislador para cada caso señala las condiciones de ejercicio de la función, lo relativo a los recursos económicos, la necesidad o no de un contrato con la entidad respectiva y el contenido del mismo, su duración, las características y destino de los recursos y bienes que con aquellos se adquirieran al final del contrato, los mecanismos de control específico, etc.

b) La previsión legal, por vía general de autorización a las entidades o autoridades públicas titulares de las funciones administrativas para atribuir a particulares (personas jurídicas o personas naturales, mediante convenio precedido de acto administrativo), el directo ejercicio de aquellas; debe tenerse en cuenta, como lo ha señalado la Corte, que la mencionada atribución tiene como límite “la imposibilidad de vaciar de contenido la competencia de la autoridad que las otorga”⁶⁸.

Ahora bien, como ha señalado esta Corporación, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte por ese hecho en servidores públicos⁶⁹; sin embargo, es apenas evidente que el ejercicio de dichas funciones públicas implica un incremento de los compromisos que estos adquieren con el Estado y con la sociedad. Así, en tanto que titulares de funciones públicas, los particulares a los cuales estas se han asignado asumen las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ello conlleva en materia penal, disciplinaria, fiscal o civil^{70,71}.

49 Los anteriores argumentos se armonizan, a su vez, con la jurisprudencia de la Sección Tercera según la cual “cuando la administración contrata a un tercero para la ejecución de una obra [o actividad] a través de la cual va a prestar el servicio público, es tanto como si aquella la ejecutara directamente, esto es, que debe asumir la responsabilidad derivada de los perjuicios que puedan llegar a ocasionarse con ocasión de los referidos trabajos”⁷², o que con ocasión del despliegue de la actividad el contratista padezca, como ocurre en el caso en concreto donde José Fabio Hoyos Salazar había suscrito un contrato de prestación de servicios para realizar las actividades como bombero y prestar el servicio público⁷³ que se desprende de las mismas.

50 De acuerdo con los fundamentos de la imputación de la responsabilidad y de su concreción en relación con los daños antijurídicos padecidos por contratistas

⁶⁸ Sentencia C-866 de 1999.

⁶⁹ Sentencia C-286 de 1996.

⁷⁰ Sentencia C-563 de 1998.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011.

⁷² Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2005, expediente 14178. Puede verse también: Sección Tercera, sentencias de 28 de noviembre de 2002, expediente 14397; de 25 de junio de 1997, expediente 10504; de 28 de agosto de 1997, expediente 13028.

⁷³ “es preciso señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 322 de 1996 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Bomberos y se dictan otras disposiciones”, la prevención y control de incendios y demás calamidades conexas a cargo de las instituciones bomberiles, es un servicio público esencial a cargo del Estado, a quien le corresponde asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, en forma directa, o por medio de los Cuerpos de Bomberos Voluntarios. Según esta disposición, es obligación de los distritos, municipios y entidades territoriales indígenas la prestación del servicio a través de los Cuerpos de Bomberos Oficiales o mediante la celebración de contratos para tal fin, con los Cuerpos de Bomberos Voluntarios, lo cual tiene ocurrencia, de acuerdo con el artículo 9º ibídem, cuando dichas entidades territoriales no cuenten con sus propios Cuerpos de Bomberos Oficiales, o cuando la cobertura de éstos no sea la adecuada, conforme a los parámetros que fije la Junta Nacional de Bomberos de Colombia”. Sección Primera, sentencia de 26 de marzo de 2009, expediente 2005-03016 AP. Puede verse: Sección Primera, sentencia de 22 de enero de 2009, expediente 2005-03006 AP.

del Estado, la Sala abordará el juicio de imputación en el caso en concreto.

6.3. Imputación de la responsabilidad en el caso en concreto.

51 En el presente caso, la Sala encuentra que los demandantes pretenden que se declare la responsabilidad del municipio de Armenia (Quindío) y se le condene por los perjuicios morales y materiales que fueron ocasionados por la muerte José Fabio Hoyos López ocurrida el 25 de enero de 1999 al interior de las instalaciones del Cuartel General del Cuerpo de Bomberos del municipio de Armenia (Quindío), como consecuencia del colapso de dicha edificación (fecha en la que ocurrió un terremoto en la mencionada ciudad).

52 Probado el daño antijurídico, consistente en la muerte de José Fabio Hoyos López en hechos acaecidos el 25 de enero de 1999, la Sala examina la imputación del mismo a la entidad demandada.

53 La Sala encuentra que para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar, los medios probatorios permiten tener como acreditados los siguientes hechos que constituyéndose en amenazas inminente, irreversibles e irremediables desencadenaron el daño antijurídico que se imputa.

53.1 La víctima José Fabio Hoyos López para la época de los hechos, 25 de enero de 1999, se encontraba ejecutando el contrato de prestación del servicio bomberil, como se sostiene en la certificación del Capitán Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Armenia (Quindío), de 9 de febrero de 1999, según la cual el “señor JOSE FABIO HOYOS LOPEZ, cedula bajo el número 7.528.478 de Armenia, laboró en calidad de Bombero línea de fuego como contratista a partir del 14 de octubre de 1998” (fl.23 c1). Dicho hecho se encuentra contrastado, además, con el certificado de disponibilidad presupuestal (Secretaría de Hacienda, municipio de Armenia) en el que se contenía la erogación por la prestación de servicios como bombero de José Fabio Hoyos “A PARTIR DE LA FECHA DE SU REGISTRO HASTA 31/01/99 Y ASIGNACION MENSUAL DE \$339.000” (fl.24 c1); y, con el “CONTRATO DE PRESTACIÓN SE SERVICIOS SIN FORMALIDADES #086” celebrado entre la Secretaria General de la Alcaldía de Armenia y José Fabio Hoyos L, identificado con la cédula 7.528.478 de Armenia. Así mismo, el presente hecho se respalda con la certificación, de 29 de junio de 2000, de la Jefa de la División de Administración de Personal del municipio de Armenia (fl.5 c3).

Finalmente, este hecho encuentra respaldo también en el testimonio rendido por Jorge Hernán Jaramillo Jaramillo (fls.207 a 209 c2), según el cual:

“(…) PREGUNTADO: Manifieste al despacho si usted conoció al señor JOSÉ FABIO HOYOS y de ser así si él estuvo vinculado como bombero en el CUERPO DE BOMBEROS DE ARMENIA. CONTESTÓ: Sí, efectivamente lo conocí en calidad de bombero. El (sic) era supernumerario o contratista, no recuerdo. No estaba en carrera administrativa”.

53.2 Así mismo, se encuentra demostrado que el 25 de enero de 1999, fecha en la que ocurrió el terremoto que afectó a la ciudad de Armenia (Quindío), José Fabio Hoyos López se encontraba al interior del Cuartel General del Cuerpo de Bomberos de Armenia y falleció como consecuencia del colapso estructural que sufrió la edificación. En ese sentido en la certificación del Capitán Operativo del Cuerpo Oficial de Bomberos de Armenia (Quindío), de 9 de febrero de 1999, según la cual Hoyos López se encontraba en dicho edificio prestando su servicio como bombero “hasta el día 25 de enero de 1999 donde perdió la vida en las

instalaciones de la Estación Central de Bomberos como consecuencia del terremoto presentado en la ciudad” (fl.23 c1). Dicho hecho se encuentra contrastado con el oficio número 158-2000, de 20 de junio, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), por medio del cual se informó de “los bomberos fallecidos y los que se encontraban laborando en la Institución (sic) el día 25 de enero de 1999”, dentro de los cuales se encontraba “FABIO HOYOS” (fl.192 c2). Así mismo, encuentra respaldo en el testimonio rendido por Amanda del Socorro Rojas Duque, quien manifestó:

“(…) PREGUNTADO: Manifieste al despacho si usted conoció al señor JOSÉ FABIO HOYOS LÓPEZ y de ser así, si sabe las circunstancias en que este falleció. CONTESTÓ: Sí. El (sic) trabajaba en bomberos. Ese día estaba en bomberos cuando la tragedia del 25 de enero y murió allá al caerse. A él lo sacaron de bomberos muy mal. Murió casi instantáneamente” (fl.205 c2).

En tanto que, en su testimonio María Obdulia Prado de Villa (fls.205 y 206 c2) afirmó:

“(…) PREGUNTADO: Manifieste al despacho si usted conoció al señor JOSÉ FABIO HOYOS LÓPEZ y de ser así, si sabe las circunstancias en que este falleció. CONTESTÓ: Sí señora. En bomberos. Se cayó eso porque allá estaba el hijo mío también. Se cayó el día del terremoto, hasta la señora que estaba llevando el almuerzo quedó muy aporriada (sic) pero a ella no la mató”.

A su vez, en el testimonio rendido por Jorge Hernán Jaramillo Jaramillo (fls.207 a 209 c2), se aseguró:

“(…) PREGUNTADO: El mencionado señor se encontraba dentro de las instalaciones del CUERPO DE BOMBEROS DEL MUNICIPIO el día del terremoto y de ser así qué lesiones sufrió. CONTESTÓ: Sí, el se encontraba laborando el día del terremoto. Conozco de su fallecimiento, por (sic) consecuencia del colapso estructural”.

53.3 Ahora bien, el hecho según el cual la edificación donde se estaban las instalaciones del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío) se encontraba en situación de riesgo inminente estructural y sísmico tiene como respaldo:

a) El Oficio, de 8 de marzo de 1995, del Secretario de Gobierno Municipal de Armenia (Quindío), dirigido a Luis Zuluaga Gómez (fl.7 c2), según el cual:

“Respondiendo su oficio de fecha febrero 20 de 1995, mediante el cual solicita no se traslade la Estación Central de Bomberos, al respecto me permito manifestarle. 1º La Estación Central de Bomberos está precisamente sobre la falla romerales, siendo de alto riesgo tener equipos y personas de trabajo de emergencia en una zona de alto riesgo (Normas Internacionales sobre Localización –sic- de Estaciones). 2º El estudio técnico – científico realizado durante 3 meses en estructuras (Columnas – sic-, vigas, amarres, etc.) por la facultad de Ingeniería de la Universidad del Quindío, recomiendan (sic) con prioridad inmediata la demolición total de la Estación puesto que no ofrece garantías de ninguna índole para la maquinaria y el personal” (fl.7 c1; subrayado fuera de texto).

b) El Oficio COBA No.001, de 2 de enero de 1998, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), dirigido al Alcalde de Armenia, por medio del cual se ofreció el

“DIAGNOSTICO DE LA SITUACION ACTUAL, NECESIDADES DE LA INSTITUCION Y RECOMENDACIONES”, (fls.8 a 24 c2), del que se extrae:
“(…) PLANTA FISICA. En la actualidad se han hecho (sic) algunas modificaciones debido a la adquisición de las máquinas del Canadá. De igual forma en el mes de Octubre (sic) nuevamente, se le realizó mantenimiento y pintura a las instalaciones del cuartel y se hicieron cambios locativos con el único fin de cumplir en parte con los requisitos en salud ocupacional y Seguridad (sic) Industrial (sic) Se reformó completamente el cielo raso (sic) y se adquirieron varios elementos en diferentes áreas para mejorar el bienestar del bombero (...) NECESIDADES. Se hace necesario abrir nuevas estaciones satélites, con el fin de dar mayor cobertura y mejorar la respuesta, y al interior de la entidad evitar el hacinamiento del personal y vehículos dentro de las instalaciones, para así en el futuro por motivos de riesgo antrópico como terremotos no correr el riesgo de perder todo en esta estructura, esto teniendo en cuenta el análisis técnico (sic)-científico (sic) que hizo la Universidad del Quindío, facultad de Ingeniería, en el año de 1992 a la actual estructura. RECOMENDACIONES. Presentar nuevamente el proyecto ante el Consejo (sic) Municipal, para la ejecución de la nueva estación del sur carreras 18 y 19 con calle 48, asignando los recursos necesarios para su construcción y así en el futuro, crear otra estación satélite teniendo en cuenta los proyectos que existen en el desarrollo urbanístico de la ciudad y los índices de siniestralidad. En cuanto a la planta física actual, sería (sic) importante demoler su ultimo (sic) nivel y así disminuir en algo su vulnerabilidad al colapso” (fls.17 y 18 c2).

c) El Oficio COBA número 113, de 16 de marzo de 1998, del Comandante General (Jorge Hernán Jaramillo J) del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), dirigido al Secretario de Gobierno del municipio de Armenia –recibida el 16 de marzo de 1998- (con copia a Planeación Municipal, recibida en esta entidad el 16 de marzo de 1998), por medio del cual se envió “copia de la Universidad del Quindío, Facultad de Ingeniería, Ref: CONCLUSIONES ESTUDIO DE PATOLOGÍA ESTRUCTURAL “Cuerpo de Bomberos Armenia Q.”, donde se nos informa la vulnerabilidad que presenta la Estructura (sic) de nuestra Institución (sic), en caso de sismo. Deseo que ante esta situación se nos tenga en cuenta el Nuevo (sic) Código Sismo Resistente contenido en la Ley 400 de 1997 y el Decreto-Ley 33 de Enero (sic) 09 de 1998 y que entro a regir a partir del 19 de febrero del presente año en todo el país, sobre el particular (...) Sugiero que se lleve el caso a Consejo de Gobierno, para que se tomen las medidas pertinentes y se tenga en cuenta las necesidades de la Institución (sic), en cobertura y respuesta, ya que en la actualidad son muy deficientes, recomendado (sic) reubicación de la Entidad (sic) en los posible en el Norte (Ciliseo –sic- del Café), y una nueva estación satélite en el Sur (sic) posiblemente en el área de la Villa Olímpica” (fl.30 c2; subrayado fuera de texto).

d) Testimonio rendido por Jorge Hernán Jaramillo Jaramillo (fls.207 a 209 c2).
“(…) PREGUNTADO: El edificio donde estaba ubicado (sic) la unidad de bomberos del municipio de Armenia cumplía con los requisitos de sismo resistencia para la época de los hechos. CONTESTÓ: De acuerdo a mis conocimientos este edificio no cumplía con las normas de sismo resistencia, ley 400, ya que para la época de su construcción dicha ley no existía. PREGUNTADO: Manifieste cuáles eran las condiciones físicas de la sede en donde estaba ubicado el Cuerpo de Bomberos para la época de los hechos. CONTESTÓ: En cuanto a locativo, era aceptable. En lo estructural existía un documento de la facultad de ingeniería de la Universidad del Quindío donde recomendaban tomar medidas de carácter preventivo con el fin de mejorar su capacidad estructural. PREGUNTADO: Sabe exactamente de qué fallas

técnicas adolecía la edificación. CONTESTÓ: No me acuerdo muy bien pero sí conocí el documento y mencionaba aspectos como no cumplir el código de sismo resistencia actual porque para la época no existía, segundo, que era necesario instalar pantallas porque los espacios entre una columna y otra no eran los más aceptables y los materiales de la época no eran los mejores, pues a la fecha existen materiales muy superiores en capacidad de carga estructural. En esa época no existían vibradores especiales para concreto, compactadoras, hieno d (sic) ella misma calidad de hoy día, porque de acuerdo que de eso se hablaba algo. PREGUNTADO: el inmueble en mención presentaba fisuras, humedad y debilitamiento en la construcción. CONTESTÓ: Humedades muy pocas, me (sic) mínima filtración. Con anterioridad se le había hecho mantenimiento tanto en el tercer como en el segundo nivel. En el tercer nivel en la filtración que existía en el tanque de reserva. Y en el segundo nivel se le hizo una reforma a lo que tenía que ver con la filtración de los baños y duchas. Y en el techo se arreglaron las goteras y se colocó el cielo raso nuevo, en icopor. Y con el riesgo de las inundaciones esporádicas por fuertes aguaceros, por obstrucción de la viga canal, y esto se presentaba por el árbol, ceiba, que quedaba al frente y en los huracanes soplaba muy fuerte y las hojas obstruían la canal y se presentaba el fenómeno de la inundación, porque se limpiaba. En cuanto a las fisuras, eran mínimas, en la mampostería, mas (sic) no estructural. En cuanto al debilitamiento, de acuerdo a las normas de construcción de la época, por allá en los años 60, esa era la tecnología que se usaba. No que se nos fuera a venir encima, pero existía el estudio de la Universidad del Quindío. PREGUNTADO: el estudio de la universidad del Quindío qué fallas señalaba exactamente respecto de la edificación y qué medidas se tomaron por parte del municipio. CONTESTÓ: El estudio decía, que las columnas estaban muy separadas unas de otras y que había problemas en algo de compactación y que para la época no existían los materiales como existe hoy en día. En mi comandancia, después de haber conocido el estudio por iniciativa de quien lo solicitó hacerlo, el anterior comandante, FRANCISCO JAVIER OSSA, yo solicité más bien cambiarnos de lugar como forma preventiva, inicialmente, en dos áreas de nuestra jurisdicción: ZONA NORTE, alrededor del Coliseo del Café y zona sur (...) Luego, mediante informes que presentaba a cada alcalde que entraba, yo presentaba (sic) un informe que se llamaba DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL, NECESIDADES DE LA INSTITUCIÓN Y RECOMENDACIONES. Entonces mediante un oficio que dirigí al nuevo alcalde, doctor ÁLVARO PATIÑO PULIDO, el 2 de enero de 1998, envíe el diagnóstico, en lo que tenía que ver con la parte física de la institución, le recomendaba abrir las dos estaciones y en una de las últimas partes, en forma preventiva, buscar la posibilidad de tumbar el último nivel, al tercer piso de la estructura, teniendo en cuenta el estudio técnico científico, patológico, de la Universidad del Quindío. Quiero dejar claro que no era de ingenieros sino de estudiantes de último semestre, como trabajo de tesis. Posteriormente cuando tuve conocimiento por la misma administración de la ley 400, que me llegó a través de la Secretaría de Información y Prensa de la Alcaldía, Miguel Ángel Rojas que me la envió, en el mes de marzo nuevamente recomendé se tomaran acciones en el sentido de la estructura con la nueva ley que daba a partir de esa fecha, tres años para tomar acciones bien en refuerzos estructurales o haciendo nuevas instalaciones, que efectivamente fue lo que buscamos, porque con el apoyo de la Secretaría de Gobierno, doctor Henry González Mesa, presentamos al nuevo PORTE, la apertura de dos estaciones (...) Esa fue la determinación que se tomó: más bien hacerlas nuevas (...) Luego de la pérdida de la estructura solicité tres estaciones, lo que se aprobó en el PORTE de este año. Las dos

iniciales en los mismos predios y una nueva en el occidente del municipio de Armenia (...) Efectivamente es totalmente cierto, porque incluso yo como Comandante de la Estación solicité el apoyo de los demás compañeros para que ese estudio se hiciera. Ese documento fue enviado a varias dependencias del municipio y al Concejo Municipal y no se a dónde más. Todo con el fin de que se me (sic) apoyara como efectivamente sucedió al aprobarse por parte de la administración, inicialmente, y luego del PORTE, la reubicación de la estación” (fls.207 a 209 c2; subrayado fuera de texto).

e) Testimonio rendido por Rodrigo Villegas Jaramillo (fls.209 y 210 c2).

“(…) PREGUNTADO: Manifieste al despacho cuáles eran las condiciones estructurales y demás en que se encontraba el inmueble que le servía de sede al CUERPO DE BOMBEROS DE ARMENIA para la época del terremoto. CONTESTÓ: La sede del CUARTEL DE BOMBEROS DE LA CIUDAD DE ARMENIA la conocí cuando ejercía el cargo de Secretario de Gobierno Municipal y por mis funciones debía estar controlando el cuerpo de bomberos (...) Conocí la sede con detenimiento. Existe un estudio de ingeniería de la Universidad del Quindío donde advierten sobre el grave peligro estructural del edificio. El edificio, cuando usted se encontraba dentro de él, vibraba cuando pasaban vehículos pesados por la calle. Tenía inclinación en los pisos, sobre todo en el segundo y tercero. Se observaba a simple vista fisuras en los muros. PREGUNTADO: Manifieste si en el mencionado inmueble se construyó un tercer piso y si para dicha construcción se hicieron los respectivos estudios técnicos para establecer su conveniencia. CONTESTÓ: Cuando yo conocí la sede ya estaba construido el tercer piso. No podría referirme a estudios previos. Yo lo conocí con tres pisos (...) Efectivamente ese estudio fue analizado en varias ocasiones por la administración municipal. Como resultado de ese análisis se buscó trasladar la sede al sur, a un lote en el sur. Cuando yo salí de allí para la Secretaría de Gobierno Departamental, la administración compró un lote en el sur para trasladar la sede (...) Por favor indique al despacho en qué época ejerció la Secretaría de Gobierno Municipal. CONTESTÓ: En el 94, enero 1, a mayo del 95” (fls.209 y 210 c2; subrayado fuera de texto).

f) Testimonio rendido por Luis Enrique Hincapié Uribe (fl.211 c2).

“(…) PREGUNTADO: Como usted manifestó anteriormente, usted hizo o hace parte del cuerpo de bomberos del municipio de Armenia. Manifieste al despacho sobre el estado físico de la construcción donde se encontraba ubicado el CUARTEL DE BOMBEROS DE LA CIUDAD DE ARMENIA para la época del terremoto. CONTESTÓ: Sí, yo sabía que las instalaciones del CUARTEL DE BOMBEROS DE LA CIUDAD DE ARMENIA estaba ubicado en la carrera 23, haciendo esquina con la calle 21. En el momento del terremoto, con anterioridad al terremoto había tenido muchas dificultades. Entre otras cosas, cada vez que se presentaba un movimiento sísmico de alguna consideración, la mampostería y parte de las columnas se caían. Además de las correspondientes averías por sismos, también tenía problemas con las tuberías de aguas negras. Por alguna razón se empezó a filtrar el agua y hubo necesidad de sacar las tuberías a la vista. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si sabe usted si el tercer piso que se le construyó a la edificación en mención se hizo con las especificaciones técnicas necesarias. CONTESTÓ: Yo me retiré de bomberos en 1969. Hasta ese momento, marzo del 69, había solamente dos niveles. Cuando me reintegré a bomberos en el año de 1978 ya estaba construido el tercer nivel. No se si con las normas a la fecha, que creo que no, porque no se veía ningún reforzamiento de la estructura. PREGUNTADO: A la fecha de la construcción de los dos primeros pisos tuvo usted conocimiento si para la misma, para la construcción, se tuvieron en cuenta los requerimientos

técnicos. CONTESTÓ: *La construcción del cuartel se inició en 1961 y para la fecha considero yo que se ajustaban (sic) a las normas que la época existían en cuanto a construcción de edificios (...) Aunque no pertenecía al cuerpo de bomberos oficial, sí tuve conocimiento de que se hicieron unas excavaciones en el cuartel de bomberos para ubicar el parqueadero de una de las máquinas, la máquina escalera nueva. Esa excavación fue posterior a la construcción, mucho después” (fl.211 c2; subrayado fuera de texto).*

g) *Testimonio rendido por Luis Zuluaga Gómez (fls.211 y 212 c2).*

(...) PREGUNTADO: Manifieste al despacho si usted sabe las condiciones técnicas que se tuvieron en cuenta para efecto de la construcción de la sede del CUARTEL DE BOMBEROS DE LA CIUDAD DE ARMENIA. CONTESTÓ: Sí. Lo poquito que yo conozco: yo estuve el día que pusieron la primera piedra para la construcción y en todo momento se habló de construir dos pisos. Se empezó la construcción aproximadamente en el año 61 y en todo momento se habló de dos pisos (...) PREGUNTADO: Manifieste, si es de su conocimiento, cuáles eran las condiciones físicas del CUARTEL DE BOMBEROS DE LA CIUDAD DE ARMENIA antes del terremoto del 25 de enero. CONTESTÓ: Estaba en regulares condiciones pues se encontraba agrietado por otro temblor y se encontraba con serias averiaduras (sic) y en charla con uno de los oficiales, el capital (sic) GUIZA, me dijo que ya habían oficiado a la Alcaldía y que posiblemente los trasladaban de ahí (...)

PREGUNTADO: En razón del estado de la edificación es de su conocimiento si existió petición de traslado por parte de los mismos miembros de bomberos para otra sede. CONTESTÓ: Pues de eso sí se hablaba en el cuerpo de bomberos, los mismos oficiales, pero que yo conozca personalmente no. Lo que sí fue que yo hice una petición a la Alcaldía con un memorial firmado por los vecinos del sector (...) se lo envié al Secretario de Gobierno de la época, dr. RODRIGO VILLEGAS, para que no fuera traslado (sic) el cuartel de bomberos (...) y el señor RODRIGO VILLEGAS me contestó en un oficio manifestándome que no era posible mi petición, ya que el cuerpo de bomberos se encontraba en malas condiciones y que había que ser (sic) trasladado” (fls.211 y 212 c2; subrayado fuera de texto)

53.4 Examinados los anteriores elementos crítica, conjunta y armónicamente, la Sala encuentra demostrado: a) que la propia Alcaldía de Armenia (Quindío), por medio de su Secretaría de Gobierno, reconoció en marzo de 1995 que la edificación estaba sobre la “falla romerales), por lo que afrontaba un alto riesgo para equipos y personas; b) que examina la situación de la edificación se recomendó su demolición; c) el Comandante del Cuerpo de Bomberos en enero de 1998, un año antes del terremoto, advirtió del riesgo que soportaba el edificación en caso de un evento sísmico; d) así mismo, se recomendó demoler el último nivel del edificio y disminuir la vulnerabilidad al colapso; e) teniendo en cuenta toda la problemática se solicitó, por el Comandante del Cuerpo de Bomberos en marzo de 1998, la reubicación de la estación central del Cuerpo de Bomberos; f) se reconoció que la edificación no cumplía con las normas de resistencia vigentes (ley 400 de 1997 y decreto 33 de 1998 –NSR98), ya que en la época de su diseño y construcción no existía normativa aplicable; g) se recomendaron, además, medidas preventivas para mejorar la capacidad estructural; h) se demostró que la edificación carecía del mantenimiento necesario, en especial el estructural; i) se demostró que además de la tesis de grado realizada por estudiantes de la Universidad del Quindío, no se procuró elaborar o recabar más estudios de la edificación, pese a que la administración municipal y la comandancia del Cuerpo de Bomberos desde 1995 denunciaron las deficiencias, riesgos y vulnerabilidad del edificio en su estructura.

54 La Sala encuentra que este caso debe estudiarse en el marco de la aplicación de la ley 400 de 1997, por la cual se adoptan normas sobre construcciones sismo resistentes, y el decreto 33 de 1998, Reglamento de construcciones sismo resistentes (NSR-98), para poder resolver los cuestionamientos planteados por el apelante, esto es, para poder determinar si a la entidad demandada cabe endilgarle la responsabilidad por falla en el servicio.

55 El primer aspecto a examinar, en el ámbito fáctico de la imputación está relacionado con la eximente de responsabilidad de la fuerza mayor. La Subsección C de la Sección Tercera en la sentencia de 19 de octubre de 2011, argumentó:

“(…) la Sala ha explicado que para que se configure la fuerza mayor, es necesario que se configuren los siguientes elementos:

“En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en 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—.

Por lo demás, si bien la mera dificultad no puede constituirse en verdadera imposibilidad, ello tampoco debe conducir al entendimiento de acuerdo con el cual la imposibilidad siempre debe revestir un carácter sobrehumano; basta con que la misma, de acuerdo con la valoración que de ella efectúe el juez en el caso concreto, aparezca razonable, como lo indica la doctrina:

«La imposibilidad de ejecución debe interpretarse 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»⁷⁴.

En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia"⁷⁵, toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación"⁷⁶, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

⁷⁴ Nota original en la sentencia Citada: ROBERT, André, *Les responsabilites*, Bruselas, 1981, p. 1039, citado por TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de responsabilidad civil, cit., p. 19.

⁷⁵ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, Jurisprudencia y Doctrina, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8.

⁷⁶ Nota original en la sentencia Citada: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, Gaceta Judicial, tomo XLIII, p. 581.

Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de “imprevisto” de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil⁷⁷ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”⁷⁸. La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concurra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento culposo y no al advenimiento del anotado suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, 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 la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo “inimaginable” de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones: (...)

Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado 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 resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración —al menos con efecto liberatorio pleno— de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual 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

⁷⁷ Nota original en la sentencia Citada: Cuyo tenor literal es el siguiente: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

⁷⁸ 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, p. 21.

jurídico de responder la accionada^{79,80}.

En cuanto a la imprevisibilidad, la Sección Tercera en la sentencia de 11 de septiembre de 2003 argumentó:

“La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio. (...)

“De igual manera, en sentencia proferida el 23 de junio de 2000, expediente 5475, manifestó que deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos:

‘1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo’.

(...)

Así las cosas, un hecho es imprevisible cuando, partiendo de la anormalidad en su ocurrencia, su acaecimiento no era probable y, por tanto, se produjo en condiciones de sorpresa y excepcionalidad (...)⁸¹.

En tanto que, respecto a la irresistibilidad la Sección Tercera en la sentencia de 23 de septiembre de 2009 argumentó:

“ (...) Bajo este entendimiento, para que se estructure la fuerza mayor es preciso que, luego de constatar la exterioridad del suceso causante del daño antijurídico, y su imprevisibilidad, se examinen las posibilidades del sujeto para contrarrestar sus efectos, lo cual se advierte al observar que, a pesar de que se adoptaron las medidas pertinentes, y con la diligencia debida, fue inevitable la causación de los efectos, pues están por fuera de su control físico o material (...)

(...)

Cabe advertir en este punto que, la irresistibilidad respecto a los efectos del suceso no se verifica con la existencia de una “dificultad” para contrarrestarlos, por compleja que ésta sea, como quiera que, aunque en este último caso, el sujeto obligado y/o demandado tenga que realizar un esfuerzo máximo para evitarlos, incurriendo, incluso, en altos costos, y en actividades más gravosas, no se trata de aspectos o fenómenos insuperables, y, por ende, no se configurará la fuerza mayor (...)

(...)

Igualmente, hay que tener claridad en cuanto a que, tanto la imprevisibilidad como la irresistibilidad, deben examinarse respecto a los efectos producidos por el suceso o acontecimiento exterior, y no frente al fenómeno como tal. Así, se prescindirá de analizar las condiciones propias de la causa, para

⁷⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530. Reiterada en Consejo de Estado. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 19 de agosto de 2011. Exp: 20.144.

⁸⁰ Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 19 de octubre de 2011, expediente 20135. Así mismo, la Subsección C de la Sección Tercera en su sentencia de 23 de mayo de 2012 con relación a la fuerza mayor tuvo por establecido: “Para efectos de la distinción, y de acuerdo con la doctrina se entiende que la fuerza mayor debe ser: “1) **Exterior**: esto es que ‘está dotado de una fuerza destructora abstracta, cuya realización no es determinada, ni aún indirectamente por la actividad del ofensor’. “2) **Irresistible**: esto es que ocurrido el hecho el ofensor se encuentra en tal situación que no puede actuar sino del modo que lo ha hecho’ “3) **imprevisible**: cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por quien lo alega, era imposible pronosticarlo o predecirlo. “A su vez, el caso fortuito debe ser interior, no porque nazca del fuero interno de la persona, sino porque proviene de la propia estructura de la actividad riesgosa, puede ser desconocido y permanecer oculto, En tales condiciones, según la doctrina se confunde con el riesgo profesional y por tanto no constituye una causa de exención de responsabilidad.” – Negrilla original-“. Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 23 de mayo de 2012, expediente 21269.

⁸¹ Sección Tercera, sentencia de 11 de septiembre de 2003, expediente 14781.

*determinar las de sus consecuencias, que son, en últimas, las que permitirán concluir la constitución de la eximente de responsabilidad*⁸².

55.1 Con lo probado en el proceso, la Sala encuentra que el elemento de la irresistibilidad no se cumple, ya que la entidad demandada no encontraba ante la imposibilidad de adoptar ciertas acciones, medidas o desplegar actividades para atender las condiciones físicas en las que se encontraba el edificio del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío), puesto que desde marzo de 1995 la propia alcaldía tenía conocimiento de las deficiencias, de la vulnerabilidad y del alto riesgo en el que se encontraba dicha instalación para afrontar un evento natural que por irresistible e impredecible como el terremoto ocurrido el 25 de enero de 1995, no es suficiente para eximir de responsabilidad, ya que atendiendo a las precisas circunstancias del caso se pudo precaver o impedir los efectos nocivos que se produjeron, para el caso en concreto la pérdida de la vida de José Fabio Hoyos López, e incluso la administración municipal habría podido (fundada en la ley 400 de 1997 y en el decreto 33 de 1998) haber adoptado la decisión que en 1995 se vislumbró de trasladar la edificación a otro lugar, con lo que se habría minimizado o limitados los efectos nocivos con toda probabilidad.

El anterior argumento debe ser, además, sustentado con la aplicación del principio de razonabilidad de tal manera que del estudio de los medio probatorios se puede concluir que no había una imposibilidad de ejecución por encima de las capacidades funcionales, técnicas y económicas de la entidad demandada (como en su momento lo argumentó en su contestación y alegatos), ni representaba la asunción de obligaciones materialmente imposibles. Por el contrario, se trata de acciones, medidas y actividades que de haber operado bajo criterios precautorios se habrían adoptado progresivamente desde 1995, lo que aleja de toda posibilidad jurídica, razonable y de condición de vida la afirmación según la cual operó una fuerza mayor, porque en el peor de los casos las medidas precautorias, como el traslado de la edificación, habrían estado encaminadas a limitar o minimizar los daños y perjuicios que se produjeron.

55.2 En cuanto a la imprevisibilidad, está demostrado que la entidad demandada desde marzo de 1995, y a en los primeros meses de 1998 tuvo conocimiento desde el interior de sus organismos (Secretaría de Gobierno) y, por la Comandancia del Cuerpo de Bomberos, de vulnerabilidad y alto riesgo que existía y afrontaba la edificación de dicho Cuerpo, por lo que no es cierto que sólo con ocasión del terremoto es que afloraran o aparecieran tales manifestaciones, por lo que lo mínimo, razonable y ponderado exigible a la administración municipal era que hubiese adoptado, aplicado, o si quiera encaminado algunas medidas anticipatorias, como el traslado que sólo viene a consagrarse en el Plan de Ordenamiento Territorial pero no se materializó.

55.3 Con base en el anterior estudio, la Sala debe reprochar la decisión del Tribunal en cuya sentencia de primera instancia no hizo ningún trabajo mínimo de análisis juicioso, sino que se limitó a una aplicación del precedente de otra decisión que por sus fundamentos adolece de la insuficiente motivación de la que debe estar constitucional y convencionalmente provista toda decisión judicial. En ese sentido, la Sala con base en los argumentos que anteceden concluye que no hay lugar a la prosperidad de la excepción de fuerza mayor propuesta por la entidad demandada, de manera que tal que en el presente evento no se opero ninguna afectación en el ámbito fáctico, sino que por el contrario se tiene por establecido que el hecho dañoso y la actividad/inactividad de la entidad

⁸² Sección Tercera, sentencia de 23 de septiembre de 2009, expediente 17251.

demandada están directamente relacionados al haberse demostrado que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar la muerte de José Fabio Hoyos López pudo haberse producido por no haber adoptado las medidas precautorias respectivas al edificio donde se encontraba la estación central del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío).

56 Si lo anterior es así, la Sala debe establecer (en el ámbito jurídico) si el daño antijurídico demostrado es atribuible jurídicamente a la administración municipal demandada. El análisis parte de afirmar, siguiendo la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 (expediente 24392), que para encuadrar la responsabilidad del Estado cabe examinar cualquiera de los criterios de motivación, partiendo de la falla en el servicio.

56.1 ¿Se configuró una falla en el servicio atribuible jurídicamente a la entidad pública demandada? La respuesta de la Sala es afirmativa, y se explica con los siguientes argumentos razonados: a) La administración municipal demandada en cuanto al estado de las edificaciones, en especial aquellas indispensables para la comunidad, estaba sujeta de manera general a lo establecido en el Código de Policía y a la Ley 388 de 1997; b) en cuanto a las condiciones y exigencias de sismo resistencia de las edificaciones, entre ellas las instalaciones del Cuerpo de Bomberos, la administración municipal estaba sujeta a lo consagrado en la ley 400 de 1997 (que entró en vigencia en febrero de 1998, a tenor de lo establecido en el artículo 56). De acuerdo con el artículo 1 de la mencionada ley se fijaron los criterios y requisitos mínimos para el diseño, construcción y supervisión técnica de edificaciones nuevas, así como de aquellas indispensables para la recuperación de la comunidad con posterioridad a la ocurrencia de un sismo, que puedan verse sometidas a fuerzas sísmicas y otras fuerzas impuestas por la naturaleza o el uso, con el fin de que sean capaces de resistirlas, incrementar su resistencia a los efectos que éstas producen, reducir a un mínimo el riesgo de la pérdida de vidas humanas, y defender en lo posible el patrimonio del Estado y de los ciudadanos". A su vez, el artículo 54 de la ley 400 de 1997 consagraba que a "las construcciones existentes cuyo uso las clasifique como edificaciones indispensables y de atención a la comunidad, localizada en zonas de amenaza sísmica alta e intermedia, se les debe evaluar su vulnerabilidad sísmica, de acuerdo con los procedimientos que habrá de incluir el Título A de la reglamentación, en un lapso no mayor de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley"; c) debía, además, la administración municipal responder a las exigencias y requisitos técnicos de sismo resistencia ordenados por el decreto 33 de 1998 (Reglamento de construcciones sismo resistente, NSR-98), que entró en vigencia el 9 de enero de 1998, y en cuyos apartes aplicables al caso fijaba: i) que las construcciones existentes antes de la vigencia de tal Reglamento podían ser objeto de adición, modificación y remodelación en su sistema estructural, o bien podía ser sometidas a un análisis de vulnerabilidad, o a diseñar intervenciones de reforzamiento, a rehabilitación sísmica, o a reparaciones con posterioridad a la ocurrencia de sismos (A.1.2.3.2, A.10.1.2, A.10.1.3); ii) para llevar a cabo tales acciones se debía surtir un procedimiento de evaluación y diseño que comprendía la búsqueda de la información del diseño y construcción original, la evaluación de la estructura existente y la modificación del sistema estructural (A.10.1.4, A.10.7, A.10.8, A.10.9).

57 Se afirma que la entidad demandada incurrió en una falla en el servicio desde dos perspectivas: frente a la situación de amenaza inminente, irreversible e irresistible constituida por el conocimiento de la situación de riesgo en la que se encontraban los miembros del Cuerpo de Bomberos, entre ellos José Fabio Hoyos López, y los equipos, lo cual fue advertido, denunciado e informado en diferentes

oportunidades desde 1995; el estado estructural de la edificación (construida desde los años sesenta) donde estaba el Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío); y, su ubicación en una zona de alto riesgo sísmico (se reconoció por la Secretaría de Gobierno que estaba en el área de la “falla romerales”). Lo anterior, lleva a la Sala a atribuir jurídicamente a la entidad demandada la responsabilidad por la falla en el servicio, consistente en la inactividad⁸³ que se demuestra tuvo la administración municipal de Armenia ante la situación de amenaza en la que se encontraba física y estructuralmente el edificio del Cuerpo de Bomberos, que representó la amenaza para los derechos (a la vida, a la integridad personal, a la seguridad y a la tranquilidad) de los miembros del mismo, especialmente de José Fabio Hoyos López, con lo que se incumplió el mandato constitucional del artículo 2, en concordancia con las normas legales que le permitían y le exigían adoptar medidas precautorias para atender situaciones, que como la presente, admitían la adopción de decisiones propias de la “discrecionalidad táctica” o aquella “expresiva de la especial flexibilidad que requiere la Administración para poder reaccionar adecuadamente ante situaciones inesperadas”⁸⁴. Como medidas precautorias, la administración municipal desatendió la elaboración de estudios técnicos de la vulnerabilidad y riesgos sísmicos que representaba el estado de la edificación, ni siquiera se gestionaron, adelantaron o realizaron una vez entró en vigencia la ley 400 de 1997 y el decreto 33 de 1998, lo refleja el grado de inactividad y la falta de eficacia⁸⁵ de tales normas ante las decisiones no adoptadas por la entidad pública demandada, consumándose sin duda alguna una falla en el servicio no sólo a nivel de la normativa básica, sino en el orden constitucional y el cuanto al modelo al que debe responder toda entidad pública en el Estado Social de Derecho.

58 Ahora bien, desde la perspectiva del daño antijurídico demostrado la responsabilidad es atribuible a la entidad pública demandada ya que se pudo constatar, probatoria y materialmente (conforme al acervo probatorio), que su inactividad ante la situación de alto riesgo sísmico en la que se encontraba la edificación del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío) constituye una infracción a deberes constitucionales (artículo 2) y legales de hacer (ley 400 de 1997 y decreto 33 de 1998). No podía la administración municipal simplemente limitarse a tomar nota, a responder oficios, o a proyectar las decisiones, sino que se demandaba, dadas las circunstancias específicas, su intervención inmediata “para asegurar unas condiciones materiales mínimas en las que pueda hacerse efectivos los valores de libertad e igualdad conquistados por el Estado de

⁸³ “En una buena administración pública, en sentido material u objetivo, la eficacia en la consecución del interés público definido por la ley (o por la Administración, de acuerdo con ella) debe cohererarse con el respeto de los intereses particulares eventualmente afectados y objeto de protección (a veces insuficientemente y no por falta de voluntad), o sacrificio, en los términos legalmente previstos, pero presente por medio de un sistema de garantías que permite evaluar si la Administración resuelve correctamente el conflicto de intereses”. GÓMEZ PUENTE, Marcos, La inactividad de la administración, Aranzadi, Navarra, 1997, p.48.

⁸⁴ “También se ha introducido la expresión “discrecionalidad de gestión”, propia de las decisiones que la Administración ha de adoptar en condiciones de mercado, como las que deben tomar en particular las empresas públicas o de economía mixta. Se trata en todos los casos de expresiones que lo que pretenden es poner de manifiesto la especificidad de determinadas situaciones, de tal modo que sus singularidades sean incorporadas al modelo de racionalidad de toda ponderación administrativa, que, al fin y al cabo, constituye la esencia del ejercicio de la discrecionalidad. Con ellas no se persigue, ni primordial y ni siquiera necesariamente, establecer nuevos parámetros para el control judicial de la actividad administrativa, sino ante todo formular reglas de comportamiento dirigidas a la propia Administración. En su formulación se recurre en mayor medida a reglas de la experiencia y a prácticas operativas consolidadas, tal y como las suele reflejar en los manuales de gestión administrativa, que a dogmas jurídico-procesales”. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, La teoría general del derecho administrativo como sistema, Marcial Pons, INAP, Madrid, 2003, p.225.

⁸⁵ “La eficacia de la actuación administrativa se convierte en condición de la realización de los valores sociales e individuales que propugna el modelo constitucional y que la mala administración pone en entredicho”. GÓMEZ PUENTE, Marcos, La inactividad de la administración, ob., cit., p.55.

Derecho”⁸⁶. Lo que no ocurrió en el caso en concreto, puesto que conocida la situación de riesgo de la edificación desde 1995, no se demostró que los diferentes gobiernos de las administraciones municipales de Armenia hayan tomado medida alguna encaminada a realizar estudios, evaluaciones e informes que soportaran técnicamente la decisión de demoler, reubicar o rehabilitar la misma, como tampoco se atendieron los mandatos positivos de la ley 400 de 1997 y del decreto 33 de 1998, pues ni siquiera se demostró por la entidad pública demandada que se haya realizado el “análisis de vulnerabilidad sísmica”, ni que se haya adelantado alguno de los procedimientos mencionados, para lo que se tuvo un término razonable de un año, se podía contar con medios técnicos (y en caso de no contar con ellos podía acudir al Gobierno Nacional en ejercicio de sus funciones y de los principios de coordinación y colaboración administrativa) y se habría podido determinar unas mínimas condiciones económicas, si ya se había incluido en el Plan de Ordenamiento Territorial la necesidad de reubicar y de emplazar estaciones satélites. Todo esto, sin duda para la Sala, lleva a concretar en el caso en concreto la falla en el servicio de la entidad pública demandada, por inactividad en el cumplimiento de sus deberes positivos precautorios y normativos con los que se hubiera anticipado a la materialización del daño producto de una amenaza inminente, irreversible e irremediable, y que llevó a padecer un daño antijurídico a José Fabio Hoyos López y a sus familiares, el cual será atribuible jurídicamente a la demandada.

59 De acuerdo con los anteriores argumentos, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar declarará la responsabilidad patrimonial de la entidad pública demandada por el daño antijurídico ocasionado a José Fabio Hoyos López.

60 Una vez demostrado el daño antijurídico y establecida la responsabilidad de la entidad pública demandada, la Sala examina ahora la procedencia de la indemnización de los perjuicios reclamados.

7. Perjuicios.

7.1. Perjuicios morales.

61 En la demanda la parte actora reclamó por concepto de perjuicios morales a favor de Beatriz Ariza Zúniga (esposa), Fredy Alexander Hoyos Ariza (hijo), Aura Liseth Hoyos Ariza (hija) y Leonardo Fabio Hoyos Ariza (hijo) el equivalente en moneda legal colombiana a mil (1000) gramos de oro para cada uno.

7.1.1. Reconocimiento de los perjuicios morales.

62 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁸⁷ 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 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

⁸⁶ “Las leyes del Estado social, por tanto, no se basan a sí mismas, como en el Estado liberal, para colmar sus propósitos ordenadores sino que requieren una prolongación formal y material que la actividad administrativa debe procurar”. GÓMEZ PUENTE, Marcos, La inactividad de la administración, ob., cit., p.69.

⁸⁷ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

familiar en que se sustentan”.

63 Sin duda, en los eventos en los que la afectación a las personas es por la muerte, como en el caso concreto de la víctima José Fabio Hoyos López, en los hechos ocurridos el 25 de enero de 1995, no puede reducirse su materialidad a la simple constatación desde la perspectiva ordinaria, sino que cabe comprender su consideración en el marco del respeto al ordenamiento jurídico y a los derechos humanos, intereses y bienes que se vean vulnerados, socavados y lesionados, y se radican en cabeza de los demandantes.

64 La premisa, inicial, para fundamentar esto se radica en la afirmación del principio de la dignidad humana, cuyo despliegue no se agota solamente en la esfera interior, íntima y personal del sujeto, sino que se desdobra a los sentimientos que se producen de aflicción, desesperación, congoja, desasosiego, temor, etc., que afloran cuando se produce la afectación a su lugar de vivienda o habitación. Se trata, por lo tanto, de reconocer por conexidad la íntima relación que en este tipo de eventos se produce entre la esfera moral de cada individuo.

Sostener esto, sin duda alguna, representa el respeto al derecho a la reparación integral consagrada en el artículo 16 de la ley 446 de 1996, y se aproxima a la regla de la *restitutio in integrum*, que se reconoce en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁸⁸.

65 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 la víctima y de sus familiares, para lo que procede la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se presume 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 familia⁸⁹ como espacio

⁸⁸ PINTO, Mónica. “La réparation dans le système interaméricain des droits de l’homme. A propos de l’arrêt Aloeboetoe”, en *Annuaire Français de Droit International*. T.XLII, 1996, pp.733 a 747.

⁸⁹ “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica¹ 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 1992¹ 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

básico de toda sociedad⁹⁰ (el segundo criterio con el que ya cuenta el juez en el

que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o este a falta de descendientes o ascendientes legítimos; “4°. El padre y la madre adoptantes, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1°, 2° y 3°; “5°. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1°, 2°, y 4°; “6°. Los hermanos naturales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores; “7°. 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 3° 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 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.” (Negrillas de la Sala)”. Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008. Exp.18586.

⁹⁰ “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°) 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° 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

momento de reconocer los perjuicios morales tiene que ver con el concepto de familia, que será 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 fundamental⁹¹.

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 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.

⁹¹ “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

66 Ahora bien, respecto de los perjuicios morales en cabeza de los familiares de las víctimas con ocasión de la muerte y lesiones, por ejemplo, el juez contencioso administrativo debe observar que reconocida la existencia de los perjuicios morales teniendo en cuenta que con base en las reglas de la experiencia, se presume que, en las circunstancias en que ocurrió, para sus parientes inmediatos debió implicar 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 familia como espacio básico de toda sociedad⁹². Y se afirma que se trate de parientes cercanos, ya que dicha presunción, al no existir otro medio probatorio en el expediente, reviste sustento jurídico solamente respecto del núcleo familiar vital, esto es, aquel que se comprende dentro del mandato constitucional del artículo 42 de la Carta Política⁹³.

67 Revisadas las pretensiones de la demanda, los registros civiles y las demás pruebas que obran en el expediente, la Sala tiene por demostrado el perjuicio moral en cabeza de los demandantes con ocasión de la muerte de José Fabio Hoyos López con los siguientes medios probatorios: registro civil de nacimiento de Beatriz Ariza Zúñiga, nacida el 17 de octubre de 1948, con indicativo serial número 4369119 (fl.14 c1); registro civil de nacimiento de Leonardo Fabio Hoyos Ariza, nacido el 12 de septiembre de 1980 e hijo de Beatriz Ariza Zúñiga y de José Fabio Hoyos López, con indicativo serial número 4569764 (fl.17 c1); registro civil de nacimiento (expedido por el Notario Tercero del Círculo de Armenia) de Fredy Alexander Hoyos Ariza, nacido el 3 de noviembre de 1981 e hijo de José Fabio Hoyos López y Beatriz Ariza Zúñiga, con indicativo número 6758235 (fl.18 c1); registro civil de nacimiento de Aura Liseth Hoyos Ariza, nacida el 5 de julio de 1987 e hija de José Fabio Hoyos López y Beatriz Ariza Zúñiga, con indicativo serial número 122152218 (fl.19 c1); registro del matrimonio celebrado entre José Fabio Hoyos López y Beatriz Ariza Zúñiga el 8 de diciembre de 1979 (fl.20 c1); registro civil de defunción de José Fabio Hoyos López (fl.21 c1); registro civil de nacimiento (expedido por el Notario Tercero del Círculo de Armenia) de José Fabio Hoyos López, nacido el 4 de abril de 1959 (fl.22 c1).

68 Ahora bien, acreditado el reconocimiento de los perjuicios morales, la Sala debe examinar la tasación y liquidación de los perjuicios para lo que, en principio, sí cabe exigir una mínima carga probatoria a los demandantes que permitan al juez, dentro de su arbitrio judicial, determinar la cuantía a indemnizar.

7.1.2. Motivación para la tasación de los perjuicios morales.

69 La Sección Cuarta del Consejo de Estado en su jurisprudencia consolida la obligación de motivar la tasación y liquidación de los perjuicios morales, al resolver dos acciones de tutelas presentadas contra dos sentencias de la Sub-sección en la que se ponía en cuestión tanto la motivación, como la utilización del test de proporcionalidad. En la sentencia de 11 de octubre de 2012⁹⁴ (expediente 11001 03 15 000 2012 01481 00, Pon. Martha Teresa Briceño de Valencia), se consideró:

mecanismos constitucionales de protección”. Corte Constitucional, sentencia T-572 de 26 de agosto de 2009.

⁹² Sección Tercera, sentencias del 18 de marzo de 2010, expedientes: 32651 y 18569.

⁹³ Con lo que se da continuidad al precedente de la Sala según el cual: “En relación con el perjuicio moral, debe precisarse que la Sala en recientes pronunciamientos ha señalado que éste se presume en los grados de parentesco cercanos, puesto que la familia constituye el eje central de la sociedad en los términos definidos en el artículo 42 de la Carta Política. En tal sentido, el juez no puede desconocer la regla de la experiencia que pone de manifiesto que el núcleo familiar cercano se aflige o acongoja con el daño irrogado a uno de sus miembros”. Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2009, expediente 16727.

⁹⁴ Se demandó por tutela la sentencia de la Sub-sección C (con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa) de 25 de abril de 2012 (Cilia Beatriz Prado Álvarez y otros).

“Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que en el caso sub examine la labor interpretativa realizada por el juez de instancia se encuentra debidamente sustentada y razonada y, en consecuencia, no es susceptible de ser calificada como una vía de hecho como pretenden los actores, por cuanto la decisión de no acceder a condenar a favor de las abuelas demandantes 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes y 40 salarios mínimos a los tíos por concepto de perjuicios morales, se fundamentó en un criterio jurídico admisible a la luz de la interpretación de las normas aplicables al caso concreto” (subrayado fuera de texto).

En cuanto al precedente judicial la sentencia de la Sección Cuarta clara y razonadamente argumenta:

“Recuerda la Sala, que el precedente judicial no puede aplicarse a todos los casos que, en apariencia, tienen identidad de causa y objeto. En el caso concreto, los actores solicitan la aplicación del precedente judicial señalado en la sentencia de 6 de junio de 2012, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso con número de radicado 1998-00878. En dicha decisión, se condenó a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales una suma superior a la ordenada en la providencia objeto de la presente acción de tutela.

Sin embargo, se advierte que no es posible equiparar los efectos de la referida decisión al caso sub lite, en la medida en que la referida sentencia es de fecha posterior a la providencia atacada mediante el ejercicio de la presente acción.

De acuerdo con las anteriores consideraciones, no observa la Sala que en el presente caso la Sección Tercera –Subsección “C”- del Consejo de Estado, haya incurrido en vía de hecho por defecto sustantivo” (subrayado fuera de texto).

Y se agrega, además:

“Ahora bien, los actores argumentan el error procedimental en un presunto cambio de jurisprudencia de la Corporación sin haber agotado el procedimiento establecido para el efecto. No obstante, se advierte que en la **sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de esta Corporación, se sentaron los parámetros que debe tener en consideración el juez administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales. Providencia que en efecto se aplicó al caso sub examine acogiendo criterios, objetivos de valoración probatoria, como lo es el test de proporcionalidad.**

En consecuencia, no es viable por vía de tutela controvertir la referida interpretación llevada a cabo por la Sección Tercera –Subsección “C” del Consejo de Estado, al no ser arbitraria e irrazonable y, por ende, no vulnerar los derechos fundamentales de los actores, por lo que debe negarse la presente acción de tutela” (subrayado y negrilla fuera de texto).

70 En tanto que en la sentencia de 24 de enero de 2013 la Sección Cuarta (expediente 11001 03 15 000 2012 02116 00, Pon. Hugo Fernando Bastidas Bastidas) se argumentó clara y razonadamente respecto al PRECEDENTE JUDICIAL en los siguientes términos que se citan *in extenso*:

“la Sala observa que, en la providencia objeto de tutela, la autoridad judicial

demandada adoptó una metodología denominada “test de proporcionalidad” para la determinación del monto a reconocer a título de indemnización por perjuicios morales.

Previo a adoptar dicha metodología, la autoridad judicial demandada hizo un recuento de la posición que manejaba el Consejo de Estado en materia de tasación de indemnizaciones por perjuicios morales y, razonablemente, concluyó que debían introducirse nuevos elementos para calcularla. Así pues, consideró que ya no era suficiente con acreditar el parentesco y que, por lo tanto, debían analizarse algunas circunstancias adicionales que darían una mejor idea del grado de afectación moral padecido por los demandantes. Esto es, la sentencia objeto de tutela, antes que modificar la regla jurisprudencial vigente para la tasación de la indemnización por perjuicios morales, precisó que era necesario que el juez administrativo tuviera en cuenta la situación particular de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión.

Independientemente de la discusión que ha suscitado el test de proporcionalidad para tasar perjuicios morales, lo cierto es que, a juicio de la Sala, la autoridad judicial demandada no desconoció el precedente del Consejo de Estado. Por el contrario, lo tuvo en cuenta y, como se vio, consideró que era necesario introducir nuevas variables para efectos de limitar la discrecionalidad del juez en la tasación de las indemnizaciones por perjuicios morales. **La razonabilidad y la proporcionalidad son límites admisibles para aplicar la discrecionalidad propia del arbitrio judicial. El arbitrio judicial no es sinónimo de un juez no sometido a reglas, un juez, digamos “libre” y, por ende, proclive a la arbitrariedad. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad sirven a la legitimidad del juez.**

Es menester señalar que la doctrina judicial no puede ser estática y que la labor del juez implica que se introduzcan nuevos conceptos o ideas en el devenir judicial. Lo contrario, conllevaría la petrificación del derecho y la pérdida del dinamismo que este requiere como institución al servicio de una sociedad en constante cambio.

Las mismas razones sirven para que la Sala desestime el cargo de deficiente motivación de la sentencia objeto de tutela, pues lo cierto es que **la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado expuso razonada y fundamentadamente los motivos que la llevaron a disminuir la indemnización por perjuicios morales reconocida a los demandantes.**

En este caso, la simple discrepancia de la parte actora con la sentencia cuestionada por vía de tutela no se traduce en la vulneración de los derechos invocados, pues, se insiste, la autoridad judicial demandada introdujo elementos válidos para efectos de tasar la indemnización por perjuicios morales”.

71 La reciente sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012⁹⁵, 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).

A lo que se agregó, en la misma sentencia de Sala Plena de Sección Tercera, una

⁹⁵ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

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 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” (subrayado fuera de texto).

En la misma línea esta Sub-sección desde junio de 2011 viene afirmando la necesidad de motivar razonadamente la tasación de los perjuicios morales, con fundamento no solamente en la presunción de aflicción derivada de la mera constatación del parentesco, sino considerando de las pruebas allegadas una serie de criterios o referentes objetivos que permitan la cuantificación del perjuicio moral de una manera razonada, proporcional y, especialmente, ponderadamente en consideración a cada caso, y no como una regla en abstracto.

La unificación sostenida en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012 exige, además, que la Sub-sección advierta la necesidad de estudiar, analizar y leer juiciosamente la sentencia de 6 de septiembre de 2001 (expediente 13232-15646), para extraer los argumentos que pueden servir de sustento al sentido correcto de la tasación de los perjuicios morales, en concordancia con la sentencia de 23 de agosto de 2012 (sin olvidar que en la misma, la Sala Plena de la Sección Tercera resolvió un caso en materia de accidente de tránsito):

a) El planteamiento inicial de la Sección Tercera es que demostradas “las relaciones de parentesco cercanas alegadas en la demanda, puede inferirse, aplicando las reglas de la experiencia, que los actores tenían un nexo afectivo importante (...) que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar con la muerte” (subrayado fuera de texto); b) “puede inferirse, igualmente, que la persona más afectada fue su madre, dada la naturaleza de la relación que normalmente se establece entre un hijo y su progenitora” (subrayado fuera de texto); c) luego, bastaría “entonces, las pruebas del parentesco aportadas al proceso, para que esta Sala considerara demostrado, mediante indicios, el daño moral reclamado por los demandantes” (subrayado fuera de texto); d) de acuerdo con la sentencia de 21 de julio de 1922, de la Corte Suprema de Justicia, el quantum indemnizatorio del perjuicio moral cabe “fijarlo, aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que

concluir que derechos de alta importancia quedan desamparados por las leyes civiles, cuandoquiera que su infracción escapa a la acción de las leyes (...)podrá fijar el juez prudencialmente la indemnización que corresponda al ofendido hasta dos mil pesos” (subrayado fuera de texto); e) a su vez, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, en la sentencia de 27 de septiembre de 1974 consideró que “teniendo de presente la desvalorización de la moneda y el fin perseguido en una condena de satisfacción y no de compensación, es por ahora la indicada para mitigar o satisfacer un perjuicio de aquella naturaleza padecido en su mayor intensidad” (subrayado fuera de texto), de tal manera que “cuando el perjuicio pudiera ser de grado inferior, por cualquier causa, como cuando es más lejano el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, debía fijarse una suma prudencialmente menor” (subrayado fuera de texto); f) la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia hasta 2001 argumentó que “las sumas fijadas no tienen el carácter de topes obligatorios para los falladores de las instancias, dado que a los jueces les está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil; constituyen, simplemente, una guía para los jueces inferiores, que deben ceñirse a su prudente juicio, al tasar los perjuicios morales” (subrayado fuera de texto); g) de acuerdo con la Aclaración de Voto de Fernando Hinestrosa a la sentencia del Consejo de Estado de 25 de febrero de 1982: “Conviene pues la afirmación de la discrecionalidad de la jurisdicción contencioso administrativa, igual que la civil, para aceptar la presencia de un daño moral y graduar la magnitud individual de su reparación, con fundamento en el buen sentido y en hechos ciertos sobre las circunstancias de víctimas directa e indirecta de la agresión, derechamente en moneda corriente, muy sobre el caso y su prueba, de donde podrá surgir para examen retrospectivo, una visión estadística, y no a la inversa, sobre tablas arbitrarias en cuanto abstractas, o por cauces de sentimentalismo” (subrayado fuera de texto); h) así mismo, “no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño” (subrayado fuera de texto); i) su “importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria” (subrayado fuera de texto); j) “la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia” (subrayado fuera de texto); k) se “impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad” (subrayado fuera de texto); l) no “se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización” (subrayado fuera de texto); ll) la jurisdicción contencioso administrativa debe sujetarse a lo consagrado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998; y, m) se “afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral” (subrayado fuera de texto).n

72 De los anteriores argumentos no cabe la menor duda que la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 ha venido siendo deformada, de tal manera que en la actualidad sólo interesa citar aquellos apartes

en los que el sustento del arbitrio judicium (arbitrium judicis) aparece descontextualizado de todo el elemento argumentativo completo que utilizó la Sala en dicha providencia, lo que plantea una seria preocupación no sólo frente al respeto del principio de igualdad, sino del debido proceso y del efectivo acceso a la administración de justicia.

73 Cabe resaltar que la sentencia de 6 de septiembre de 2001 establece como obligación del juez contencioso administrativo la necesidad de motivar razonada, proporcional y ponderadamente la tasación de los perjuicios morales, sin fijar límite alguno en cuanto al método a utilizar. En ese sentido, y ya valorada correctamente dicha providencia se puede considerar a) la distinción que hace entre reconocer, tasar y liquidar el perjuicio moral; b) ciertos criterios en los que el juez puede apoyarse al momento de tasar y liquidarlo: reglas de la experiencia; nexo afectivo importante; relación hijo y progenitora; cercanía o lejanía del vínculo de parentesco; circunstancias de las víctimas directas e indirectas frente al padecimiento (por muerte o lesiones); discrecionalidad razonada y fundada en las pruebas allegadas al proceso; debe compararse la situación debatida con otras ya decididas (afirmación jurídicamente correcta del precedente horizontal); analizar los diferentes aspectos que comparativamente determinen cada una de las situaciones, tener en cuenta el “valor real de la indemnización”; y, determinar la intensidad y sufrimiento de gran profundidad “superior a muchos de los pesares imaginables”; c) además, la sentencia de 6 de septiembre de 2001 si bien no fija método o forma de tasar y liquidar el perjuicio moral, señala claramente que “con el fin de garantizar el desarrollo uniforme de la jurisprudencia en este aspecto, esta Corporación establezca pautas que sirvan de referencia a los juzgadores de inferior jerarquía, cuyos fallos, sin embargo, en cuanto tasan la indemnización del perjuicio aludido, sólo podrán ser revisados por la instancia superior dentro del marco de sus competencias” (subrayado fuera de texto), con lo que una alternativa puede ser la metodología del “test de proporcionalidad”, o cualquier otra que se elabore ya sea por cada Sub-sección, o por la Sala Plena de la Sección Tercera.

74 Para la tasación de los perjuicios morales, además, cabe estudiar la más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional que por vía de tutela REVOCÓ varias providencias de la jurisdicción contencioso administrativa, que sustentadas en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001, no cumplieron con las garantías constitucionales al tasar y liquidar los perjuicios morales a los que estaba llamada a pagar la administración pública, fijando sumas sin la razonabilidad, proporcionalidad y ponderación exigible.

De acuerdo con lo argumentado en la sentencia T-351, de 5 de mayo de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca), cabe extraer: siguiendo la sentencia de 6 de septiembre de 2001 de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corte Constitucional considera: a) “el daño moral puede probarse por cualquier medio probatorio”; b) “la prueba solo atañe a la existencia del mismo, pero no permite determinar de manera precisa el monto en que deben reconocerse los perjuicios morales que, por su naturaleza (no puede intercambiarse la aflicción por un valor material) no tienen un carácter indemnizatorio sino compensatorio (en alguna manera intentan recomponer un equilibrio afectado)”; c) para “la tasación del daño, el juez se debe guiar por su prudente arbitrio, pero está obligado a observar, por expreso mandato legal los principios de equidad y reparación integral”; d) el “Consejo de Estado ha decidido establecer las condenas por perjuicios morales en términos de salarios mínimos, considerando que es un parámetro útil en tanto el salario mínimo se fija de acuerdo con el IPC, y de esa forma mantiene un poder adquisitivo constante (o al

menos se acerca a ese ideal). Para la alta Corporación es útil establecer el máximo de 100 smlmv como tope, con el fin de que exista un parámetro que evite el desconocimiento al principio de igualdad. Sin embargo, esa suma no **vincula** de forma absoluta a los jueces quienes, como ya se explicó, deben tomar en cuenta consideraciones de equidad al tasar ese tipo de condenas”; e) “la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”; y, f) lo “que la alta Corporación ha sentado es una presunción (por cierto desvirtuable), de que la muerte de un ser querido causa profunda aflicción y, en consecuencia, procede el pago del monto más alto de perjuicios morales como compensación por la *intensidad* de la aflicción. Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una *grave aflicción*, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.

Ahora bien, en la sentencia T-464 de 9 de junio de 2011 (acción de tutela del ICFES contra el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca, la Corte Constitucional consideró: a) “ante tal valoración, no se haya justificado por qué el incremento de los perjuicios causados se estimó en el máximo que ha definido la jurisprudencia⁹⁶. De hecho, la Sala echa de menos que a pesar de que explícitamente se consideró el daño ocasionado por la muerte de un ser querido, estimándolo como más intenso, no se haya justificado por qué la cuantificación de la frustración por no obtener el título de abogado por tres años iguala tal situación”; b) sin “perjuicio del arbitrio citado, para cuantificar el daño el Tribunal se encontraba obligado a atender los parámetros establecidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado y los criterios adscritos a los conceptos de “reparación integral” y de “equidad” consignados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998. Como se advirtió, la amplitud de la citada disposición, no constituye carta abierta para que se definan cantidades dinerarias arbitrarias. Por el contrario, es absolutamente necesario atender las particularidades del caso y definir, por lo menos, qué aspectos hacen equiparable

⁹⁶ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en fallo del 6 de septiembre de 2001 argumentó lo siguiente: “Considera esta Sala que debe abandonarse el criterio adoptado por ella desde 1978, conforme al cual, para efectos de la indemnización del perjuicio moral, se daba aplicación extensiva a las normas que, al respecto, traía el Código Penal. (...) Se afirma, entonces, la independencia del juez contencioso administrativo para fijar, en cada caso, con sustento en las pruebas del proceso y según su prudente juicio, el valor de la indemnización del perjuicio moral. (...) Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que éste cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales (...) cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción”. (negrilla fuera de texto original).

el caso con la pérdida definitiva de un ser querido”; y, c) “la ausencia de argumentos que expliquen por qué a la acción de reparación directa invocada (...) le es aplicable el monto máximo del perjuicio moral, llevan a que la Sala considere tal determinación como arbitraria y, por tanto, vulneradora de los derechos a la igualdad y al debido proceso” (subrayado fuera de texto).

Finalmente, en la más reciente sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (acción de tutela del ICFES contra las sentencias del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán y el Tribunal Administrativo del Cauca) la Corte Constitucional planteó la siguiente argumentación que debe observar el juez contencioso administrativa, desde la perspectiva de las garantías a la igualdad y al debido proceso: a) de acuerdo con la jurisprudencia “sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación”⁹⁷; b) a su vez, dicha jurisprudencia “da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término ‘discrecionalmente’ a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia”⁹⁸; c) los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “*las condiciones particulares de la víctima*” y (b) tener en cuenta “*la gravedad objetiva de la lesión*”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”⁹⁹; d) “el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995”¹⁰⁰; e) la “jurisprudencia del Consejo de Estado, como se evidencia, ha

⁹⁷ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁹⁸ “En el caso concreto considera la Sala que no hay lugar a condenar a la Nación por los perjuicios morales reclamados por el actor porque las molestias aducidas no alcanzan la connotación de daño moral, entendido este concepto en sentido amplio para abarcar no sólo el dolor moral sino otra serie de perjuicios no afectivos que inciden en el ámbito de la esfera espiritual. No hay duda de que el actor padeció las molestias e incomodidades inherentes al racionamiento de energía y al cambio de la hora legal, pues las mismas fueron sufridas por toda la población, como consecuencia de una medida que hubo necesidad de adoptar con el fin de conjurar una crisis que de prolongarse habría tenido consecuencias muy graves para la economía del país. Sin embargo, tales molestias no alcanzaron a juicio de la Sala y según la prueba que obra en el proceso a producirle al demandante un grave sufrimiento, susceptible de reparación, de la naturaleza de aquel que se padece por la pérdida de un ser querido o el agravio que se infiere al cuerpo o a los sentimientos o a los derechos fundamentales de las personas con una lesión o una injuria, sino tan solo incomodidades menores que si bien afectaron su vida cotidiana no incidieron seriamente en su espiritualidad. El demandante afirma que las limitaciones a que se vio sometido durante las horas de racionamiento le causaron aflicción, frustración, desesperación, desolación. Sin embargo, no demostró haber padecido realmente trastorno emocional significativo durante esa época. Si bien el sufrimiento moral se padece interiormente, son sus manifestaciones externas las que permiten su afirmación. Por lo tanto, no basta con asignar calificativos a los hechos, es necesario demostrar su existencia. En consecuencia, no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado en el caso concreto porque el demandante no acreditó el primer elemento de la reparación cual es el daño”. Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

⁹⁹ Sección Tercera, sentencia de 13 de abril de 2000, expediente 11892.

¹⁰⁰ “Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó. No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en

sostenido que no basta con demostrar algún tipo de dolor o de afectación, se ha indicado que la misma ha de ser *intensa*, no puede ser cualquier tipo de contratiempo¹⁰¹. En tal medida, por ejemplo, demostrar detrimentos patrimoniales, incluso deterioro en la casa de habitación, no implica comprobar la existencia de perjuicios morales¹⁰². Pueden probar también situaciones contextuales del caso, que evidencien los problemas vividos, pero ello no exime a la autoridad de contar con alguna prueba de los perjuicios morales en sí mismos considerados¹⁰³; f) “cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no *ex ante* y de forma general”; y, g) “no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales¹⁰⁴. Como lo ha

cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades. Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]”. Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1995.

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 22 de abril de 2009 (CP Ramiro Saavedra Becerra) [Rad. 05001-23-24-000-1992-00231-01(17000)]. Se dijo al respecto: “a pesar de que los demandantes lograron demostrar la incomodidad que padecieron con ocasión del daño, lo cierto es que ese sentimiento no es de tal envergadura que justifique su reparación. || En efecto, el daño moral es un perjuicio inmaterial que comprende el aspecto interno del individuo, la afección directa a los sentimientos del ser humano, como la congoja, la tristeza, etc., y para que haya lugar a su indemnización, es necesario que la afectación sea intensa, pues no cualquier contratiempo o contrariedad puede ser moralmente compensado, máxime si se tiene en cuenta que el único patrimonio de los demandantes no se destruyó ni se perdió, sino que, por el contrario, los daños generados al inmueble se repararon.”

¹⁰² Consejo de Estado, sentencia de marzo 10 de 2011 (CP Hernán Andrade Rincón) [Rad. 19001-23-31-000-1998-00451-01 (20109)]. Se dijo al respecto lo siguiente: “Para probar el reclamado dolor moral por el deterioro de su casa de habitación, la parte actora pidió del ingeniero Juan José Arias Loaiza, único testigo que se refirió al tema en los siguientes términos: ‘En realidad yo conocía a Reinel como una persona jovial, pero luego cuando me pidió el favor de mirar lo que estaba sucediendo en la casa, lo vi bastante preocupado, una de las niñas me comentó que estaba enfermo que tenía inicios de asma, entonces dijo que iba a buscar una casa donde poderse pasar mientras le solucionaban el problema’ (fl. 48 C. 2). || Como bien puede observarse, de la declaración testimonial antes transcrita no resulta establecido que los demandantes estuviesen pasando por unas circunstancias especiales y fuera de lo común que justifiquen entender que padecían un dolor moral como el reclamado en la demanda, por manera que imperioso resulta para la Sala despachar negativamente su pedimento indemnizatorio por este concepto.”

¹⁰³ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 26 de 2008 (CP Myriam Guerrero Escobar) [Rad. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535)]. La sentencia dijo al respecto: “Como bien puede observarse, los testigos no refieren la ocurrencia de especiales circunstancias que le permitan a la Sala siquiera suponer que la ocupación permanente de una parte de los predios de los accionantes les hubiere ocasionado una aflicción distinta al hecho de saber que no podrían ya ejercer sobre la franja de terreno ocupada los derechos derivados de la propiedad, asunto sobre el cual, por demás, tan solo da cuenta uno de los testigos. || De otra parte, se evidencia que la situación de intranquilidad del señor Valencia y la señora Valencia de Castro, a la cual hacen referencia los testigos, deriva de otra causa distinta a la ocupación de sus predios, pues atañe propiamente a las consecuencias propias de las relaciones de vecindad que no únicamente ellos, sino todos quienes colindan o viven en cercanías a la base militar, pueden eventualmente llegar a soportar, máxime si se tiene en cuenta que el conocimiento que los testigos tiene sobre esos hechos es de oídas, pues proviene de lo que sus vecinos les han comentado; pero los testigos no afirman haber presenciado esos entrenamientos, como tampoco los hostigamientos, ni los maltratos que según dicen les infieren los soldados a los demandantes, como tampoco en el expediente se encuentran pruebas que soporten la ocurrencia de tales hechos. || De allí que la Sala se deba abstener de reconocer la existencia de los perjuicios morales que dicen haber sufrido los demandantes, pero no por la razón que sirvió de fundamento al a quo para negar dicha pretensión, sino porque, como acaba de verse, su existencia no está acreditada en el proceso.”

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección 3ª, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia de marzo 7 de 2002 (CP Jesús María Carrillo Ballesteros) [Rad. 25000-23-26-000-2001-0612-01 (20807)]. La sentencia sostiene al

reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad*, *razonabilidad* y *reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”.

75 Desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la Sala no puede llamarse a lecturas parciales, acomodadas y dirigidas a justificar forzosamente el arbitrio iudicium (arbitrio iudicis), sino a ejercer con plena objetividad la labor de análisis que demanda el respeto por las garantías constitucionales que merecen respeto según la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En ese sentido, considero después de un estudio y análisis objetivo e imparcial de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de 18 de septiembre de 2009 (expediente 20001-3103-005-2005-00406-01, caso de muerte por electrocución), que en sede de la jurisdicción civil ordinaria, la tasación y liquidación de los perjuicios morales atiende a los siguientes criterios: a) la “cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es insalvable e inconmensurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que el sujeto experimenta un menoscabo no retrotraible y el dolor deviene irreversible, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post* sin permitir la absoluta reconstrucción del *status quo ante*” (subrayado fuera de texto); b) de acuerdo con la dilatada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (sentencias de 10 de marzo de 1994; de 5 de mayo de 1999 –expediente 4978-; de 25 de noviembre de 1999 –expediente 3382-; de 13 de diciembre de 2002 –expediente 7692-; y, de 15 de octubre de 2004 –expediente 6199-), “es dable establecer su quantum a través del llamado arbitrium iudicis”, “tarea que, por lo demás, deberá desplegarse teniendo en cuenta que las vivencias internas causadas por el daño, varían de la misma forma como cambia la individualidad espiritual del hombre, de modo que ciertos incidentes que a una determinada persona pueden conllevar hondo sufrimiento, hasta el extremo de ocasionarle severos trastornos emocionales, a otras personas, en cambio, puede afectarlos en menor grado. “Aparte de estos factores de índole interna, dice la Corte, que pertenecen por completo al dominio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo, como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación

respecto lo siguiente: “Tiene establecido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala que la naturaleza de la indemnización del perjuicio moral no es reparadora ni restitutoria, sino compensatoria. En este sentido, asiste razón al apelante cuando afirma que todo el oro del mundo es insuficiente para compensar la pérdida que causa la muerte de un inocente niño. || Y es, precisamente, sobre la anterior premisa que la jurisprudencia ha construido su criterio para la valoración e indemnización del perjuicio, en el que reconoce discrecionalidad al juzgador y apela a su buen juicio, pero que exige del mismo la observancia de principios tales como la equidad y la igualdad, en aras de los cuales, y sin que ello implique desconocer las circunstancias propias de cada caso, al entrar a fijar la indemnización debe concederla en un monto similar al reconocido frente a hechos similares. || Aunque por mandato Constitucional los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, la misma Carta reconoce los criterios auxiliares que para la actividad judicial representan los principios generales del derecho, la equidad, la jurisprudencia y la doctrina. || Bajo este universo, para la Sala es claro que, en tanto no contravengan ni el texto ni el espíritu de la ley, las directrices jurisprudenciales constituyen un importante instrumento para quien administra Justicia, además de brindar seguridad a los asociados sobre las pautas que regirán la resolución de sus conflictos”.

procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada” (subrayado fuera de texto); c) “admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeatur* se remite a la valoración del juez” (subrayado fuera de texto); d) para la valoración del quantum (tasación y liquidación) de los perjuicios morales fija una serie de criterios: “estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador” (subrayado fuera de texto); e) contrario a la regla general que propone la Sala dar continuidad, la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada considera que la valoración del quantum “es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción” (subrayado fuera de texto), esto es, que debe atender a cada caso y no como resultado de la aplicación de reglas generales que si se convierten en “tabla de punto” o, en criterio objetivo encubierto; f) “se consagra el resarcimiento de todos los daños causados, sean patrimoniales, ora extrapatrimoniales, aplicando la equidad que no equivale a arbitrariedad ni permite “valoraciones manifiestamente exorbitantes o, al contrario inicuas y desproporcionadas en relación con los perjuicios sufridos” (subrayado fuera de texto); y, finalmente, g) “en preservación de la integridad del sujeto de derecho, el resarcimiento del daño moral no es un regalo u obsequio gracioso, tiene por causa el quebranto de intereses protegidos por el ordenamiento, debe repararse *in casu* con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa según el ponderado *arbitrio iudicis*, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador” (subrayado fuera de texto).

76 En tanto que estudiada objetiva e imparcialmente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considero relevante destacar los siguientes criterios para la tasación y liquidación de los perjuicios morales: a) “a Corte ha asociado el daño moral con el padecimiento de miedo, sufrimiento, ansiedad¹⁰⁵, humillación, degradación, y la inculcación de sentimientos de inferioridad¹⁰⁶, inseguridad, frustración, e impotencia¹⁰⁷”¹⁰⁸; b) en “Mack Chang v. Guatemala, por ejemplo, la Corte ponderó las graves circunstancias del caso, así

¹⁰⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, en la que se consideró para tasar el perjuicio moral el impactó que causó en la familia la desaparición de la víctima.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake contra Guatemala, sentencia de 22 de enero de 1999, se consideró también la frustración e impotencia como factores a tener en cuenta en la tasación del perjuicio moral, consecuencia de la abstención de las autoridades de investigar los hechos.

¹⁰⁸ ROJAS BAEZ, Julio José. “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”, en [www.corteidh.org.cr/tablas/R22050.pdf].

como el agudo sufrimiento de la víctima y sus familiares”¹⁰⁹; c) en el caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, la Corte consideró que “es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el desconocimiento de lo sucedido a un hijo o hermano, máxime cuando se ve agravado por la impotencia ante la falta de las autoridades estatales de emprender una investigación diligente sobre lo sucedido”¹¹⁰; finalmente, en los caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, y Aleboetoe contra Suriname, la Corte se apoyó en pruebas psicológicas para poder liquidar el perjuicio moral.

Para el caso específico la motivación de la decisión judicial por medio de la que se ordena reconocer, tasar los perjuicios morales puede encontrar sustento en la teoría de la argumentación jurídica entre cuyos postulados se encuentra:

“(…) 1. Toda valoración que el juez realice y que sea relevante para su decisión final del caso debe estar expresamente justificada mediante argumentos”¹¹¹.

2. Estos argumentos han de tener tres propiedades que podemos denominar formales: no deben contener inferencias erróneas, no deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explicitadas, y han de ser pertinentes, es decir, tienen que versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar”¹¹².

3. Estos argumentos debe ser convincentes o, si se quiere utilizar una expresión menos rotunda, han de poder ser juzgados como razonables por cualquier observador imparcial, en el marco de la correspondiente cultura jurídica. Este requisito plantea la necesidad de que, como mínimo, dichos argumentos sean admisibles, y que lo sean por estar anclados en o ser reconducibles a algún valor esencial y definitorio del sistema jurídico propio

¹⁰⁹ “(…) resulta evidente que [la víctima] experimentó dolores corporales y sufrimiento antes de su muerte, lo que se vio agravado por el ambiente de hostigamiento que vivía en esa época”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Mack Chang contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador, sentencia de 1 de marzo de 2005.

¹¹¹ “(…) a la teoría de la argumentación le compete poner de manifiesto que las cosas de los jueces no son ni tan claras ni tan oscuras, que, entre el noble sueño y la pesadilla, en términos de HART, cabe el camino intermedio de una posible racionalidad argumentativa, de un concepto débil, pero no inútil, de racionalidad. Ni es la práctica del derecho conocimiento puro, sin margen para la discrecionalidad judicial, ni es, por necesidad, extrema la discrecionalidad, transmutada en arbitrariedad irremediable. Los jueces deciden porque valoran, pero esas valoraciones son susceptibles de análisis y calificación en términos de su mayor o menor razonabilidad: en términos de la calidad y fuerza de convicción de los argumentos con que en la motivación de las sentencias vengán justificadas”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p.52.

¹¹² “Las teorías de la argumentación jurídica acostumbra a diferenciar la justificación externa y la justificación interna de las decisiones. La justificación externa se refiere a la razonabilidad o aceptabilidad de las premisas, a las razones que amparan la elección de las premisas de las que la decisión se deriva. La justificación interna alude a la corrección de tal derivación, a la validez, lógica en mano, de la inferencia mediante la que de aquellas premisas se saca la resolución a modo de conclusión (...) La decisión final, la que se contiene en el fallo de la sentencia, es el producto lógicamente resultante de una serie de decisiones previas, las decisiones que configuran las premisas, que les dan su contenido. Esas previas decisiones son propiamente tales, lo que quiere decir que encierran la opción entre distintas alternativas posibles. Y por ser, así, decisiones, elecciones que el juez, hace, han de estar justificadas. La justificación externa es justificación de la elección de las premisas. Son las premisas las que sostienen directamente el fallo, pues éste, por así decir, se justifica solo, en cuanto que es o pretende ser mera conclusión inferida con necesidad lógica de esas premisas. Aquí viene ahora a cuento lo que podríamos denominar la regla de exhaustividad de la argumentación, regla argumentativa que se puede enunciar así: toda afirmación relevante para la configuración de una premisa de la decisión final y cuyo contenido no sea perfectamente evidente debe estar basada en razones explícitas, tantas y tan convincentes como sea posible. En otros términos, el razonamiento judicial mostrado en la motivación no debe ser entimemático en nada que no sea evidente, no puede haber premisas o subpremisas ocultas” (subrayado fuera de texto). GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.63.

de un Estado constitucional de derecho¹¹³.

La satisfacción de esas exigencias es condición de que la decisión judicial merezca el calificativo de racional conforme a los parámetros mínimos de la teoría de la argumentación. Con ello se comprueba que la racionalidad argumentativa de una sentencia no depende del contenido del fallo, sino de la adecuada justificación de sus premisas¹¹⁴ (subrayado fuera de texto).

77 La garantía constitucional de acceso a la administración de justicia se concreta, sin lugar a dudas, en la motivación que el juez como representante del Estado debe dar a sus providencias, no sólo como forma de respetar los expresos mandatos constitucionales de los artículos 228 y 230 de la Carta Política, sino como expresión del acceso a la justicia en igualdad para todas las partes (artículo 229 y 29 de la Carta Política), y de respeto a los derechos al debido proceso y a la defensa. En la doctrina más reciente se afirma que la “garantía constitucional de motivación de las sentencias supone que el Estado, partiendo de la prohibición de la autodefensa de los particulares en virtud del principio de reserva de jurisdicción, ofrece a estos a cambio la acción, entendida como invocación de la garantía por parte del Estado de observancia del Derecho¹¹⁵, y ofrece la acción a través del proceso, del processus iudicii, siendo, precisamente ese juicio, el núcleo fundamental que da sentido no sólo al proceso, como magistralmente lo entendió CARNELUTTI en su célebre trabajo <Torniamo al giudizio>¹¹⁶, sino también a la propia garantía de motivación judicial, porque será mediante la motivación de la decisión en la fase de juicio, primero coram proprio iudice y, luego, coram partibus, cuando efectivamente se cumpla con lo estipulado en sede constitucional, haciendo visible en la fundamentación de la resolución esa sujeción que el propio Estado se ha impuesto a su poder soberano a través de la garantía de observancia de su propio Derecho¹¹⁷”

78 Como puede extraerse, la motivación de las decisiones, resoluciones o sentencias judiciales no obedece a un capricho, ni puede quedar reducida a fórmulas mecánicas de redacción con las que simplemente se está incumpliendo

¹¹³ De manera crítica se argumenta: “En su estado actual, la llamada teoría de la argumentación jurídica tiene dos carencias principales. Una, que no ha sido capaz de proporcionar apenas herramientas manejables y suficientemente precisas para el análisis de los argumentos en las sentencias. Falta una buena taxonomía de los argumentos habituales y falta desarrollar las reglas del correcto uso de esos argumentos. Esto parece consecuencia de la deriva que la teoría de la argumentación ha tomado hacia las cuestiones de justicia material y de la síntesis dominante entre teoría de la argumentación y iusmoralismo. Por esa vía acaba importando más el contenido del fallo y el modo en que se discute su justicia o injusticia, su coherencia mayor o menor con los valores morales que se dicen constitucionalizados y que se piensa que son el auténtico sustrato material del derecho que el modo mejor o peor como se argumente la interpretación de la norma aplicable o la valoración de las pruebas. La teoría de la argumentación ha ido abandonando la racionalidad argumentativa para echarse cada vez más en brazos de las viejas doctrinas que opinan que hablar es perder el tiempo cuando no sirve para llegar a la conclusión a la que se tiene que llegar”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., pp.69 y 70.

¹¹⁴ “Podría añadirse un cuarto requisito: que ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo vulneren los contenidos de las normas jurídicas, al menos en lo que tales contenidos sean claros. Esta exigencia se desdobra, a su vez, en dos: a. que los elementos con que el juez compone su razonamiento decisorio no rebasen los límites marcados por las normas procesales; b. que el fallo no contradiga el derecho sustantivo”. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica., ob., cit., p.49.

¹¹⁵ “Muy bien expresa este pensamiento el gran procesalista Piero CALAMANDREI, cuando dice que el individuo, privado por el Estado del poder de hacerse justicia a sí mismo tiene, en contrapartida, la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado, porque al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del Derecho, convierta la obligación en sujeción, entendiéndose así la acción como iure conditio de la jurisdicción. Vid. CALAMANDREI, O., Instituciones de Derecho Procesal Civil, vol.I, trad., esp., SENTÍS MELENDO, S., Buenos Aires, 1962, pp.221 y ss”.

¹¹⁶ Cfr. CARNELUTTI, F., <Torniamo al giudizio>, en RDProc., 1949, pp.165 y ss.

¹¹⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, La motivación de las resoluciones judiciales, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp.138 y 139.

con los mandatos constitucionales señalados al principio, “porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias, implica que, al menos, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias”¹¹⁸.

79 La motivación de las sentencias como limitación y sujeción del Estado “a su propio derecho” no opera solamente en uno de los extremos del proceso, demandante (ciudadano-administrado), sino que puede invocarse en el contencioso administrativo por la administración pública, como demandada. Lo anterior procede en atención a la aplicación del principio de legitimación democrática, cuya articulación con la sumisión del juez a la ley nadie duda¹¹⁹.

80 Así mismo, la motivación de las sentencias debe permitir distinguir entre aquella que es suficiente, y la que es completa. Como en un ocasión se citó al profesor Rafael de Asís por parte de la Sala, cabe hacerlo en esta ocasión, ya que este autor entiende “que el concepto de motivación suficiente se refiere al conjunto de elementos necesariamente presentes en la decisión judicial para que ésta sea válida, mientras que la motivación completa se distinguiría del concepto anterior por referirse ante todo a la corrección de la decisión y no sólo a la validez de la misma. Es decir, al conjunto de elementos que hacen que una decisión válidamente elegida sea también racionalmente correcta”¹²⁰. Desde la perspectiva procesal la “motivación completa alude a una justificación plena de la *facti* como en aquellos otros que integran la *quaestio iuris*. Por el contrario, la motivación suficiente alude a un mínimo de razonamiento justificativo ineludible para que la resolución judicial sea conforme a las funciones propias de la exigencia constitucional y legalmente garantizada de motivación”¹²¹.

En las dos perspectivas, filosófica y procesal, la motivación de las sentencias (de las decisiones judiciales) tiene unos criterios fundamentadores reconocibles: a. cuando se invoca la motivación suficiente se está exigiendo del juez (contencioso administrativo, por ejemplo) que tenga en cuenta en la construcción de su decisión los elementos imprescindibles y necesarios para dotar de validez a la misma; b. cuando se invoca la motivación completa, el juez debe ajustar su decisión a unos mínimos de corrección, y no sólo a la simple validez, que se sustenta en la racionalidad como principio básico; c. la motivación es completa, también, cuando se comprende la justificación de todos los aspectos fácticos y jurídicos integrados en la *litis*; d. finalmente, la motivación será suficiente, también, cuando el juez realiza un razonamiento justificativo, y no simplemente inductivo, presuntivo o especulativo.

81 En la jurisprudencia constitucional la motivación de las sentencias judiciales “tiene sentido no solo por que (sic) la misma es presupuesto de la garantía de la doble instancia, dado que en la práctica, si el juez no expresa suficientemente las razones de su fallo, se privaría a la parte afectada por el mismo, del ejercicio efectivo de los recursos que pueda haber previsto el ordenamiento jurídico, sino también como elemento de legitimación de la actividad jurisdiccional, puesto que

¹¹⁸ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.139.

¹¹⁹ PÉREZ ROYO; Javier. *Curso de derecho constitucional*. 11ª ed, Madrid, 2007, p.760.

¹²⁰ ASIS ROIG, Rafael de. *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson, Madrid, 2005, pp.31-32.

¹²¹ “Estamos, en este último caso, ante un concepto jurídicamente indeterminado, que no responde a ningún apriorismo y su formulación exige analizar cada caso en concreto”. ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.164.

los destinatarios de la misma deben recibir de manera clara el mensaje según el cual la decisión no es el fruto del arbitrio del funcionario judicial sino el producto de la aplicación razonada del derecho a los hechos relevantes y debidamente acreditados en el proceso. De este modo, los jueces deben exponer suficientemente la manera como su decisión se deriva del derecho aplicable y corresponde a una adecuada valoración de los hechos que fueron sometidos a su consideración. Esa exigencia tiene un elemento adicional cuando se trata de decisiones de segunda instancia, pues en tales eventos el juez debe no solo justificar el sentido de su propia providencia, sino mostrar, además, las razones por las cuales, cuando ese sea el caso, se ha revocado la decisión del inferior"¹²² (subrayado fuera de texto).

Dicho sentido, siguiendo a la jurisprudencia constitucional, debe tener en cuenta, además, que en un "estado democrático de derecho, en tanto garantía ciudadana, la obligación de sustentar y motivar de las decisiones judiciales, resulta vital en el ejercicio de la función jurisdiccional. La necesidad de justificar las decisiones judiciales, salvo aquellas en las cuales expresamente la ley ha prescindido de este deber, garantiza que sea la voluntad de la ley y no la del juez la que defina el conflicto jurídico. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales, puede ser vista como un componente que refuerza el contenido mínimo del debido proceso, dado que constituye una barrera a la arbitrariedad judicial y contribuye a garantizar la sujeción del juez al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de la providencia"¹²³ (subrayado fuera de texto). Lo que implica, que la motivación, más allá del debate dicotómico entre suficiente y completa, se exige como garantía de materialidad del ejercicio del debido proceso, "barrera a la arbitrariedad judicial", plena sujeción del juez al ordenamiento jurídico y, ejercicio de un verdadero juicio de razonabilidad en la decisión judicial.

82 De acuerdo con Taruffo la "motivación, nos dice, exige como requisito fundamental una adecuación plena al principio de completitud del discurso justificativo que la desarrolla"¹²⁴, lo que implica que el "principio de completitud de la motivación garantiza que la cognición judicial se ha desarrollado atendiendo a la ineludible exigencia de juzgar conforme a lo alegado por las partes, que delimitan el objeto procesal, atendiendo al viejo brocardo *iudex debet iudicare secundum allegata et probata partium*¹²⁵. Por eso, bien puede compartirse que la exigencia de completitud de la motivación sea regla general, modulándose su validez en cada caso concreto a tenor de la vieja máxima *exceptio firmat regulam in contrario in casibus non exceptis*"¹²⁶.

83 Con fundamento en lo anterior, la motivación (o argumentación) de los perjuicios morales exige que el juez contencioso administrativo pueda distinguir: 1) el reconocimiento de los perjuicios, para cuya motivación cabe sustentarse en la presunción de aflicción cuando se trata de dosificarlos cuando se trata de la muerte o lesión de una persona; o, en la vulneración de los derechos inherentes a los bienes muebles o inmuebles que resulten afectados; 2) la tasación y liquidación de los perjuicios, en cuya motivación puede el juez aplicar diferentes metodología para con fundamento en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y justicia dosificar el "quantum" indemnizatorio.

¹²² Corte Constitucional, sentencia T-249, de 28 de marzo de 2006.

¹²³ Corte Constitucional, sentencia T-302, de 3 de abril de 2008.

¹²⁴ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova, 1975, pp.450 ss.

¹²⁵ FAZZALARI, E. <La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo>, en *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1986, p.433.

¹²⁶ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales.*, ob., cit., p.169.

84 Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, la Sala procede a motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

85 Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala:

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”¹²⁷.

86 Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción (de verse con el fallecimiento de sus familiares; o por la pérdida de bienes muebles o inmuebles). Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) la tasación del “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto, y que no pueden generalizarse aplicando las reglas de la experiencia como si se tratara de variables unívocas y uniformes¹²⁸, sino que debe considerarse las circunstancias de cada caso en concreto, las singularidades de los sujetos, de los grupos familiares y la aplicación de los anteriores criterios. Sin embargo, una vez definidos los criterios o referentes objetivos (como lo señala la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, expediente 23492), cabe determinar el “quantum” indemnizatorio, para lo que cada juez en el ejercicio de su razonado arbitrio puede emplear el método, o metodología, que permita una ponderada dosificación, siendo para este caso precedente la aplicación de la metodología del “test de proporcionalidad”, como expresión de la debida continuidad de las sentencias de Sala Plena de Sección Tercera de 6 de septiembre de 2001 y de 23 de agosto de 2012.

7.1.3. Liquidación de los perjuicios morales empleando el test de proporcionalidad como expresión del arbitrium iudicis.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009, expediente 1995-10351.

¹²⁸ “¿Es posible, o mejor dicho, tiene sentido definir o analizar lo que llamamos <sentimientos> en toda su generalidad? Al fin y al cabo, nunca nos encontramos ante el <sentimiento> ni en nuestra existencia cotidiana ni en las actividades y objetivaciones que se elevan por encima de la vida diaria. Nos vemos confrontados a una diversidad de sentimientos cuyas funciones concretas no parecen tener nada en común. El sentimiento de ser descubierto, de gozar del sol, de hambre, de desprecio por algo o alguien, todos esos sentimientos juegan en mi vida papeles tan distintos que hacen por lo menos dudoso el que tenga derecho metodológicamente a empezar mi análisis antropológico partiendo del <sentimiento general>”. HELLER, Ágnes. Teoría de los sentimientos. 1ª reimp. México, Coyoacán, 2004, p.15.

87 La más reciente sentencia de la Sala Plena de Sección de 23 de agosto de 2012 (expediente 23492), no limitó, ni negó, ni se opuso a que cada juez en ejercicio de su "arbitrium iudicis" determinara el "quantum" indemnizatorio, o liquidara los perjuicios morales empleando un método o metodología como la del "test de proporcionalidad", ya que, se reitera la argumentación de la mencionada providencia de Sala Plena, se "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"¹²⁹ (negrita y subrayado fuera de texto).

88 La premisa inicial que plantea la Sala es que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

89 De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa, ni en tabla de punto al ser aplicable sólo al caso en concreto) la metodología del test de proporcionalidad¹³⁰, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del

¹²⁹ Sección Tercera, sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

¹³⁰ "(...) a pesar de que el principio de proporcionalidad no esté tipificado en ninguna disposición positiva del Derecho administrativo francés, y de que tampoco suela ser mencionado ex profeso en los fundamentos jurídicos de las sentencias, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo aplica de manera implícita con bastante frecuencia (Sobre la aplicación implícita del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo francés, X. Philippe aclara que <el juez francés -administrativo u ordinario- ha preferido siempre esquivar el término (proporcionalidad) y aplicar su contenido o su esencia, recurriendo a nociones cercanas, paráfrasis o sinónimos>. No obstante, este mismo autor sostiene que a partir de la última década del siglo XX se ha comenzado a vislumbrar un cambio de tendencia, por efecto de la influencia sobre los jueces franceses de las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las cuales se hace una alusión explícita y directa al principio de proporcionalidad. Vid. ÍD., <El principio de proporcionalidad en el derecho público francés>). Para tal efecto, el principio de proporcionalidad se integra al control que se surte mediante las técnicas de desvío de poder, calificación jurídica de los hechos, error manifiesto, necesidad del acto y balance entre los costos y los beneficios de las actuaciones del Estado. En el Derecho administrativo italiano, en cambio, este principio ha comenzado a aplicarse por parte de los tribunales como criterio autónomo. No obstante, en ocasiones continúa siendo considerado como un componente de los criterios de razonabilidad, congruencia, adecuación, igualdad y exceso de poder, que se utilizan para evaluar la legalidad de los actos administrativos" (subrayado fuera de texto). BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p.49.

contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad¹³¹, el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, teniendo en cuenta los mínimos criterios objetivos empleados para la tasación (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”¹³²), de tal manera que al indemnizar los perjuicios morales como materialización del derecho a la reparación integral, ésta no sea absoluta, sino ponderadamente se corresponda con la afectación en la esfera moral, atendiendo a las circunstancias de cada caso y a la verificación de los criterios objetivos¹³³, permitiéndose hacer compatible la exigencia de reparar integralmente con la equidad y justicia distributiva exigible¹³⁴, sin que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden¹³⁵ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y

¹³¹ “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

¹³² ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

¹³³ La aplicación de la ponderación como subprincipio de la proporcionalidad ha sido modulada en los siguientes términos: “El primer principio de Derecho Público señala que el Estado tiene derecho a restringir la libertad de los particulares en cuanto sea necesario para poder hacer compatibles la libertad y la seguridad. De esta consideración se desprende el primer principio del Derecho de policía: que sólo para evitar un daño temido con gran peso moral para la sociedad burguesa y sólo bajo la esperanza de alcanzar una ventaja para el Estado entero puede ser restringida la libertad natural de los ciudadanos individuales mediante la ley de policía (...) Los daños que mediante la restricción de la libertad deben ser evitados, deben tener una importancia mucho mayor que la desventaja que la comunidad y los particulares sufren a causa de una restricción semejante”. “Las citas son de las Vorträge über Recht und Staat, pronunciadas por Svarez en 1791, citadas en BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. 3a ed. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, cita 16, p.46.

¹³⁴ Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

¹³⁵ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral (porque así como la “intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”¹³⁶, también cabe afirmarlo del perjuicio moral indemnizable que no puede ser desproporcionado en relación con la afectación que se produce en cada caso y atendiendo a los criterios objetivos) que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y su imputación.

90 La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología para liquidar los perjuicios morales, en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales.

Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”¹³⁷. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza”¹³⁸. De ahí, pues, que las “cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará. La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”¹³⁹.

91 Todo lo cual lleva a concluir, que “el problema no consiste en indagar si la aplicación del principio de proporcionalidad puede sustentarse en argumentaciones que la hagan objetiva, sino, si mediante la aplicación de dicho

¹³⁶ Lo que normativamente se encuentra consagrado en la actual Constitución europea> artículo II.109.3.

¹³⁷ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría.., ob., cit., p.175.

¹³⁸ “El paradigma del Estado constitucional de derecho –o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la <racionalidad formal> y la <racionalidad material> weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente (sic) de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una <racionalidad formal>; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una <racionalidad material> orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social”. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. La ley del más débil. 7ª ed. Madrid, Trotta, 2010, p.22.

¹³⁹ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría.., ob., cit., p.176.

principio puede alcanzarse una mayor racionalidad relativa, en comparación con aquélla que se logra cuando se aplican los criterios alternativos¹⁴⁰ (negrita fuera de texto).

92 Con base en lo anterior, la Sala encuentra que para aproximarse a la liquidación de los perjuicios morales debe sujetarse al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales, las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

93 En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad¹⁴¹ desde la perspectiva del juicio de igualdad¹⁴², y de la

¹⁴⁰ A lo que se encamina afirmativamente el trabajo del profesor BERNAL PULIDO, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador., ob., cit., p.172.

¹⁴¹ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general - como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto. No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene

necesidad ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción¹⁴³, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo establezca, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación¹⁴⁴ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

94 Luego, ante la potencial desproporción que pueda representarse en la liquidación de los perjuicios morales, atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación jurídica y propiciando un ejercicio exagerado de la mera liberalidad del juez, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia¹⁴⁵, procede, dentro del arbitrio judicial y en los términos de la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente motivación y ponderación. En cuanto a esto, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que “el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada¹⁴⁶ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”¹⁴⁷.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala que

que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo” (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁴² Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

¹⁴³ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

¹⁴⁴ “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

¹⁴⁵ LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

¹⁴⁶ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

frente “a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente¹⁴⁸, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas¹⁴⁹, el perjuicio estético causado¹⁵⁰ o el daño a la reputación¹⁵¹. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva. Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro^{152”153}.

95 Ahora bien, en cuanto a la modulación del test de proporcionalidad para la liquidación de los perjuicios morales, la Sala explica que este comprende la consideración de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”¹⁵⁴.

En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, el monto a cuantificar debe ser adecuado para contribuir a compensar, como mínimo (y no a dejar indemne plenamente), adecuadamente el perjuicio que se produce en la víctima y en sus familiares, atendiendo a las circunstancias de cada caso. En cuanto al segundo,

¹⁴⁸ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

¹⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

¹⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

¹⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

¹⁵⁴ La doctrina señala que “la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control”. ARROYO JIMENEZ, Luis. “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

esto es la necesidad, la compensación de los perjuicios morales debe ser consecuente con el objetivo de reparar lo más integralmente posible, pero sin desbordar la razonabilidad de la medida, teniendo en cuenta la inconmensurabilidad y la imposibilidad de encontrar un valor económico que permita dejar plenamente indemne a la víctima y los familiares que padecen un sufrimiento o aflicción ¹⁵⁵. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido (ponderación), con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto¹⁵⁶. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de acuerdo a) con las circunstancias de cada caso (cuando de se trata de muerte: violenta, debida a la actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución, por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de lesiones: de acto violento, debida a actividad médica, en accidente de tránsito, en actividad riesgosa -electrocución por ejemplo-, de infante, de menor de edad, de mujer -cabeza de familia, por ejemplo-, de padre soltero, de persona de la tercera edad, de persona discapacitada, de miembro de una comunidad étnica, de miembro de comunidad LGBT, etc.; cuando se trata de tortura; cuando se trata de desplazamiento forzado: donde cabe tener en cuenta la pertenencia a una comunidad étnica, campesina o de especial protección; cuando se trata de acto sexual; cuando se trata de la privación de la libertad; cuando afecta el honor y la honra; cuando afecta bienes -muebles o inmuebles- fruto de actos violentos, etc.); b) con la consideración según la cual la medida de la compensación debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental, apego, capacidad de discernimiento del dolor (en función de la edad, formación y condiciones personales) y los que se citan en la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 23 de agosto de 2012, amor y solidaridad; c) finalmente, con la exigencia según la cual quien afirma la existencia del perjuicio moral tiene una mínima carga para su cuantificación, ya que de sólo de contarse con la presunción de aflicción como criterio, la determinación de su “quantum”

¹⁵⁵ En la formulación de Alexy, los “subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas. En ellos la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir, se trata del óptimo de Pareto”. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, p.17. Para el caso de la tasación y liquidación de los perjuicios morales se busca impedir que el reconocimiento del derecho a la reparación represente una intervención, o alteración sustantiva del interés general representado en el patrimonio público del que proceden los recursos para cubrir el quantum indemnizatorio que por perjuicios morales deba existir.

¹⁵⁶ La “teoría de la ponderación funciona, por así decirlo, como trasfondo teórico para dar una interpretación jurídica al principio de proporcionalidad que aparece en el derecho positivo”. Así mismo, “debido a que ya no es necesario considerar la ponderación exigida por la prohibición de exceso en el caso individual como una caja negra teórica, metodológica y dogmática, las cargas de argumentación pueden ser adjudicadas de forma más racional y conciente (sic), más exacta y sencilla. La así llamada fórmula de peso permite decir con exactitud casi matemática qué valores asignados deben ser puestos en relación mutua para lograr un resultado determinado. Con ello se puede hacer a un lado de forma considerable el momento aleatorio de la ponderación de bienes”. Finalmente, “la ventaja tal vez más importante de la teoría de la ponderación la encontramos en el hecho de que ella no sitúa a los principios en un nivel elevado de valores, lejano e inalcanzable, sino que los baja de su nivel abstracto (...) para permitirles dar frutos en un proceso racional y argumentativo para y en el caso individual”. JESTAEDT, Mathias. “La teoría de la ponderación: sus fortalezas y debilidades”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord) La ponderación en el derecho. 1ª ed. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, pp.84 a 86.

obedecerá a los mínimos a reconocer en atención a las circunstancias de cada caso y a los mencionados criterios mínimos objetivos que generalmente sean aplicables, teniendo en cuenta, además, como criterios adicionales para ponderar la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada), o la limitación al ejercicio del derecho a la libertad, al honor, o cuando se trata de la pérdida de muebles o inmuebles.

Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios deben obrar en función de la necesaria ponderación¹⁵⁷; y de aquella que proceda cuando la afectación se produce en los derechos a la vida e integridad personal.

96 De los anteriores subprincipios, el que adquiere relevancia es el de “proporcionalidad en sentido estricto”, ya que es en él donde la necesaria ponderación de los perjuicios morales opera para tasarlos y liquidarlos razonable y racionalmente. Pero se advierte, la ponderación se sujetara a un doble nivel: a. a criterios mínimos objetivos, que son de general aplicación; y, b. a la tasación teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto¹⁵⁸.

97 Luego, teniendo en cuenta la argumentación anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral se sujetará no sólo a ésta, sino a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) ponderar la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha, de los derechos

¹⁵⁷ La “ley de ponderación” en términos de Alexy se formula: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”. ALEXY, Robert. “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional., ob., cit., p.18. En términos de la tasación y liquidación de los perjuicios morales la formula a proponer sería: Cuanto mayor sea el grado de intensidad o de padecimientos de la esfera moral de cada familiar, tanto mayor deberá ser el quantum que deberá otorgarse, con base en unos mínimos criterios objetivos.

¹⁵⁸ Cabe advertir, como lo sostiene Carlos Bernal Pulido, en la dimensión ius-filosófico y constitucional de la ponderación: “Es meritorio que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe, sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito normativo, y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios [y mucho menos en la tasación y liquidación de perjuicios que como los morales comprometen esferas subjetivas e inmateriales de los sujetos], tan estrechamente vinculados con las ideologías. Una perfecta objetividad sólo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud qué está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva”. BERNAL PULIDO, Carlos. “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (Coord) El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. 1ª reimp. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2010, pp.56 y 57.

humanos comprometidos y las garantías del derecho internacional humanitario, cuando se produzca dicha vulneración. Excepcionalmente, y como en el presente caso, procede liquidar acumulativamente los perjuicios que respecto a un mismo grupo familiar se padecieron por la muerte y lesiones de uno de sus componentes, o por las lesiones de uno o varios de sus componentes, como forma de comprender en debida forma la liquidación cuando se trata de los padecimientos por varios miembros del grupo familiar.

98 Además de encontrar configurada la presunción de aflicción de los demandantes a partir de los respectivos registros civiles de nacimiento, con los que se prueba el parentesco, la Sala para el caso concreto, dentro del acápite de los hechos probados, logra establecer (prueba testimonial) para la tasación y liquidación de los perjuicios morales causados a las víctimas, que con ocasión de los hechos ocurridos el 25 de enero de 1999, que José Fabio Hoyos López tenía una familia filial estaba conformada por su esposa y tres (3) hijos, y que su hogar. Que las relaciones tanto con su familia filial eran de cercanía, afecto mutuo, pero especialmente con su esposa e hijos (por cuya edad de Aura Liseth y Fredy Alexander fueron sometidos a una aflicción permanente por la ausencia de su padre el resto de sus vidas), con los que tenía un vínculo intenso, incuestionable y expresado en los testimonios, que les produjo falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por la pérdida del padre, esposo, de la cabeza de la familia. Estos criterios objetivos se pueden extraer de la valoración conjunta y crítica de los testimonios de Amanda del Socorro Rojas Duque, según el cual:

“(…) PREGUNTADO: Conoce usted al grupo familiar del mencionado señor y las consecuencias tanto económicas como morales que recayeron sobre el mismo por la muerte de JOSE FABIO HOYOS. CONTESTÓ: Sí, yo conozco el grupo familiar de don Fabio: la esposa que es doña BEATRIZ ARIZA. Ella tiene tres hijos. Ellos tuvieron tres hijos: el mayor tiene 19 años y se llama LEONARDO FABIO. El segundo se llama FREDY ALEXANDER y tiene 18 años. Y tiene una niña que se llama AURA LIZETTE, incluso hoy está cumpliendo trece años. Ellos están viviendo muy mal porque a raíz de la muerte de don Fabio quedaron muy mal económica y moralmente. Incluso ellos están viviendo en un cambuche. A ellos se les cayó la casita” (fl.205 c2).

Así como del testimonio rendido por María Obdulia Prado de Villa (fls.205 y 206 c2), en el que afirmó:

“(…) PREGUNTADO: Conoce usted al grupo familiar del mencionado señor y las consecuencias tanto económicas como morales que recayeron sobre el mismo por la muerte de JOSE FABIO HOYOS. CONTESTÓ: Sí. El grupo está compuesto por los tres hijos y ella. El mayor tiene el mismo nombre del papá. El otro llama FREDY y la niña, AURA ALEXANDRA. Nosotros le decimos Aura. Y la señora. Ellos quedaron muy mal. Lloraron mucho. Como son vecinos, ellos quedaron en la tristeza y fuera de eso se le murió el papá en el terremoto. El quedó por allá debajo. Ella estaba llevándole el almuerzo a don FABIO” (fls.205 y 206 c2).

99 Con base en la anterior motivación y con la prueba valorada, se liquidará por perjuicios morales de la siguiente manera:

Circunstancias del caso y sujetos a indemnizar	Criterios y cuantificación
Se trata de muerte ocurrida por el colapso del edificio del Cuerpo de	a) circunstancias de cada caso; b) “presunción de aflicción” (que no es de

Bomberos de Armenia, el 25 de enero de 1999.	“iure”); c) que las relaciones tanto con su familia filial, como con su hogar eran de cercanía, afecto mutuo, pero especialmente con su esposa e hijos, con los que tenía un vínculo intenso, incuestionable y expresado en los testimonios, que les produjo falta de tranquilidad, desespero, desasosiego por la pérdida del padre, esposo, de la cabeza de la familia; c) que la edad de los menores y la situación del hijo mayor, así como de la esposa refleja la aflicción permanente que padecieron y padecerán por la ausencia de su padre y esposo por el resto de su vida.
Núcleo familiar inmediato (esposo –a-, compañero –a-, hijos, padres)	50 -100 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditados por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)
Otros integrantes de la familia (hermanos, abuelos)	10 - 50 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)
Otros familiares colaterales (primos, sobrinos) y no familiares (cuñados, suegros)	1 - 5 smlmv cuando opera la presunción de aflicción y se tiene acreditado por lo menos uno de los criterios (o se trata de circunstancias en las que se produce violaciones a derechos humanos o al derecho internacional humanitario)

100 La liquidación será con fundamento en los anteriores razonamientos y argumentos, **se determinará su equivalencia en salarios mínimos legales mensuales vigentes**¹⁵⁹, para la época de la presente sentencia. La liquidación quedará de la siguiente manera:

Nombre	Smlmv reconocidos	Equivalente en moneda legal colombiana
Beatriz Ariza Zúñiga (esposa)	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.00</u>
Aura Liseth Hoyos Ariza (hija)	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.00</u>
Fredy Alexander Hoyos Ariza (hijo)	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.00</u>
Leonardo Fabio Hoyos Ariza	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.00</u>

¹⁵⁹ El salario mínimo legal vigente certificado por el DANE para el año de 2013 es de \$589.500.00.

101 Después de reconocidos, tasados y liquidados razonada, ponderada y motivadamente los perjuicios morales, le corresponde a la Sala determinar lo relativo a los perjuicios materiales que por concepto de lucro cesante (consolidado y futuro) fueron reclamados por los actores en la demanda.

7.2. Perjuicios materiales.

102 Ahora bien, respecto de los perjuicios materiales la parte actora solicitó en la demanda se condenara a la entidad pública demandada por concepto de lucro cesante consolidado y futuro (sin discriminar) a favor de Beatriz Ariza Zúñiga la suma de VEINTICUATRO MILLONES TREINTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$24.038.455.00), y a favor de Aura Liseth Hoyos Ariza la suma de DOCE MILLONES SETECIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS TRES PESOS (\$12.711.703.00). Dichos valores se derivan de lo que dejó de devengar José Fabio Hoyos López en dos períodos, consolidado desde la fecha de su muerte (25 de enero de 1999) y hasta la fecha de la sentencia (12 de junio de 2013); y futuro.

103 La Sala al examinar el acervo probatorio conjunta, armónica y críticamente, encuentra demostrado que José Fabio Hoyos López nació el 4 de abril de 1959 y para el 25 de enero de 1999 contaba con una edad de 40 años, 2 meses y 10 días. Hoyos López se casó en 1979 con Beatriz Ariza Zúñiga, unión de la que nacieron Fredy Alexander, Aura Liseth y Leonardo Fabio Hoyos Ariza. Que Beatriz Ariza Zúñiga nació el 17 de octubre de 1948, de modo que para el 25 de enero de 1999 contaba con una edad de 41 años, 8 meses y 22 días. Finalmente, que Aura Liseth Hoyos Ariza nació el 5 de julio de 1987 y para el 25 de enero de 1999 contaba con la edad de **11 años, 6 meses y 20 días**.

103.1 Que José Fabio Hoyos López suscribió el “CONTRATO DE PRESTACIÓN SE SERVICIOS SIN FORMALIDADES #086” celebrado entre la Secretaria General de la Alcaldía de Armenia y José Fabio Hoyos L, identificado con la cédula 7.528.478 de Armenia, y de cuyo contenido se extrae:

“(…) PRIMERA. OBJETO: El objeto del presente contrato consiste en que el contratista se compromete a prestar los servicios como Bombero en el Cuerpo de Bomberos del Municipio de Armenia. SEGUNDA: VALOR Y FORMA DE PAGO: El valor del presente contrato se determinó en la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL PESOS M/L. (\$339.000.00), los cuales se pagarán por quincenas de CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL PESOS M/L (\$169.500.00) cada una, luego de registrado el contrato, prestado el servicio a satisfacción y tramitada la respectiva factura. TERCERA. TÉRMINO: El término del presente contrato se estipuló en UN (1) MES, contado a partir del primero (1º) de Enero (sic) de 1999 (...)” (fls.45 y 46 c1).

103.2 Así mismo, el presente hecho se respalda con la certificación, de 29 de junio de 2000, de la Jefa de la División de Administración de Personal del municipio de Armenia (fl.5 c3), según la cual:

“Que el señor JOSE FABIO HOYOS L., identificado con cédula de ciudadanía No. 7.528.478 expedida en Armenia (Q.), suscribió contrato de prestación de servicios sin formalidades plenas No.086, el cual fue legalizado el 1º de enero de 1999.

Sus cláusulas primera, segunda y tercera fueron las siguientes:

Primera: Objeto: El objeto del presente contrato consiste en que el contratista se compromete a prestar los servicios como Bombero en el Cuerpo de Bomberos del Municipio de Armenia.

Segunda: Valor y forma de pago: El valor del presente contrato se determinó en la suma de TRESCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL PESOS M/L. (\$339.000.00), los cuales se pagarán por quincenas de CIENTO SESENTA Y NUEVE MIL PESOS M/L (\$169.500.00) cada una, luego de registrado el contrato, prestado el servicio a satisfacción y tramitada la respectiva factura.

Tercero: Término: El término del presente contrato se estipuló en UN (1) MES, contado a partir del primero (1º) de Enero (sic) de 1999” (fl.5 c3).

103.3 Además, de acuerdo con el testimonio rendido por Amanda del Socorro Rojas Duque (fl.205 c2): “(...) PREGUNTADO: Sabe usted de donde (sic) provenía los ingresos para el sustento de la familia del señor JOSÉ FABIO HOYOS. CONTESTÓ: Sí, el (sic) trabajaba en bomberos. Con lo que él se ganaba allá veía por la obligación. Y antes de trabajar en bomberos el (sic) trabajaba por ahí en las bombas. PREGUNTADO: Manifieste si ese era el único ingreso que servía a la familia. CONTESTÓ: Sí. Ellos vivían de él nada más” (fl.205 c2). En tanto que, en del testimonio rendido por María Obdulia Prado de Villa (fls.205 y 206 c2) se desprende: “(...) PREGUNTADO: Sabe usted de donde (sic) provenía los ingresos para el sustento de la familia del señor JOSÉ FABIO HOYOS. CONTESTÓ: De él, porque ella o (sic) trabajaba. PREGUNTADO: Manifieste si ese era el único ingreso que servía a la familia. CONTESTÓ: Pues sí. Ahí nadie más trabajaba pues los niños son menores de edad y estaban estudiando. PREGUNTADO: Sabe usted el ingreso obtenido mensualmente por el señor HOYOS y a qué suma llegaba. CONTESTÓ: no, de eso si no le puedo decir” (fls.205 y 206 c2).

104 Advierte la Sala, que no puede tomar como base para liquidar el lucro cesante lo dejado de percibir por el contrato de prestación de servicios suscrito por José Fabio Hoyos López, ya que de acuerdo con la cláusula tercera del mismo se estipuló que su vigencia era de 1 mes, esto es, que iniciaba el 1 de enero de 1999 y finalizaba el 1 de febrero de 1999, por lo que en aras de hacer eficaz y efectivo el derecho a la reparación integral se tomará como salario base de liquidación, al no obrar prueba alguna y conocerse que Hoyos López si realizaba actividad productiva como bombero, el vigente para la fecha de proferirse esta sentencia, es decir, \$589.500, cifra que se aumenta en un 25% por concepto de prestaciones sociales (\$736.875) y se disminuye en otro 25% en razón a los gastos personales que se presumen efectuaría la víctima (\$552.656,25). El monto establecido se dividirá entre Beatriz Ariza Zúñiga (esposa) y Aura Liseth Hoyos Ariza, correspondiéndole a cada una como salario base de liquidación la suma de (\$276.328,12).

105 Lucro cesante consolidado a favor de Beatriz Ariza Zuñiga. Lo primero que procede a liquidar la Sala es el lucro cesante consolidado, que comprende el período desde la fecha de los hechos (25 de enero de 1999) y hasta la fecha en que se profiere la sentencia (12 de junio de 2013), teniendo como fórmula de matemática financiera a aplicar la siguiente:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actual que corresponde para cada una al valor de \$276.328,12.

n: número de meses que comprende el período indemnizable (desde la fecha de

los hechos, 25 de enero de 1999, y hasta la fecha de la sentencia, 12 de junio de 2013), que corresponde a 172,56 meses.

l: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

Lucro cesante consolidado a favor de Beatriz Ariza Zúñiga (esposa):

$$S = \$276.328,12 \frac{(1+0,004867)^{172,56}-1}{0,004867}$$

$$S = \$74.450.478,62$$

Luego, por concepto de lucro cesante consolidado la entidad pública demandada está llamada a indemnizar a favor de Beatriz Ariza Zúñiga la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$74.450.478,62).

106 Lucro cesante consolidado a favor de Aura Liseth Hoyos Ariza. Lo primero que procede a liquidar la Sala es el lucro cesante consolidado, que comprende el período desde la fecha de los hechos (25 de enero de 1999) y hasta la fecha en que se profiere la sentencia (12 de junio de 2013), teniendo como fórmula de matemática financiera a aplicar la siguiente:

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

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actual que corresponde para cada una al valor de \$276.328,12.

n: número de meses que comprende el período indemnizable (desde la fecha de los hechos, 25 de enero de 1999, y hasta que cumpliera la edad de 25 años (autonomía económica), 5 de julio de 2012, que corresponde a 172,56 meses.

l: interés puro o técnico que corresponde a 0,0004867

Lucro cesante consolidado a favor de **Aura Liseth Hoyos Ariza (hija)**:

$$S = \$276.328,12 \frac{(1+0,004867)^{156,33}-1}{0,004867}$$

$$S = \$64.506.793,53$$

Luego, por concepto de lucro cesante consolidado la entidad pública demandada está llamada a indemnizar a favor de Aura Liseth Hoyos Ariza la suma de SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS (\$74.450.478,62).

107 Lucro cesante futuro a favor de Beatriz Ariza Zúñiga. Ahora procede a liquidar la Sala el lucro cesante futuro a favor de la esposa del fallecido, que comprende el período desde la fecha en que se profiere la sentencia (12 de junio de 2013), hasta la edad probable de la esposa (Beatriz Ariza Zúñiga) ya que esta tenía 41 años, 8 meses y 22 días años para la fecha de los hechos, y él tenía 40 años, 2 meses y 10 días, teniendo como fórmula de matemática financiera a aplicar la siguiente:

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

Donde,

n: corresponde al período futuro indemnizable que resulta de restar la expectativa total de vida de la esposa del fallecido (Beatriz Ariza Zúñiga, 448,32 meses) y el

período del lucro cesante consolidado (172,56 meses), lo que arroja como resultado 275,76 meses que será el período del lucro cesante futuro indemnizable.

$$S = \$276.328,12 \frac{(1+0,004867)^{275,76} - 1}{0,004867 (1+0,004867)^{275,76}}$$
$$S = \$41.892.516,23$$

Luego, por concepto de lucro cesante futuro la entidad pública demandada está llamada a indemnizar a favor de Beatriz Ariza Zúñiga la suma de CUARENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS DIECISEIS PESOS CON VEINTITRES CENTAVOS (\$41.892.516,23).

108 Como consecuencia de lo anterior la Sala revocará la sentencia de 21 de febrero de 2001 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, y declarará la responsabilidad de la entidad pública demandada y la condenará al pago de los perjuicios morales y materiales relacionados en la parte motiva de esta sentencia.

8. Condena en costas

109 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

FALLA

PRIMERO. REVOCAR la sentencia apelada por la parte actora de 21 de febrero de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, y en su lugar se procede a fallara de la siguiente manera.

SEGUNDO. DECLARAR que el **MUNICIPIO DE ARMENIA** es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios sufridos por **BEATRIZ ARIZA ZÚÑIGA, FREDY ALEXANDER HOYOS ARIZA, AURA LISETH HOYOS ARIZA** y **LEONARDO FABIO HOYOS ARIZA**, como consecuencia de la muerte de su padre y esposo **JOSÉ FABIO HOYOS LÓPEZ** en hechos ocurridos el 25 de enero de 1999 al colapsar el edificio del Cuerpo de Bomberos de Armenia (Quindío).

TERCERO. CONDENAR al **MUNICIPIO DE ARMENIA** a pagar por concepto de perjuicios morales a favor de los demandantes las sumas en moneda legal colombiana que se establecen en la siguiente tabla:

Nombre	Smlmv reconocidos	Equivalente en moneda legal colombiana
Beatriz Ariza Zúñiga (esposa)	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.oo</u>
Aura Liseth Hoyos Ariza (hija)	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.oo</u>
Fredy Alexander Hoyos Ariza (hijo)	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.oo</u>

Leonardo Fabio Hoyos Ariza	<u>100</u>	<u>\$58.950.000.oo</u>
----------------------------	------------	------------------------

CUARTO. CONDENAR al **MUNICIPIO DE ARMENIA** a pagar por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante (**consolidado y futuro**) a favor de **BEATRIZ ARIZA ZÚÑIGA** la suma de **CIENTO DIECISEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$116.342.994,85)**. Y por lucro cesante **consolidado** a favor de **AURA LISETH HOYOS ARIZA** la suma de **SESENTA Y CUATRO MILLONES QUINIENTOS SEIS MIL SETECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS (\$64.506.793,53)**.

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídase copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias de la parte actora serán entregadas al apoderado que ha venido actuando.

SEXTO. ABSTENERSE de condenar en costas.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Aclaró voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala