

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Es procedente para la solicitud de perjuicios por inmunidad de Cuerpos Diplomáticas en reclamaciones laborales / INMUNIDAD DIPLOMATICA - La acción de reparación directa es procedente para reclamar perjuicios por imposibilidad jurídica de obtener reconocimiento de prestaciones laborales / DAÑO - Pérdida de oportunidad. Procede su reconocimiento en casos de imposibilidad de reclamación laboral por inmunidad de Cuerpo Diplomático / PERDIDA DE OPORTUNIDAD - Procede su reconocimiento en casos de imposibilidad de reclamación laboral por inmunidad de Cuerpo Diplomático

La Sala pone de presente que en el sub judice se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por la parte actora, esto es, la vulneración de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, como consecuencia de la aplicación de la Convención Sobre Relaciones Diplomáticas ratificada por Colombia mediante la Ley 6° de 1972, lo cual le impidió acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a demandar a su empleador –Embajada de la República de Estados Unidos de América en Colombia–, puesto que –según se indicó–, para la fecha de interposición de la demanda la tesis imperante de la Corte Suprema de Justicia no admitía la posibilidad de demandar a dichos Cuerpos Diplomáticos. (...) Debe precisarse que la pretensión respecto del reconocimiento de sus derechos laborales no corresponde al daño material de lucro cesante, sino a la pérdida de oportunidad de haber obtenido ese reconocimiento luego de que un juez ordinario –laboral–, así lo hubiese declarado en sentencia estimatoria de sus pretensiones, daños cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación, en que <<mientras que la primera [se refiere a la pérdida de la oportunidad] constituye una pérdida de ganancia probable –dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no–, el segundo [se refiere al lucro cesante] implica una pérdida de ganancia cierta –se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían–>>. En lo que concierne al daño consistente en la pérdida de oportunidad, esta Sala, en la citada sentencia del 11 de agosto de 2010 expresó lo que la Sala se permite citar en extenso en esta oportunidad (...) a pesar de que no es posible tener certeza acerca de que a través de la demanda laboral ante la jurisdicción ordinaria se hubiere podido, o no, obtener el pago de los derechos laborales que afirma le fueron desconocidos por la Embajada de Estados Unidos en Colombia, para la Sala existe certeza en cuanto a que, existiendo una posibilidad cierta y real en tal sentido, como consecuencia de la imposibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria –laboral–, para reclamar tales derechos, el demandante perdió definitivamente la oportunidad de recibir las sumas de dinero que probablemente hubiere podido recibir. (...) En este caso se reúnen entonces los requisitos necesarios para que se entienda configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad, pues existe certeza en cuanto a que, por efecto de la inmunidad en materia laboral reconocida para la época de la formulación de la demanda, el actor perdió definitivamente la oportunidad de obtener una sentencia estimatoria de sus pretensiones respecto de sus derechos laborales; así mismo, se encuentra demostrado que el señor Santana Linares, se encontraba en una situación potencialmente apta para obtener dicho beneficio, pues había laborado más de cuarenta (40) años al servicio de la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia, de tal manera que contaba con una posibilidad significativa de obtener una sentencia favorable respecto de sus derechos laborales presuntamente vulnerados por esa entidad internacional.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS / LEY 6 DE 1972

NOTA DE RELATORIA: En relación con la pérdida de oportunidad ver providencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18953

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Acción de reparación directa. Reclamaciones de perjuicios por inmunidad diplomática / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Es procedente para reclamación de perjuicios por inmunidad diplomática

En casos (...) en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho de Acceso a la Administración de Justicia ante la imposibilidad de reclamar del directo responsable los perjuicios irrogados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros en el territorio Colombiano, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de reparación directa es la procedente, habida cuenta que lo que se pretende es la obtención de la reparación de un daño -derivado del quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas-, derivado de un hecho del legislador. (...) Sobre el particular, la Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998. declaró responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora como consecuencia de la imposibilidad de acceder a la administración de justicia para demandar la responsabilidad de una embajada acreditada en nuestro país, en virtud de la aludida Convención de Viena. En esa ocasión se afirmó que la actividad legítima de las autoridades estatales, en la suscripción, aprobación y aplicación del tratado, causó un daño antijurídico que quien lo sufrió no estaba en el deber de soportar e impuso la obligación de reparar los perjuicios irrogados; asimismo, se aclaró que el daño que dio origen a la acción de reparación directa no era la muerte del familiar de la parte actora –causada por el agente diplomático– sino el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley que le impidió acceder a la justicia y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales. (...) En época más reciente, (...) la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió un caso similar de una ex empleada de la Embajada de Corea del Sur en Colombia, quien demandó el reconocimiento de sus derechos laborales ante la jurisdicción contenciosa, en aquella ocasión se concluyó que la acción de reparación directa era la vía judicial apropiada para reclamar dichos perjuicios, habida cuenta de que para la fecha de presentación de la demanda la tesis jurisprudencial imperante de la Corte Suprema de Justicia reconocía una absoluta inmunidad de los Cuerpos Diplomáticos acreditados en Colombia. (...) a partir del año de 1998, la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado la posibilidad de demandar directamente la reparación del daño irrogado por algún Cuerpo Diplomático que goce de inmunidad judicial en el territorio colombiano.

FUENTE FORMAL: Al respecto consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998; y la sentencia del 24 de abril de 2013, exp. 27720

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998

CADUCIDAD - Acción de reparación directa. Cómputo del término en casos de responsabilidad por inmunidad diplomática / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Cómputo del término en casos de responsabilidad por inmunidad diplomática / CADUCIDAD - Aplicación del principio pro actione

Para casos como el presente, en los cuales se discute la responsabilidad del Estado con ocasión de la imposibilidad de acudir ante las autoridades jurisdiccionales para reclamar del directo responsable -Embajada extranjera-, la reparación de un daño, la Sala ha entendido que el término de caducidad debe empezar su cómputo desde el día siguiente a aquél en que el directo afectado tuvo conocimiento acerca de dicha imposibilidad jurídica. (...) comoquiera que no obra elemento de convicción que permita inferir que el demandante pudo haber tenido conocimiento de dicha imposibilidad de acudir ante la jurisdicción laboral con anterioridad al 6 de febrero de 2001, día en que la Embajada de Estados Unidos contestó desfavorablemente la petición elevada por el hoy demandante sobre sus derechos pensionales, la Sala, en aplicación del principio pro actione, tendrá en cuenta esa fecha para el inicio del cómputo del término de caducidad de la presente acción indemnizatoria y, comoquiera que la presente acción se presentó el 30 de noviembre de 2001, se impone concluir que la misma se interpuso oportunamente, esto es dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en este aspecto.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 136

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Acción de reparación directa. Daño especial como título de imputación ante reclamación de perjuicios por inmunidad diplomática / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daño especial como título de imputación ante reclamación de perjuicios por inmunidad diplomática / DAÑO ESPECIAL - Título de imputación. Responsabilidad del Estado por inmunidad de Cuerpos Diplomáticos en reclamaciones laborales / DAÑO ESPECIAL - Inmunidad diplomática. Desequilibrio de las cargas públicas ante la ley que impidió acceder a la justicia y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en igualdad de condiciones

En tratándose de daños causados por embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, la responsabilidad del Estado se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, en el caso concreto la aprobación y ratificación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada mediante Ley 6° de 1972), que estipula la inmunidad de jurisdicción para aquellos cuerpos diplomáticos que pueden causar daños a las personas residentes en el territorio Colombiano, lo cual quebrantaba la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / CONVENCION DE VIENA SOBRE RELACIONES DIPLOMATICAS / LEY 6 DE 1972

NOTA DE RELATORIA: Sobre el particular, ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998

INMUNIDAD DIPLOMATICA - Evolución jurisprudencial, primera etapa. Corte Suprema de Justicia reconocía inmunidad absoluta de Cuerpos Diplomáticos aún en reclamaciones laborales

En época más reciente, (...) la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió un caso similar de una ex empleada de la Embajada de Corea del Sur en Colombia, quien demandó el reconocimiento de sus derechos laborales ante la jurisdicción contenciosa, en aquella ocasión se concluyó que la acción de reparación directa era la vía judicial apropiada para reclamar dichos perjuicios, habida cuenta de que para la fecha de presentación de la demanda la tesis jurisprudencial imperante de la Corte Suprema de Justicia reconocía una absoluta inmunidad de los Cuerpos Diplomáticos acreditados en Colombia.

INMUNIDAD DIPLOMATICA - Evolución jurisprudencial, segunda etapa. En esta etapa actual la Corte Suprema de Justicia admite acciones de reclamaciones laborales respecto de Cuerpos Diplomáticos

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 2 de septiembre de 2008, consolidó definitivamente su posición jurisprudencial respecto de aceptar que las embajadas de Estados extranjeros puedan ser susceptibles de ser demandadas y sometidas a los tribunales nacionales en materia laboral.

NOTA DE RELATORIA: En relación con esta situación ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia de 2 de septiembre de 2008, exp. 32096

CORTE CONSTITUCIONAL - Procedencia de vinculación de Cuerpos Diplomáticos en procesos judiciales laborales / CORTE CONSTITUCIONAL - Agentes diplomáticos de las misiones o delegaciones acreditadas en un país extranjero no gozan de inmunidad de jurisdicción laboral

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sede de revisión ha considerado que los agentes diplomáticos de las misiones o delegaciones acreditadas en un país extranjero no gozan de inmunidad de jurisdicción laboral y en ese sentido ha vinculado a embajadas acreditadas en Colombia a trámites jurisdiccionales de carácter ordinario laboral.

NOTA DE RELATORIA: En esta materia ver: Corte Constitucional, Sentencias T 932 de 2010; T 180 de 2012 y T 633 de 2009

ESTADO - Tiene carácter unitario / NACION - Su representación recae en las diferentes Ramas, órganos y entidades estatales

Vale destacar el carácter unitario del Estado, no así el de su representación, pues ésta bien puede recaer en las distintas ramas del poder público; en los órganos de control y aun en diferentes entes que dotados de personería jurídica se vinculan a los procesos de responsabilidad con miras a que, una vez declarada la responsabilidad por el hecho dañoso causado, respondan con su patrimonio por los perjuicios causados. Lo anterior en virtud de la múltiple representación de la Nación varía de acuerdo con la naturaleza de la actuación demandada, sin que ello permita desconocer la unidad nacional, independientemente del ente que concurra al proceso a representarla.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Legitimación en la causa por pasiva. El Ministerio de Relaciones Exteriores es susceptible de ser convocado en procesos de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado por

inmunidad diplomática / INMUNIDAD DIPLOMATICA - Ministerio de Relaciones Exteriores es susceptible de ser convocado en reclamaciones judiciales por aplicación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Responsabilidad por inmunidad diplomática. Legitimación en la causa por pasiva corresponde al Ministerio de Relaciones Exteriores / LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - En casos de responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado por inmunidad diplomática es susceptible de ser convocado el Ministerio de Relaciones Exteriores

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores- para ser susceptible de reclamaciones judiciales en este tipo de casos, esta Corporación ha discurrido de la siguiente forma: (...) es La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, demandado por la actora, el responsable de los daños que le fueron ocasionados, en virtud de la inmunidad de jurisdicción acogida por el Estado colombiano, por la suscripción de la Convención de Viena de 1961, para preservar la soberanía de otros Estados en su territorio, como lo prevé las reglas del derecho internacional, legitimación que bien podría haber recaído, a prevención, en el Congreso de la República, en cuanto la intervención conjunta en punto a la suscripción de tratados y convenios internacionales". (...) En este orden de ideas, la Sala confirmará lo resuelto por el *a quo*, en el sentido de tener a la Nación, representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores como sujeto pasivo de la demanda de reparación directa instaurada por el señor Jorge Eliécer Santana Linares.

NOTA DE RELATORIA: En esta materia, ver la decisión del 28 de septiembre de 2012, exp. 24630

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., nueve (9) de octubre de dos mil trece (2013).

Radicación número: 25000-23-26-000-2001-02817-01(30286)

Actor: JORGE ELIECER SANTANA LINARES

Demandado: NACION - MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y OTROS

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de diciembre de 2004 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, mediante la cual se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA Y SU TRAMITE

En escrito presentado el 30 de noviembre de 2001, por conducto de apoderado judicial, el señor Jorge Eliécer Santana Linares interpuso demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Trabajo y Ministerio del Interior-, con el fin de que se la declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios irrogados al actor como consecuencia <<del desconocimiento del derecho a obtener una pensión de jubilación>>.

Como consecuencia de la anterior declaración solicitó que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales el equivalente a 1.000 gramos de oro y, por concepto de perjuicios materiales, deprecó *“las mesadas pensionales dejadas de percibir que ascienden a la suma de \$ 121'162.357”*, más los intereses y actualizaciones correspondientes.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones se narró, en síntesis, que el señor Jorge Santana Linares prestó sus servicios laborales a la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia, concretamente, en la residencia del Embajador, desde el 1° de agosto de 1945 al 17 de noviembre de 1989, realizando diferentes actividades u ocupaciones.

Se aduce en la demanda que al momento de su retiro, la Embajada de Estados Unidos de América pagó al actor las prestaciones sociales que, *“según criterio de la Embajada le adeudaba”*; no obstante lo cual, señaló que no le reconoció una pensión de jubilación por los numerosos años laborados, a pesar de haber contado con los requisitos de edad y tiempo de servicio. A lo anterior agregó que la aludida Embajada afilió al demandante al Instituto de Seguros Sociales en diferentes períodos pero con interrupciones, sin que hubiese existido razón para ello, pues durante todo el tiempo de servicio en esa entidad trabajó de forma continua.

Sostuvo, además, que el señor Jorge Santana Linares realizó varias reclamaciones a la Embajada de los Estados Unidos con el fin de obtener el reconocimiento de su derecho pensional desde el año 1989, siendo la última la fechada el 24 de noviembre de 2000; sin embargo, mediante oficio del 6 de febrero de 2001 dicha dependencia diplomática habría respondido que *“no existen obligaciones financieras o legales adicionales en relación con dicha reclamación”*.

Indicó, finamente, que en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada mediante Ley 6° de 1972), los particulares no pueden reclamar directamente mediante acciones judiciales la reparación de daños a tales Organismos Internacionales, dada la inmunidad diplomática de que gozan,

razón por la cual correspondía al Estado Colombiano responder por los perjuicios irrogados al actor¹.

La demanda así formulada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante proveído de fecha 10 de agosto de 2002, el cual se notificó en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público².

1.2.- La Nación - Ministerio del Trabajo contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por el demandante. Como razones para su defensa manifestó que no estaba llamada a responder por el presunto daño que dio origen a la presente acción, toda vez que el manejo de las relaciones exteriores del Estado Colombiano, así como la suscripción de tratados o convenios internacionales correspondía de forma exclusiva al Ministerio de Relaciones Exteriores, motivo por el cual propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva. De otra parte, formuló también la excepción de caducidad de la acción, pues partió de afirmar que el demandante había terminado su relación laboral el día 15 de noviembre de 1989, razón por la cual al haberse interpuesto la demanda el 30 de noviembre de 2001, debía concluirse que la interpuso de forma extemporánea³.

El Ministerio del interior se abstuvo de contestar la demanda y el Ministerio de Relaciones Exteriores contestó el libelo por fuera del término legal establecido para tal efecto⁴.

1.3.- Vencido el período probatorio, dispuesto en providencia proferida el 9 de octubre de 2002 y fracasada la etapa de conciliación, el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 17 de junio de 2004 dio traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto⁵.

La parte actora señaló que, de conformidad con los elementos de convicción allegados al proceso, había lugar a concluir acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en cabeza de las entidades demandadas, toda vez que se probó que el señor Jorge Santana Linares había laborado en la Embajada de Estados Unidos en Colombia durante más de cuarenta años, sin que ese Organismo le hubiera reconocido el derecho a una pensión de jubilación, razón por la cual, ante la imposibilidad de ejercer reclamación judicial alguna frente a esa Embajada -en virtud de la suscripción de una Convención Internacional que le otorga inmunidad diplomática-, el Estado Colombiano debía resarcir los perjuicios irrogados al demandante, en aplicación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, tal y como lo había declarado la Sala Plena del Consejo de Estado en oportunidad anterior (sentencia del 25 de agosto de 1998, Exp. IJ-0001)⁶.

En sus alegatos, la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores- señaló que el demandante no acreditó en el proceso su vinculación laboral con la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia, razón por la cual no podía inferirse obligación alguna por parte de dicha Embajada para con el actor, amén de que tampoco existía prueba alguna tendiente a demostrar que hubiere

¹ Fls. 3 a 15 C. 1.

² Fls. 22 a 26 C. 1.

³ Fls. 34 a 49 C. 1.

⁴ Fl. 159 C. 1.

⁵ Fls. 162, 196 C. 1.

⁶ Fls. 197 a 198 C. 1.

acudido al Ministerio de Relaciones Exteriores para dar inicio al trámite de una reclamación laboral por vía diplomática. Finalmente, sostuvo que la presente acción se encontraba caducada, argumento que entendió como adicional para solicitar que se denegaran las súplicas de la demanda⁷.

Dentro de la correspondiente etapa procesal la Nación - Ministerio del Trabajo y el Ministerio Público guardaron silencio⁸.

1.4.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, profirió sentencia el 30 de diciembre de 2004, oportunidad en la cual declaró probada la caducidad de la acción interpuesta, por considerar que de conformidad con lo probado en el proceso el señor Jorge Santana Linares prestó sus servicios en la Embajada de Estados Unidos en Colombia hasta el 17 de noviembre de 1989, por lo que tenía hasta el 17 de noviembre de 1991 para iniciar la acción de reparación directa por los daños que afirma le fueron irrogados; no obstante, comoquiera que la demanda se presentó sólo hasta el 30 de noviembre de 2001, concluyó que debía declararse probada la excepción perentoria de la caducidad de la acción.

De otra parte, el Tribunal de primera instancia declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación - Ministerio del Interior y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, comoquiera que *“la demanda se funda en la presunta responsabilidad del Estado Colombiano derivada de la expedición y sanción de la Ley 6 de 1992, proceso legislativo en el que no hubo intervención de esas entidades”*⁹.

1.5.- EL RECURSO DE APELACION

Contra la anterior decisión la parte demandante interpuso, oportunamente, recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 31 de enero de 2005 y fue admitido por esta Corporación el 6 de diciembre de esa misma anualidad¹⁰.

Como motivos de su inconformidad para con el fallo de primera instancia, la parte actora señaló que, contrario a lo sostenido por el Tribunal *a quo*, el término de caducidad de la presente acción no se encontraba vencido para cuando se formuló la demanda, habida cuenta que *“el demandante solicitó a la Embajada le reconocieran sus derechos en noviembre 24 del 2000, obteniendo la respuesta negativa de la Embajada el 6 de febrero de 2001 y la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2001, es decir, dentro de la oportunidad legal”*¹¹.

1.6.- Una vez se dispuso el traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, éste guardó silencio¹².

⁷ Fls. 199 a 241 C. 1.

⁸ Fl. 242 C. 1.

⁹ Fls. 245 a 256 C. Ppal.

¹⁰ Fls. 260, 278 C. Ppal.

¹¹ Fls. 269 a 273 C. Ppal.

¹² Fls. 184 y 185 C. Ppal.

La parte actora reiteró los argumentos expuestos con el recurso de apelación y solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada para, en su lugar, declarar impróspera la excepción de caducidad de la acción y acceder a las súplicas contenidas en la demanda¹³.

A su turno, el Ministerio de Relaciones Exteriores, luego de transcribir íntegramente los argumentos expuestos con los alegatos de primera instancia, solicitó la confirmación de la sentencia impugnada¹⁴.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia de la Sala.

2.1.2.- La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra de la sentencia proferida el 30 de diciembre de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, comoquiera que la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2001 y la pretensión mayor la estimó en la suma global de \$ 121'162.357 por concepto de perjuicios materiales, la cual supera el monto exigido para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia ante esta Corporación para aquella época, esto es \$ 26'390.000¹⁵.

Ahora bien, la Sala abordará el análisis respecto de la procedibilidad de la acción de reparación directa para el presente asunto, para luego determinar si la acción correspondiente se encuentra o no, caducada.

2.2.- La acción procedente en el presente caso.

En casos como el *sub examine*, en los cuales se discute la responsabilidad del Estado por la vulneración del derecho de Acceso a la Administración de Justicia ante la imposibilidad de reclamar del directo responsable los perjuicios irrogados, dada la inmunidad diplomática que poseen las Embajadas de gobiernos extranjeros en el territorio Colombiano, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la acción de reparación directa es la procedente, habida cuenta que lo que se pretende es la obtención de la reparación de un daño -derivado del quebrantamiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas-, derivado de un hecho del legislador¹⁶.

Así, en tratándose de daños causados por embajadas o misiones diplomáticas acreditadas en el país, la responsabilidad del Estado se configura bajo el título de imputación del daño especial, entendido como aquel derivado de actuaciones legítimas de la autoridad pública, en el caso concreto la aprobación y ratificación de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada mediante Ley 6° de 1972), que estipula la inmunidad de jurisdicción para aquellos cuerpos

¹³ Fls. 148 a 154 C. Ppal.

¹⁴ Fls. 209 a 213 C. Ppal.

¹⁵ Decreto 597 de 1988.

¹⁶ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de abril de 2013, Exp. 27.720. M.P. Enrique Gil Botero.

diplomáticos que pueden causar daños a las personas residentes en el territorio Colombiano, lo cual quebrantaba la equidad frente a los deberes inherentes a los demás y en consecuencia deben ser indemnizados.

Sobre el particular, la Sala Plena de esta Corporación mediante sentencia IJ-001 del 25 de agosto de 1998¹⁷ declaró responsable al Congreso de la República y al Ministerio de Relaciones Exteriores por los perjuicios causados a la parte actora como consecuencia de la imposibilidad de acceder a la administración de justicia para demandar la responsabilidad de una embajada acreditada en nuestro país, en virtud de la aludida Convención de Viena. En esa ocasión se afirmó que la actividad legítima de las autoridades estatales, en la suscripción, aprobación y aplicación del tratado, causó un daño antijurídico que quien lo sufrió no estaba en el deber de soportar e impuso la obligación de reparar los perjuicios irrogados; asimismo, se aclaró que el daño que dio origen a la acción de reparación directa no era la muerte del familiar de la parte actora –causada por el agente diplomático– sino el desequilibrio de las cargas públicas ante la ley que le impidió acceder a la justicia y al derecho que tiene todo ciudadano a demandar en igualdad de condiciones en su territorio y ante jueces nacionales. Al respecto discurrió de la siguiente manera:

“El ejercicio de la titularidad de las relaciones internacionales por parte del Estado implica una actuación suya cuyas consecuencias conforme al artículo 90 de la C.P. deben ser por él asumidas y en el caso los afectados perdieron la oportunidad de demandar al autor material del daño y al propietario del vehículo automotor, todo lo cual justifica fehacientemente la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano en la especie.

En todo caso, la garantía de acceder a la administración de justicia (art. 229 de la C.P) no puede sufrir excepción y para que se haga efectiva en el caso sub-judice se abre paso la demanda contra el Estado Colombiano quien legítimamente conduce sus relaciones internacionales, asume obligaciones de la misma estirpe mediante tratados, promulga, cumple y hace cumplir sus propias leyes.

En el sub-judice, estima la Sala, que es pertinente aplicar el régimen de la responsabilidad por daño especial, que es el que corresponde aplicar cuando por la actividad legítima del Estado se causa un daño. En el caso presente la incorporación a la legislación nacional del texto de la convención de Viena de fecha del 18 de abril de 1961, en desarrollo de una operación compleja de naturaleza pública consistente en la negociación y firma del dicho tratado, su incorporación como ley nacional y la sujeción a los controles jurisdiccionales de conformidad con la constitución y su aplicación produjo un daño consistente en el desequilibrio de las cargas públicas que los actores no deben soportar.

La aplicación del texto normativo en el sentido de conferir la inmunidad conduce a un enfrentamiento de derechos reconocidos por el ordenamiento colombiano; de un lado la condición del diplomático que goza de la inmunidad para ante los jueces colombianos y de otro lado el derecho que tienen todos los residentes en Colombia para accionar ante sus jueces naturales para que se respeten sus derechos, se les proteja o se les garantice conforme al derecho positivo vigente, y demandar y ser demandados. Si excepcionalmente como en este caso y por un tratamiento

¹⁷ En similar sentido consúltese las sentencias IJ-002 de 1998 y la 13.945.

de privilegio conferido por el Estado a una persona, atendidas sus calidades, se produce un desequilibrio en su favor y en contra de otro que resulta damnificado y sin la posibilidad de demandar con fundamento en el hecho dañino ante su juez natural, es claro que hay un desequilibrio de las cargas públicas y que por ello el particular está habilitado para demandar al Estado en reparación con fundamento en su actuar complejo como ya se dijo.

En síntesis, puede afirmarse que el título de imputación jurídica sobre el cual se edifica el juicio de responsabilidad para el Estado, lo constituye el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas, ocasionado por la actividad legítima de autoridades estatales (Congreso y Presidente de la República), que causa daño antijurídico, respecto del cual, el administrado no está en el deber de soportar, pues la carga pública que debe ser colectiva, no debe correr a cargo de una persona en particular. De ahí que sea equitativo, imponer al Estado en representación de la sociedad, la obligación de reparar el perjuicio irrogado a los actores. Esta solución no es cosa distinta que el cabal desarrollo y ejecución lógica del principio de la igualdad ante la ley, previsto en el artículo 13 de la C.P.¹⁸

En época más reciente, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado estudió un caso similar de una ex empleada de la Embajada de Corea del Sur en Colombia, quien demandó el reconocimiento de sus derechos laborales ante la jurisdicción contenciosa, en aquella ocasión se concluyó que la acción de reparación directa era la vía judicial apropiada para reclamar dichos perjuicios, habida cuenta de que para la fecha de presentación de la demanda la tesis jurisprudencial imperante de la Corte Suprema de Justicia reconocía una absoluta inmunidad de los Cuerpos Diplomáticos acreditados en Colombia. En esa oportunidad dijo la Sala:

“Sobre la jurisdicción para conocer de asuntos contenciosos, relacionados con obligaciones laborales contraídas en Colombia por otros Estados, a través de sus agentes diplomáticos o por éstos, a nombre propio con residentes en el país, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás rechazó las demandas, con el argumento de que ello desconocía los principios de independencia, soberanía y libertad con que el derecho internacional ha rodeado a los representantes nacionales en otros Estados. Sin embargo, en atención al principio de progresividad, establecido en el derecho internacional en materia de derechos sociales, económicos y culturales y la trascendencia constitucional de los derechos irrenunciables de los trabajadores, modificó su posición.

Es así como mediante auto de 13 de diciembre de 2007¹⁹, la Sala de Casación Laboral señaló que los Estados extranjeros o sus representantes diplomáticos, amparados en la inmunidad de jurisdicción, no pueden sustraerse al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tengan derecho los trabajadores y si lo hacían deben sujetarse a la decisión de los jueces de la República, por lo que asumió la competencia para tramitar y decidir la demanda en el

¹⁸ Sentencia de agosto 25 de 1998, radicación IJ-001, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁹ M.P. Camilo Tarquino Gallego, Exp. 32.096.

asunto de que se trataba²⁰, acorde con lo preceptuado en el artículo 235 de la C.P.

Cabe precisar que en la actualidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tratándose de reclamaciones de orden laboral, considera que, sin perjuicio de su derecho a la inmunidad de jurisdicción, cuando la relación de trabajo no tiene que ver con actuaciones que reclaman autonomía e independencia, el Estado acreditado se somete a su jurisdicción²¹.

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sede de revisión²² ha considerado que los agentes diplomáticos de las misiones o delegaciones acreditadas en un país extranjero no gozan de inmunidad de jurisdicción laboral y en ese sentido ha vinculado a embajadas acreditadas en Colombia a trámites jurisdiccionales de carácter ordinario laboral; asimismo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 2 de septiembre de 2008²³, consolidó definitivamente su posición jurisprudencial respecto de aceptar que las embajadas de Estados extranjeros puedan ser susceptibles de ser demandadas y sometidas a los tribunales nacionales en materia laboral.

Sin embargo, advierte la Sala que dichos pronunciamientos son posteriores a la formulación de la presente demanda -30 de noviembre de 2001- y, comoquiera que el daño irrogado al actor consistió en su imposibilidad de acceder a la administración de justicia bajo la anterior línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia -que consideraba que la inmunidad diplomática comprendía también aspectos de carácter laboral-, debe concluirse que la acción de reparación directa incoada en el presente asunto resulta procedente.

2.3.- Legitimación en la causa por pasiva.

Tal y como se indicó en los antecedentes de esta sentencia, el señor Eliécer Santana Linares formuló demanda contra la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores - Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio del Interior. En la sentencia apelada, el Tribunal declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa respecto de éstas dos últimas carteras ministeriales.

De otra parte, de la lectura de la demanda se puede inferir que la Nación - Ministerio de Relaciones Exteriores-, fue demandada por la parte actora en virtud de la inmunidad de jurisdicción respecto de los Cuerpos Diplomáticos acreditados en Colombia, la cual fue aceptada por el Estado colombiano con la suscripción de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, legitimación que bien podría haber recaído, a prevención, en el Congreso de la República, en cuanto la intervención conjunta en punto a la suscripción de tratados y convenios internacionales, no obstante no se enderezó pretensión alguna en la demanda

²⁰ *Mediante apoderado judicial, la señora Adelaida García de Borrisow, presentó demanda contra la Misión diplomática de la Embajada del Líbano en Colombia, para que, por los trámites de un juicio ordinario laboral, fuera condenada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, las mesadas pensionales causadas pero no pagadas desde la fecha del despido y hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexadas, “como consecuencia de no haber sido afiliada al sistema general de pensiones y por no pagar los aportes respectivos entre abril de 1981 y diciembre de 1990”. (...).*

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, Exp. 24.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

²² T-932 de 2010, T-180 de 2012 y T-633 de 2009.

²³ Radicación No. 32096. MP: Camilo Tarquino Gallego.

frente a éste último, lo cual torna improcedente pronunciarse sobre la responsabilidad que le pudiera ser atribuible en el presente asunto.

En este punto vale destacar el carácter unitario del Estado, no así el de su representación, pues ésta bien puede recaer en las distintas ramas del poder público; en los órganos de control y aun en diferentes entes que dotados de personería jurídica se vinculan a los procesos de responsabilidad con miras a que, una vez declarada la responsabilidad por el hecho dañoso causado, respondan con su patrimonio por los perjuicios causados²⁴. Lo anterior en virtud de la múltiple representación de la Nación varía de acuerdo con la naturaleza de la actuación demandada, sin que ello permita desconocer la unidad nacional, independientemente del ente que concurra al proceso a representarla²⁵.

Ahora bien, respecto de la legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores- para ser susceptible de reclamaciones judiciales en este tipo de casos, esta Corporación ha discurrido de la siguiente forma:

“Es de anotar que la responsabilidad estatal que invoca la señora Rosa Otilia Correa no comporta el hecho del legislador exclusivamente, toda vez que, si bien el poder legislativo intervino en el proceso de adopción de los principios y normas internacionales contenidos concretamente en el tratado que reconoció el principio de inmunidad de jurisdicción, sin reservas, tal y como fue analizado por la Corporación en la sentencia de 8 de septiembre de 1998 atrás referida, pues en su adopción intervino también el poder ejecutivo, si se considera que a la luz del numeral 20 del art. 120 de la Constitución entonces vigente, la negociación y suscripción es asunto confiado al Presidente de la República como jefe de Estado y su aprobación al Congreso de la República.

Huelga concluir, en consecuencia, que es La Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, demandado por la actora, el responsable de los daños que le fueron ocasionados, en virtud de la inmunidad de jurisdicción acogida por el Estado colombiano, por la suscripción de la Convención de Viena de 1961, para preservar la soberanía de otros Estados en su territorio, como lo prevé las reglas del derecho internacional, legitimación que bien podría haber recaído, a prevención, en el Congreso de la República, en cuanto la intervención conjunta en punto a la suscripción de tratados y convenios internacionales”²⁶.

En este orden de ideas, la Sala confirmará lo resuelto por el *a quo*, en el sentido de tener a la Nación, representada por el Ministerio de Relaciones Exteriores como sujeto pasivo de la demanda de reparación directa instaurada por el señor Jorge Eliécer Santana Linares.

2.4.- Situación probatoria

²⁴ Al respecto puede consultarse las sentencias de 4 de septiembre de 1997, M.P. Ricardo Hoyos Duque, expediente 10285; de 11 de mayo de 2006, M.P. Ramiro Saavedra Becerra, expediente 15626, en las que se coincide que la Nación se constituye en una persona jurídica unitaria, sin perjuicio de la representación a cargo de la Rama, dependencia u órgano al que, específicamente se le atribuye el hecho o la omisión y, en general la causa del daño indemnizable.

²⁵ Ver auto de 19 de febrero de 2004, M.P. María Elena Giraldo, expediente 25756.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, Rad. 24.630.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron en el proceso los siguientes elementos de convicción:

- Constancia suscrita el 12 de noviembre de 2002 por el Jefe de Recursos Humanos de la Embajada de Estados Unidos de América en Colombia, mediante la cual hizo constar que *“el señor Jorge Santana Linares no labora ni ha laborado para esta misión”*²⁷.

- Carta de despido suscrita el 17 de noviembre de 1989, a través de la cual el Consejero para Asuntos Administrativos de la Embajada de Estados Unidos en Colombia comunicó al señor Jorge Santana Linares que *“el Embajador de los Estados Unidos en Colombia decidió dar por terminado el contrato de trabajo para prestar servicios de Mayordomo en la Residencia Privada de la Embajada, por razón de justa causa, a partir del día 15 de noviembre de 1989. (...) Sírvase pasar por la Embajada para el retiro de sus prestaciones”*²⁸.

- Oficio calendado el 24 de noviembre de 2000, a través del cual el señor Jorge Eliécer Santana Linares presentó una petición a la entonces Embajadora de Estados Unidos en Colombia, en los siguientes términos:

“... presté mis servicios a esa Honorable embajada como mayordomo de la residencia del embajador desde agosto de 1945 a noviembre 15 de 1989.

Recibí carta del Embajador Myles Frechette en octubre 26 de 1996 donde me explica que para ese tiempo, las leyes colombianas no contemplaban el derecho a pensión para cargo de mayordomo y empleado de confianza de la Embajada.

Quiero comunicarle que en carta de junio 24 de 1999 No. 992809 el Seguro Social Colombiano remitió al Defensor Delegado para la Salud y Seguridad Social de la Defensoría del Pueblo tres (3) folios con períodos de afiliación al régimen de pensiones de la Embajada de los Estados Unidos de América a mi nombre.

Como se puede observar estas afiliaciones fueron efectuadas en diferentes períodos para lo cual se comprueba e indica que mis derechos laborales han sido vulnerados y desconocidos conforme al régimen laboral establecido para aquella época. Las Leyes colombianas según los contratos de trabajo suscritos por Colombianos y extranjeros suscritos (sic) en el país, al aportar a los Seguros Sociales como se demuestra con las copias de la historia laboral suministrada por un Instituto Descentralizado, la Embajada está reconociendo el imperio de la ley Colombiana de Seguridad Social.

*Por tal razón y ante las contundentes pruebas que le adjunto, que demuestran lo contrario a la anterior respuesta de la embajada, le pido celebrar un acuerdo que reconozca mi derecho pensional”*²⁹.

- Oficio de fecha 6 de febrero de 2001 suscrito por la Embajadora de Estados Unidos en Colombia para aquella época, mediante la cual se respondió la anterior petición formulada por el señor Santana Linares, en el sentido de indicarle que *“... después de revisar cuidadosamente su archivo, se determinó que todos los*

²⁷ Fl. 22 C. 2.

²⁸ Fl. 110

C. 2.

²⁹ Fl. 2 C. 2.

beneficios y prestaciones sociales fueron pagados a Usted de acuerdo con las leyes colombianas, por consiguiente no existen obligaciones financieras o legales adicionales”³⁰.

- Copia simple de la Resolución No. 00996 de 29 de julio de 1994³¹, expedida por el Jefe de División de Seguros Económicos del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cundinamarca, la cual decidió “[n]egar la prestación por vejez solicitada por el asegurado Jorge Santana Linares”. Como fundamento de dicha decisión se manifestó lo siguiente:

“Según el certificado de semanas y categorías, el asegurado ha cotizado un total de 204 semanas de las cuales corresponde a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

Que Según el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, para tener derecho a una pensión de vejez se requiere tener 60 años de edad, si es hombre y haber acreditado un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o 1000 semanas sufragadas en cualquier tiempo.

Que por las razones expuestas se concluye que el asegurado no es acreedor a la pensión de vejez reclamada y por encontrarse aún como afiliado al ISS, no es procedente estudiar lo referente a la indemnización”³².

- Testimonio rendido ante el Tribunal a quo por el señor Miguel Tenjo, quien en relación con los hechos narrados en la demanda, manifestó:

“Yo conocí al señor Jorge Santana en la Embajada de los Estados Unidos de América con sede en Bogotá porque yo trabajé allá en diferentes dependencias, don Jorge Santana era Administrador de la Residencia del Embajador, yo lo conocí más o menos desde el año de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) a mil novecientos ochenta y nueve (1989), él ya estaba trabajando cuando yo entré. (...). Él me ha dicho [se refiere a Jorge Santana] que no le han arreglado nada de la pensión, no sé qué contratos ha tenido con ellos tan sólo me consta que él trabajó en la Embajada durante el tiempo que dije anteriormente”³³.

- A folios 100 a 101 del cuaderno 2 obra el testimonio rendido por el señor Carlos Arturo Santana Pinzón, quien es hijo del aquí demandante, circunstancia que compromete su credibilidad e imparcialidad y, en consecuencia, torna en sospechoso su dicho³⁴, razón por la cual para la Sala dicha declaración no ofrece credibilidad alguna.

- Entre folios 104 y 106 del cuaderno 2 se encuentra el interrogatorio de parte realizado por el señor Jorge Santana Linares, prueba que fue solicitada por la parte demandada (Nación - Ministerio del Trabajo) y debidamente decretada por el Tribunal de primera instancia. Al respecto, cabe señalar que la declaración de

³⁰ Fl. 1 C. 2.

³¹ Al respecto consultar, Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia proferida el 28 de agosto de 2013, Exp. 25.022. M.P. Enrique Gil Botero.

³² Fl. 115 C. 2.

³³ Fls. 98 a 99 C. 2.

³⁴ “Artículo 217: TESTIGOS SOSPECHOSOS. Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”.

parte está prevista en los artículos 194 a 210 del Código de Procedimiento Civil, como un medio de prueba que tiene como propósito lograr la confesión, la cual puede ser practicada en el proceso con la única condición de que se pida por una parte con intereses contrarios a quien habrá de absolver el interrogatorio y que se solicite con el fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso. Así las cosas, en el asunto objeto de juzgamiento, la deposición del aquí demandante puede tenerse como prueba susceptible de valoración, pues -reitera la Sala-, su práctica fue solicitada por la parte demandada.

De la referida prueba resulta pertinente transcribir los siguientes apartes:

*“Yo residí en la residencia del Embajador por 30 años. Tengo el carnet que me identifica como empleado del gobierno americano y más otros documentos, siempre el pago me lo hizo la caja de la Embajada, donde le pagan a todo el mundo, no me pagaba el Embajador. (...). Yo firmé un contrato con el Embajador que estuvo en el período del 82 al 86 más o menos, fue con quién firmé un contrato. (...) **Yo entré a la Embajada en el año 1945** cuando el Embajador era Jhon C Willey, en esa fecha firmé como empleado de la Embajada, yo firmé con él y seguí con todos los embajadores hasta el contrato que cité en la respuesta anterior, y **después seguí trabajando hasta el mes de noviembre de 1989.** (...). **Fui afiliado al ISS por la Embajada, pero por tiempos, que yo recuerde primero me afiliaron en mil novecientos sesenta y algo y después me volvieron a afiliarse en el 80, varias veces me afiliaron y otras veces me dejaron de afiliarse temporalmente.** (...). Fui el Administrador de confianza del Embajador por los siguientes motivos, tenía el personal bajo mi confianza que eran los jardineros, las muchachas de servicio, y el personal del servicio de seguridad, y también era el encargado de todo lo relacionado con las atenciones en la residencia del Embajador. (...). A nosotros nos pagaban con el voucher de la caja oficial de las oficinas” (Se resalta).*

Frente a la pregunta si mediante apoderado judicial había adelantado reclamación judicial alguna ante la jurisdicción colombiana, respondió: *“No, no hay, nosotros estuvimos en la Defensoría del Pueblo pero ahí no se hizo nada”.*

De conformidad con el exiguo material de convicción allegado puede inferirse, básicamente, que el señor Jorge Santana Linares prestó sus servicios a la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia, específicamente, en diferentes labores relacionadas con la administración y mantenimiento de la residencia del Embajador, cosa que hizo desde el mes de agosto del año 1945, hasta el 17 de noviembre de 1989; asimismo, se infiere que mediante Resolución No. 00996 de 29 de julio de 1994, el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cundinamarca denegó la solicitud de pensión formulada por el actor, comoquiera que el número de semanas cotizadas y/o de afiliación al ISS no resultaban suficientes para obtener dicho derecho pensional.

De otra parte, se tiene que durante el término transcurrido entre la culminación de su relación laboral con la aludida Embajada y la fecha de presentación de la presente acción, el ahora demandante no formuló acción jurisdiccional para reclamar sus derechos pensionales; sin embargo 24 de noviembre de 2000 presentó una reclamación a la aludida Embajada con el objeto de que se celebrara un acuerdo conciliatorio para obtener el reconocimiento de sus derechos pensionales presuntamente vulnerados, la cual fue respondida de forma desfavorable para el demandante mediante comunicación suscrita 6 de

febrero de 2001 por la Embajadora de Estados Unidos en Colombia para aquella época.

2.5.- La caducidad de la acción impetrada

Para el caso *sub examine*, de los hechos y pretensiones planteados en la demanda, infiere la Sala que la presente acción está encaminada a obtener la indemnización de los perjuicios irrogados al actor por haber resultado privado de la posibilidad de acceder a la justicia ordinaria en demanda del reconocimiento de sus derechos laborales, en virtud de la inmunidad diplomática de que en Colombia goza la Embajada de los Estados Unidos de América, su empleadora durante más de cuarenta y cuatro años.

Ahora bien, para garantizar la seguridad jurídica de los sujetos procesales, el legislador instituyó la figura de la caducidad para cuando no se ejercen determinadas acciones judiciales en un término específico. Significa lo anterior que los interesados tienen la carga procesal de plantear el litigio dentro del plazo fijado por la ley y, de no hacerlo así, pierden la posibilidad de accionar ante la jurisdicción para hacer efectivo su derecho.

Esa figura no admite suspensión, salvo la que se sigue de la presentación de una solicitud de conciliación extrajudicial en derecho, y ello por así haberlo dispuesto las Leyes 446 de 1998 y 640 de 2001; tampoco admite renuncia y, de encontrarse probada, debe ser declarada la caducidad de oficio por el juez.

El Código Contencioso Administrativo, en el artículo 136, numeral 8, dispone sobre el término para intentar la acción de reparación directa que,

“... caducará al vencimiento del plazo de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquier otra causa”.

La ley consagra, entonces, un término de dos (2) años, contados desde el día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público, para intentar la acción de reparación directa, período que, vencido, impide solicitar la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por configurarse el fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción.

Sobre el momento a partir del cual debe contabilizarse el término de caducidad, la Sala, en un caso similar al presente³⁵, se pronunció en los siguientes términos:

“La Rama Judicial y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social sostienen que si esta jurisdicción llegare a asumir el conocimiento del asunto, deberá considerar que a la fecha de presentación de la demanda habían transcurrido más de dos años contados desde que la demandante fue desvinculada del cargo.

*Al respecto, la Sala considera acertado el razonamiento del Tribunal al declarar infundada la excepción propuesta, toda vez que **la reparación del daño que reclama la actora se concretó cuando la Sala Laboral de la***

³⁵ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 7 de julio del 2005 Exp. 14.691 y del 5 de septiembre del 2006, Exp. 14228, ambas con ponencia del Consejero, doctor Alier Hernández Enríquez, entre muchas otras.

Corte Suprema de Justicia rechazó la demanda presentada por la señora Rosa Otilia Correa, en aplicación –para ese entonces- de un criterio absoluto de inmunidad de jurisdicción, con fundamento en las previsiones contenidas en la Ley 6ª de 1972, hecho que se dio el 5 de junio de 1997. Por tanto, si la demanda fue presentada el 8 de abril de 1999, no operó el fenómeno de la caducidad de la acción”³⁶.

En un caso más reciente, la Subsección C de esta Sección del Consejo de Estado realizó el siguiente razonamiento:

“El daño por el cual se demanda en el presente proceso es el de la falta de acceso a la administración de justicia por el rechazo de la demanda laboral que la actora ejerció contra la Embajada de la República Árabe de Egipto, decisión que fue proferida por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, el 8 de agosto de 1996 y que quedó legalmente ejecutoriada el día 13 del mismo mes y año, conforme a la copia de constancia expedida por la Secretaría de la Sala de Casación Laboral obrante a folio 12 del cuaderno 2.

Así las cosas y de conformidad con el numeral octavo del artículo 136 del CCA, la actora podía interponer su demanda hasta el día 14 de agosto de 1998; sin embargo, el 12 de agosto de ese mismo año, esto es faltando dos días para la caducidad, se presentó solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría Tercera en lo judicial ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Fls. 17 a 36, Cdo. 2), trámite que fue inadmitido el día 9 de octubre de 1998, bajo el entendido que el trámite era competencia de la jurisdicción ordinaria, decisión que fue notificada al apoderado de la parte actora el 13 de octubre de 1998.

Al respecto, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, determina que la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial suspende el término de prescripción o de caducidad hasta que se logre el acuerdo conciliatorio, o hasta que se expidan las constancias de que trata el artículo 2º de la misma ley, o hasta que se venza el término de los tres meses a que se refiere el artículo 20 íbidem, lo que ocurra primero.

En el sub iudice, se tiene, que sólo mediante decisión de 9 de octubre de 1998, notificada el día 13 siguiente, la Procuraduría General de la Nación se pronunció respecto a la solicitud de la señora Valdés de Sanabria, para inadmitirla por falta de competencia, así las cosas, durante este término, 2 meses y 1 día, la caducidad de la acción de reparación directa estuvo suspendida y en consecuencia, la demanda interpuesta el 13 de octubre de 1998, se ejerció en término”³⁷.

De acuerdo con lo anterior, se infiere que, para casos como el presente, en los cuales se discute la responsabilidad del Estado con ocasión de la imposibilidad de acudir ante las autoridades jurisdiccionales para reclamar del directo responsable - Embajada extranjera-, la reparación de un daño, la Sala ha entendido que el término de caducidad debe empezar su cómputo desde el día siguiente a aquél en que el directo afectado tuvo conocimiento acerca de dicha imposibilidad jurídica.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de septiembre de 2012, Exp. 24.630, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de mayo de 2013. Exp. 22.886, M.P. Olga Mélida Valle De La Hoz.

Ahora bien, no puede dejar de ver la Sala que, si bien el hecho dañoso que originó la presente acción se configuró con la imposibilidad de acudir ante la jurisdicción laboral para reclamar sus derechos pensionales, lo cierto es que dicho 'hecho dañoso' sólo habría podido ser advertido por el demandante con la expedición de la correspondiente providencia judicial inhibitoria que hubiera declarado la inmunidad diplomática por parte de esos Cuerpos Diplomáticos y, por tal razón hubiese rechazado la demanda; no obstante, según se estableció en el proceso, el ahora demandante no ejerció acción judicial alguna con anterioridad a la interposición de la presente demanda de reparación directa; sin embargo, ello no es obstáculo para que pueda acudir directamente ante esta jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues, a partir del año de 1998, la jurisprudencia de esta Corporación ha aceptado la posibilidad de demandar directamente la reparación del daño irrogado por algún Cuerpo Diplomático que goce de inmunidad judicial en el territorio colombiano³⁸.

Por consiguiente, comoquiera que no obra elemento de convicción que permita inferir que el demandante pudo haber tenido conocimiento de dicha imposibilidad de acudir ante la jurisdicción laboral con anterioridad al **6 de febrero de 2001**, día en que la Embajada de Estados Unidos contestó desfavorablemente la petición elevada por el hoy demandante sobre sus derechos pensionales, la Sala, en aplicación del principio *pro actione*³⁹, tendrá en cuenta esa fecha para el inicio del cómputo del término de caducidad de la presente acción indemnizatoria y, comoquiera que la presente acción se presentó el **30 de noviembre de 2001**, se impone concluir que la misma se interpuso oportunamente, esto es dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A. En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en este aspecto.

2.6.- Análisis del caso concreto.

Para el caso *sub examine* -como se indicó-, a partir de los elementos de convicción antes relacionados se infiere que el señor Jorge Santana Linares prestó sus servicios a la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia, específicamente, realizando diferentes labores relacionadas con la administración y mantenimiento de la residencia del Embajador, desde el mes de agosto de 1945, hasta el mes de noviembre de 1989; asimismo, se tiene que durante el término transcurrido entre la terminación de su relación laboral con la aludida Embajada y la de presentación de la presente acción, el ahora

³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de agosto 25 de 1998, radicación IJ-001, M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁹ Al respecto, esta Sección del Consejo de Estado, respecto del inicio del cómputo del término de caducidad y la aplicación del aludido principio, ha discurrido de la siguiente forma:

*“Si bien es cierto que el inciso 4° del artículo 136 del C.C.A. establece que el término de caducidad para instaurar la acción de reparación directa se cuenta a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajeno por causa de trabajos públicos, dicha norma entendida de manera racional debe interpretarse en el sentido de que no basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño sino que es necesario que haya sido conocido por el afectado, lo cual en la mayoría de las veces ocurre al mismo tiempo. Sin embargo, cuando la producción de esos eventos no coincida temporalmente, el principio *pro actione* debe conducir al juez a computar el plazo de caducidad a partir del momento en el cual el demandante conoció la existencia del hecho dañoso por la sencilla razón de que sólo a partir de esta fecha tiene un interés actual para acudir a la jurisdicción.”* En Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 11 de mayo de 2000, Exp. No. 12.200, M.P. Alíer Hernández Enríquez, reiterada en la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2008, Exp. 17.617, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, entre muchas otras.

demandante no formuló acción jurisdiccional alguna para reclamar sus derechos pensionales; pero sí presentó, el 24 de noviembre de 2000 una reclamación ante la referida Embajada con el objeto de que lograr un acuerdo en el cual se reconocieran sus derechos pensionales presuntamente vulnerados, la cual fue respondida de forma desfavorable.

De otra parte, mediante Resolución No. 00996 de 29 de julio de 1994, el Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cundinamarca denegó la solicitud pensional formulada por el actor, comoquiera que -según ese acto administrativo-, el número de semanas cotizadas y/o de afiliación al ISS por parte de su empleador no resultaban suficientes para obtener dicho derecho pensional.

Así las cosas, la Sala pone de presente que en el *sub judice* se encuentra demostrado el daño antijurídico sufrido por la parte actora, esto es, la vulneración de su derecho fundamental de acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política, como consecuencia de la aplicación de la Convención Sobre Relaciones Diplomáticas ratificada por Colombia mediante la Ley 6º de 1972, lo cual le impidió acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a demandar a su empleador -Embajada de la República de Estados Unidos de América en Colombia-, puesto que -según se indicó-, para la fecha de interposición de la demanda la tesis imperante de la Corte Suprema de Justicia no admitía la posibilidad de demandar a dichos Cuerpos Diplomáticos.

Ahora bien, la Sala estima necesario precisar que el presente asunto no recae sobre una controversia de carácter laboral en estricto sentido y, en consecuencia, no le es dable estudiar los supuestos incumplimientos de esa naturaleza que se imputan al empleador del señor Jorge Eliécer Santana Linares respecto de la falta de afiliación al ISS durante toda su relación laboral con esa entidad internacional, puesto que -bueno es insistir en ello-, el daño irrogado consistió en la vulneración del derecho de Acceso a la Administración de Justicia y no la falta de reconocimiento y pago de las prestaciones laborales adeudadas por la Embajada de Estados Unidos de América en Colombia.

Ciertamente, esta Corporación no es la competente para pronunciarse sobre las reclamaciones del actor a su empleador puesto que no es el juez natural del proceso laboral ni el proceso se surtió contra el patrono del señor Santana Linares; por el contrario, se insiste, la *litis* en el caso concreto se centra en el daño sufrido por el no acceso a la administración de justicia, por manera que abordar un estudio de fondo sobre una controversia laboral vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la Embajada de Estados Unidos de América en Colombia, por la sencilla pero potísima razón consistente en que no hace parte del presente proceso⁴⁰.

Así las cosas, como el señor Santana Linares no tuvo la ocasión de ejercer una acción ordinaria laboral donde demostrara los derechos que le asistían y los correspondientes deberes de su empleador, quien pese a ser extranjero, estaba en la obligación de cumplir la ley colombiana⁴¹, toda vez que el contrato de trabajo se suscribió y ejecutó en el país y su labor no contemplaba el ejercicio de soberanía, la Sala considera establecido en el proceso que el actor sufrió un perjuicio consistente en la imposibilidad de obtener unas sumas de dinero como

⁴⁰ En similares términos consultar, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 8 de mayo de 2013. Exp. 22.886, M.P. Olga Mélida Valle De La Hoz.

⁴¹ Conforme al artículo 4º de la Constitución Política es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes.

consecuencia del no poder acceder a la Justicia para reclamar unas prestaciones de carácter laboral, todo lo cual constituye una pérdida de oportunidad.

Así pues, debe precisarse que la pretensión respecto del reconocimiento de sus derechos laborales no corresponde al daño material de lucro cesante, sino a la pérdida de oportunidad de haber obtenido ese reconocimiento luego de que un juez ordinario -laboral-, así lo hubiese declarado en sentencia estimatoria de sus pretensiones, daños cuya diferencia radica, como ya en otras oportunidades lo ha señalado esta Corporación⁴², en que <<mientras que la primera [se refiere a la pérdida de la oportunidad] constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo [se refiere al lucro cesante] implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían—>>⁴³.

En lo que concierne al daño consistente en la pérdida de oportunidad, esta Sala, en la citada sentencia del 11 de agosto de 2010⁴⁴ expresó lo que la Sala se permite citar en extenso en esta oportunidad, dada, además de la pertinencia del asunto, la precisión y la claridad con la que éste fue tratado en la referida providencia. Al respecto se manifestó:

*“De acuerdo con esta concepción, entonces, ‘la doctrina de la pérdida de oportunidad **se emplea en supuestos de estricta incertidumbre causal**’⁴⁵, por manera que no deben catalogarse como ‘pérdida de chance’ ni los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el daño —pues allí estará demostrada la causalidad en virtud de que la alta probabilidad da lugar a la aludida razonable certeza y el daño sufrido en tales circunstancias no es la pérdida de la probabilidad sino la desaparición de la ventaja o provecho esperado, luego la íntegra reparación será lo jurídicamente procedente—, ni aquellos supuestos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes —pues la escasa probabilidad da lugar a que la víctima no tenga derecho a indemnización alguna—; por consiguiente, sólo hay lugar a la aplicación de la figura de la pérdida de chance ‘... cuando el coeficiente de probabilidades de que el agente dañoso fuera causante rebasa un mínimo despreciable y no llega a la alta cota que lleva a hacer coincidir el daño ocasionado con la pérdida de la ventaja frustrada’⁴⁶. (Destaca la Sala).*

⁴² Sobre el particular, ver sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 11 de agosto de 2010, expediente 18953, reiterada, entre otras, en la sentencia proferida por esta Subsección el 7 de julio de 2011, expediente 20139, así como en sentencia del 9 de mayo de 2012, expediente 20968.

⁴³ Al respecto la doctrina afirma que “...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”’. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

⁴⁵ Eiusdem, p. 88.

⁴⁶ Cfr. MEDINA ALCOZ, Luis, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, cit., p. 88. En el mismo sentido, el autor citado —p. 89— expresa lo siguiente en relación con el tipo de supuestos en los cuales la noción de pérdida de oportunidad debe tener aplicación: “Cuando la probabilidad no es insignificante, pero tampoco es alta, es decir, cuando las posibilidades de que la víctima hubiera conseguido la ventaja son serias y reales,

(...)

El concepto de pérdida de oportunidad implica que se demuestre la relación causal existente entre el acontecimiento o la conducta dañosa y la desaparición, exclusivamente, de la probabilidad de acceder a la ganancia o de evitar el deterioro como rubros que se integran efectivamente en el patrimonio del afectado, con independencia de los demás tipos de daño cuya ocurrencia pudiere tener lugar; la pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto⁴⁷; de allí que resulte atinado aseverar que ‘cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño’⁴⁸.

El correcto entendimiento y la adecuada utilización de la teoría de la pérdida de chance u oportunidad presupone, consiguientemente, la necesidad de distinguir entre dos tipos de daño y dos cursos causales nítidamente diferenciables: (i) el daño consistente en la imposibilidad definitiva de acceder a una ganancia o de evitar un perjuicio y la relación causal entre la pérdida de ese provecho buscado o la ocurrencia de ese deterioro patrimonial no querido y el hecho que se cuestiona si fue, o no, el desencadenante del respectivo daño; y (ii) el daño consistente en la pérdida de la probabilidad de obtener el aludido provecho o de eludir el referido detrimento y el ligamen causal existente entre la desaparición de tales posibilidades y el mismo hecho o conducta enjuiciados. Para que opere la noción de pérdida de oportunidad el primero de los dos daños aludidos —la pérdida de la ventaja esperada— sólo resulta de interés al momento de cuantificar la indemnización que haya de ordenarse y el primer vínculo causal mencionado carece de toda relevancia jurídica en el caso concreto; por el contrario, los segundos daño y ligamen causal en mención, sí deben hallarse acreditados en el proceso, pues de no ser así resultará inviable la imposición de una condena a reparar el tipo de daño del cual ahora se ocupa la Sala —la pérdida de chance—.

(...)

Sin embargo, la aceptación de una noción de causalidad probabilística —como corolario del reconocimiento de la innegable realidad que se ha descrito en punto de los límites del conocimiento científico— en virtud de la cual el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de

pero insuficientes para tener por cierto el hecho causal, la víctima puede tener derecho a un resarcimiento (parcial) en concepto de chance irreversiblemente sacrificada” (énfasis añadido).

⁴⁷ GIRALDO GÓMEZ, Luis Felipe, *La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación*, cit., pp. 42-57.

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil. Tomo II, segunda edición*, Legis, Bogotá, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de destacar la que entiende que es la “diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad —título número 354 de la obra aludida— el citado autor afirma que “el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad”.

una probabilidad preponderante o probabilidad determinante⁴⁹ —baremo de exigencia probatoria que, de hecho, ha sido admitido y aplicado por la jurisprudencia de esta Sección, por vía de ejemplo, frente a eventos de responsabilidad médica⁵⁰—, es una cuestión que no precisa, en modo alguno, del recurso a la figura de la pérdida de oportunidad, cuyos alcances, propósitos y ubicación conceptual entre los elementos del juicio de responsabilidad son claramente diversos, según se ha dejado expuesto: la causalidad probabilística perfectamente puede operar en el territorio del examen de la relación causal, sin necesidad de entreverarse o de confundirse indebidamente con el contenido de una modalidad singular del daño, como lo es la pérdida de chance o de oportunidad.

(...)

En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino”.

Adicionalmente, en la mencionada providencia se señalaron los siguientes requisitos cuya concurrencia se precisó con el propósito de que pueda considerarse configurada la pérdida de oportunidad como daño indemnizable en un caso concreto:

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que

⁴⁹ El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos: “En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (subraya la Sala). Cfr. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 77-79.

⁵⁰ A este respecto pueden verse los siguientes pronunciamientos, a los cuales se hará nuevamente alusión, con mayor detenimiento, más adelante dentro del presente proveído: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 3 de mayo de 1999; Consejero ponente: Ricardo Hoyos Duque; Radicación número: 11169; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006; Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 68001-23-31-000-2000-09610-01(15772).

esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’⁵¹ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁵²;

(ii) **Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento**, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida⁵³; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el ‘chance’ aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁵⁴—;

⁵¹ *Idem*, pp. 38-39.

⁵² A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

⁵³ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

⁵⁴ Al respecto la doctrina afirma que “...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio’”. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que 'no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida'⁵⁵ (Negrillas fuera de texto).

Así las cosas, a pesar de que no es posible tener certeza acerca de que a través de la demanda laboral ante la jurisdicción ordinaria se hubiere podido, o no, obtener el pago de los derechos laborales que afirma le fueron desconocidos por la Embajada de Estados Unidos en Colombia, para la Sala existe certeza en cuanto a que, existiendo una posibilidad cierta y real en tal sentido, como consecuencia de la imposibilidad de acudir ante la jurisdicción ordinaria -laboral-, para reclamar tales derechos, el demandante perdió definitivamente la oportunidad de recibir las sumas de dinero que probablemente hubiere podido recibir.

En este caso se reúnen entonces los requisitos necesarios para que se entienda configurado el daño consistente en la pérdida de oportunidad, pues existe **certeza** en cuanto a que, por efecto de la inmunidad en materia laboral reconocida para la época de la formulación de la demanda, el actor **perdió definitivamente la oportunidad** de obtener una sentencia estimatoria de sus pretensiones respecto de sus derechos laborales; así mismo, se encuentra demostrado que el señor Santana Linares, se **encontraba en una situación potencialmente apta para obtener dicho beneficio**, pues había laborado más de cuarenta (40) años al servicio de la Embajada de los Estados Unidos de América en Colombia, de tal manera que contaba con una posibilidad significativa de obtener una sentencia favorable respecto de sus derechos laborales presuntamente vulnerados por esa entidad internacional.

2.7.- Indemnización de perjuicios

- Pérdida de oportunidad.

En lo que concierne a la cuantificación de la indemnización que corresponde otorgar cuando este daño se ha ocasionado, considera la Sala oportuno hacer mención a lo que la Sección Tercera de esta Corporación dijo al respecto en la ya varias veces citada sentencia del 11 de agosto de 2010⁵⁶, así:

“Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del detrimento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.

En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el

⁵⁵ ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, cit., pp. 110-111.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. 18593. Sentencia de agosto 11 de 2010.

reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

Ahora bien, para llevar a cabo las correspondientes operaciones y razonamientos en orden a establecer si una oportunidad perdida es resarcible, o no y en qué monto

‘... el juez debe realizar un análisis retrospectivo, para remontarse a la situación en que se hallaba el damnificado al ocurrir el hecho dañoso. Una vez situado allí, tendrá que realizar un análisis prospectivo de cómo podría haber evolucionado la situación del perjudicado, de acuerdo con las circunstancias en que se encontraba; es decir, determinar cuál de sus posibilidades era la de más probable realización. Establecido ello, se deberá evaluar, aproximadamente, cuál era la proporción estimativa de esa posibilidad, en comparación con los otros escenarios futuros posibles de la víctima.

Sólo entonces surgirá la cuantificación definitiva del chance perdido. Cuando se determine si era probable que se concretara y, por lo tanto, fuese indemnizable; en su caso en qué medida o proporción lo era o si en definitiva no lo era verdaderamente, en cuyo caso no sería, entonces, resarcible⁵⁷.

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida”.

No obstante lo anterior, toda vez que, además de las pruebas ya relacionadas no obran en el expediente otros elementos demostrativos que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado al demandante, la Sala, como ya en otras oportunidades lo ha hecho⁵⁸, acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico —artículo 16 de la Ley 446 de 1998⁵⁹— impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado

⁵⁷ TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *La pérdida de chance*, cit., pp. 276-277.

⁵⁸ Al respecto, ver, entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 11 de agosto de 2010, Exp. No. 050012326000199500082 – 01 (18.593); sentencia de 25 de agosto de 2011, Exp. No. 250002326000199703994 – 01 (19.718); sentencia de 7 de julio de 2011, Exp. No. 520012331000199708974 – 01 (20.139); sentencia del 21 de marzo de 2012, Exp. No. 54001233100019972919 01 (22.017).

⁵⁹ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable —por no decir que materialmente imposible— recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

Previo a determinar la cuantía del perjuicio que por la pérdida de oportunidad sufrida se reconocerá a favor de la parte demandante, en concordancia con la pauta jurisprudencial que se cita, resulta oportuno advertir que no es posible acceder a la totalidad de los valores reclamados por este daño, por cuanto lo que se indemnizará no es el beneficio que se esperaba percibir por cuenta de la sentencia estimatoria respecto de la totalidad de las pretensiones relacionadas con sus derechos laborales, dado que no existe certeza en cuanto a que, de no haber sido por la imposibilidad jurídica de demandar a su empleadora -Embajada de Estados Unidos en Colombia-, tales pretensiones ineludiblemente hubieren sido reconocidas por el respectivo juez de conocimiento, sino que de lo que se trata es de reparar la pérdida de la oportunidad de haber obtenido dicha ganancia o beneficio.

Establecido lo anterior, procede la Sala, como ya se señaló, con base en la equidad a determinar el monto de la indemnización. Para tales efectos, teniendo en cuenta que de conformidad con la pauta jurisprudencial que ha adoptado la Sección en relación con este aspecto, dicho monto debe establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente se esperaba percibir, en razón de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino.

A juicio de la Sala, con base en las reglas de la experiencia y en la sana crítica, puede inferirse que el demandante dentro de un proceso judicial tenía tantas posibilidades de obtener una sentencia estimatoria de sus pretensiones, como de que se le hubiesen negado las pretensiones de forma total, en virtud de lo cual, con sustento en la equidad, se considera que la indemnización que se debe reconocer a favor del señor Jorge Eliécer Santana Linares por la pérdida de oportunidad que sufrió como consecuencia de la imposibilidad de acudir a reclamar judicialmente sus derechos laborales, equivale a un 50% del beneficio que esperaba recibir, es decir la mitad de la suma de \$ 121'162.357⁶⁰, lo cual arroja el resultado de \$ 60'581.178,5, que se considera razonable en atención a la naturaleza de dicha pretensión. No obstante, dicho monto será actualizado a la fecha del presente pronunciamiento, con base en la siguiente fórmula:

$$RA = \$ 60'581.178,5 \frac{\text{ind final (113.797)}}{\text{ind inicial (66.504)}}$$

Ra = \$ 103'662.281

⁶⁰ Pretensión consistente en “las mesadas dejadas de percibir desde el año 1989 a 2001”.

Total perjuicios por pérdida de oportunidad: Ciento tres millones seiscientos sesenta y dos mil doscientos ochenta y un pesos (\$103'662.281).

- **Perjuicios morales.**

En relación con el reconocimiento de perjuicios morales derivados de la pérdida o daños de bienes materiales, resulta necesario advertir que esta Sección del Consejo de Estado ha reconocido este tipo de perjuicio inmaterial, pero siempre que el mismo se encuentre probado dentro del proceso, puesto que a diferencia de lo que ocurre con la pérdida de la vida y/o el menoscabo de la integridad psicofísica de una persona⁶¹, la pérdida o destrucción de tales cosas materiales, por sí misma, no amerita su reconocimiento. Es posible que en circunstancias especiales y por razones de particular afecto, se vivencie el dolor moral por los daños a bienes materiales, pero en todo caso, dicho padecimiento moral deberá estar acreditado en el plenario, lo que ocurrió en el *sub judice*, puesto que los elementos de prueba obrantes en el proceso no dan cuenta del presunto sufrimiento del actor en virtud de su imposibilidad de acceder a la justicia, razón por la cual el reconocimiento de tales perjuicios será negado.

2.8.- Costas.

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

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

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, esto es la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el 30 de diciembre de 2004.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** patrimonial y extracontractualmente responsable a la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores- por los perjuicios causados al señor Jorge Eliécer Santana Linares.

TERCERO: En consecuencia, **CONDENASE** a la Nación -Ministerio de Relaciones Exteriores-, a pagar por concepto de pérdida de oportunidad, a favor del señor Jorge Eliécer Santana Linares, la suma de ciento tres millones seiscientos sesenta y dos mil doscientos ochenta y un pesos (\$103'662.281).

⁶¹ Al respecto, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado ha señalado que con la simple acreditación de la relación de parentesco, a partir de los registros civiles de nacimiento, en casos en los cuales se ve comprometida la vida o la integridad psicofísica de una persona, se presume que tanto la víctima directa como sus padres, abuelos y hermanos sufren un perjuicio de orden moral derivado de tales daños, ello en virtud del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, toda vez que es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando acontece la muerte de un ser querido o se vea disminuida su salud y sus facultades psicofísicas.

CUARTO: DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: CUMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Sin condena en costas.

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA