

## **DAÑO ANTIJURIDICO - Elementos**

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la, "... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública". Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado, "La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración". De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución". Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos". Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que se trate de una situación jurídicamente protegida.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

**NOTA DE RELATORIA:** Al respecto se puede consultar: Corte Constitucional sentencia SU-1184 de 2001. Ver también sentencia C-333 de 1996, sentencia C-333 de 1996, sentencia C-832 de 2001, sentencia C-285 de 2002, sentencia C-619 de 2002, sentencia C-918 de 2002, sentencia C-037 de 2003, sentencia C-043 de 2004, sentencia C-254 de 2003, sentencia C-864 de 2004. Consejo de Estado sentencia de 14 de septiembre de 2000, exp.12166, sentencia de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG y sentencia de 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 AG.

## **PRINCIPIO DE PLANEACION EN LA CONTRATACION ESTATAL - Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de planeación**

El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad. (...) Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como

uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

**NOTA DE RELATORIA:** En este sentido consultar Consejo de Estado sentencia del 31 de agosto de 2006, exp. 14287 y sentencia del 5 de junio de 2008, exp. 1988-08431-01 (8031).

#### **CONTRATACION ESTATAL - Principio de previsibilidad**

En el derecho colombiano, el principio se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Y artículo 1616, que admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes. Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con las Leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001 artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales son retomados en los documentos CONPES Nos 3107 y 3133 de 2001, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero que en líneas generales, constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional. Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuir las a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina. (...) Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos

contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto. Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1150 DE 2007 - ARTICULO 4

**NOTA DE RELATORIA:** Ver sentencia del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2004, expediente 14043

**OMISION DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Deber de observar obligaciones normativas / OMISION DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Vulneración de los principios de planeación y previsibilidad contractual**

La demandada omitió el deber de observar las obligaciones que le imponía la Resolución 0142 de 1996 proferida por ella misma, al tiempo que vulneró los principios de planeación y previsibilidad contractual, en especial aquella en la se demandaba a la entidad territorial a que "...Cuando se trate de proyectos de construcción o mejoramiento de caminos, deberá solicitar a las autoridades de control de los recursos naturales renovables, el estudio previo de impacto ambiental o certificado en el que conste que el área favorecida con la obra no lo requiere (...) PARAGRAFO.- La ENTIDAD TERRITORIAL deberá aportar los anteriores documentos dentro de los treinta (30) días siguientes al perfeccionamiento del convenio" pues a pesar de no haber sido aportado el referido documento por el Municipio de Chaparral - Tolima procedió a iniciar y llevar casi hasta su culminación la obra pública denominada Carretera Veredal de El Bosque - El Moral. (...) La omisión y vulneración a los principios antes señalados, tanto del Municipio, como del Fondo, se encuentra plenamente acreditados mediante la Resolución No. 337 de marzo 19 de 1999, proferida por CORTOLIMA por la cual se ordenó "la suspensión inmediata de las actividades iniciadas en el Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima para la construcción del carretable que comunica las Veredad (sic) de El Bosque y El Moral", en atención a que "...es un proyecto que no cuenta con Licencia Ambiental, puesto que ésta aún se encuentra en trámite ante la Subdirección de Gestión Ambiental, sin que hasta ahora se encuentre siquiera dentro del trámite de evaluación del documento para la aprobación de la viabilidad ambiental. Por otra parte es importante hacer énfasis en que la obra ha afectado varias fuentes hídricas como son las quebradas El Líbano, El Espejo y otros drenajes y que de continuarse las obras se afectarán otras más, como La Cresta, El Gallo y otros drenajes y que además se han afectado propiedades privadas, y su continuación afectará otras más." La mencionada Resolución, sustentada a partir del informe de la visita realizada el día 23 de febrero de 1999 al proyecto carretable El Bosque - El Moral, municipio de Chaparral, por funcionarios de la Corporación Autónoma Regional del Tolima - CORTOLIMA, en la que se estableció que "Los impactos ocasionados por la apertura de esta vía, son especialmente los siguientes: 1) la afectación a las quebradas El Líbano, El Espejo y otros drenajes naturales que cruza la vía, debido a la mala disposición del material de corte que desciende desde la vía hasta el lecho de los cuerpos de agua en mención. 2) La afectación

de la vivienda de la finca La Buenavista, de propiedad del señor Domingo Barragán, la cual fue semidestruida por el desprendimiento de un talud originado por la apertura de la vía, fue evacuada por parte de sus ocupantes. 3) La afectación a cultivos de café, caña, pasto de corte, entre otros, debido a la desestabilización del suelo en los cortes realizados (desprendimiento de taludes y banca de la vía). 4) No existen sitios técnicamente manejados (botaderos) para la disposición final del material sobrante. 5) Sedimentación de la quebrada Grande, debido al arrestre (sic) de material sobrante por los cuerpos de agua afluentes de ésta.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION TERCERA**

**SUBSECCION C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil doce (2012)

**Radicación número: 73001-23-31-000-1999-00539-01(22464)**

**Actor: DOMINGO BARRAGAN URUEÑA**

**Demandado: FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES**

**Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA; SENTENCIA**

Decide la Sub-sección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de 19 de diciembre de 2001 mediante la que se dispuso:

- “1. DECLARAR administrativamente responsable al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES por los perjuicios materiales ocasionados a los bienes poseídos por DOMINGO BARRAGAN URUEÑA, como consecuencia de la construcción de la carretera veredal el Bosque - El Moral del municipio de Chaparral.*
- 2. CONDENAR al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES a pagar al señor DOMINGO BARRAGAN URUEÑA la suma de CINCUENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CUATRO MIL NOVECIENTOS PESOS CON 50 /100 (\$56.204.900.50) MCTE por los perjuicios causados.*
- 3. CONDENAR al Municipio de Chaparral a pagar al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES el valor por ésta cancelado al demandante deduciendo el correspondiente al asegurado.*
- 4. CONDENAR la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS "CONFIANZA S.A." a cancelar al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES el valor asegurado según lo estipulado en la póliza de la responsabilidad civil extracontractual con ocasión del contrato de seguro celebrado con dicho fondo.*
- 5. A este fallo se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A” (fls. 149 a 157 c.3).*

## ANTECEDENTES

### 1. La demanda.

Fue presentada el 7 de abril de 1999 por Domingo Barragán Urueña, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas.

*“1.- Que el FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES, construyó la carretera veredal el BOSQUE- EL MORAL del municipio de Chaparral Tolima. Con abierto proceder, irregular y deficiente de su ejecución, falta de técnica, y carente de los requisitos legales en los terrenos que posee mi mandante.*

*2.- Como concecuencia(sic) de las operaciones administrativas en la construcción de la carretera veredal EL BOSQUE - EL MORAL lesiono(sic) los derechos de mi representado, ocasionando(sic) daños, originando ruinas en sus terrenos, habitaciones, plantíos(sic) y cosechas como fueron descritos en el acápite de los hechos número 10 como se demostrará en el proceso.*

*3.- Los daños, objetos de la demanda son concecuencia(sic) directa de la obra pública realizada por CAMINOS VECINALES, no habiendo previsto lo previsible para la ejecución de la misma.*

*4.- Como concecuencia(sic) de los anteriores(sic) CAMINOS VECINALES es responsable de los daños y perjuicios causados al señor DOMINGO BARRAGAN URUEÑA, como concecuencia(sic) directa de los trabajos de obra pública ejecutados por dicha entidad, que se demuestre en el proceso y posteriormente por el procedimiento señalado por el artículo 308 del C.P.C. y principalmente los relacionados en el acápite de hechos número 2 y 3, como también en lucro cesante que sea demostrado durante el proceso.*

*5.- Que por concepto de indemnización del lucro cesante que se demuestre(sic) durante el porceso(sic) se condene a CAMINOS VECINALES al pago de los intereses comerciales para el periodo comprendido entre la comisión del daño y la fecha del pago efectivo de la condena.*

*6.- Que se actualice el valor del daño emergente y lucro cesante acreditado en el proceso de la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta la variación del Índice de precios al consumido(sic) o al pormayor(sic), al tenor del artículo 178 del C.C.A., para el periodo comprendido entre la fecha en que se causo el daño y la fecha en que se producá(sic) el pago efectivo de la condena.*

*7.- En el evento en que la entidad demandada no diere cumplimiento(sic) inmediato a la sentecia(sic), se condene al pago de los intereses sobre el monto de la condena liquida, señalada por el artículo 177 C.C.A.” (fls. 30 a 44 c.1).*

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos en la siguiente forma:

*“Mi mandante, el señor DOMINGO BARRAGAN URUEÑA, poseedor de la finca de mejoras agrícolas(sic) denominada "BUENAVISTA" situada en terrenos de la finca "LA PORRA" de propiedad de la sucesión de CAMILO IRIARTE, situado en la facción de Ambeima, jurisdicción municipal de*

Chaparral, la cual tiene un extensión de (25) hectáreas, poco más o menos, determinada por los siguientes linderos: Por el oriente con predios y mejoras de SEBASTIAN BARRAGAN, por el occidente con predios y mejoras de la sucesión de ELOY CRUZ y TEODORO MARIN, por el norte con predios y mejoras de JOSE YANGUMA, y por el sur con predios y mejoras de la finca "LA PORRA" TADUO DONOSO.

La finca relacionada anteriormente estaba conformada por: Casa de habitación y dotación, cuartel general de trabajadores, unidad sanitaria, patio de cemento para secado de café, beneficiadero para café, enramada para proceso de caña de azúcar, plantío de café y plantíos de pasto de corte.

La casa de habitación estaba construida de dos plantas, en bloques de cemento, la primera planta sin paredes, la segunda con dos habitaciones, cocina y celda para secado de café con pisos en cemento.

El cuartel de los trabajadores, con su respectiva dotación, cocina enchapada, comedor aproximadamente para 20 personas, tres alcobas, corredor y techo de zinc.

El beneficiadero de café, construido en bloque de cemento, tolda de madera, techo de zinc, tanque de almacenamiento, fosa para el almacenamiento y almacenamiento para pulpa de café, techo de zinc, piso en cemento y rejilla, con patios de cemento para el secado de café.

La ramada sostenida en columnas de cemento y estructura de hierro con techo de zinc.

Dotada también con accesorios de funcionamiento tales como acueducto, distribución hidráulica y salida de aguas negras.

Todas estas construcciones han sido hechas y planteadas por mi representando, con sus propios esfuerzos durante el lapso de tiempo que ha venido poseyendo y a expensas de sus propios recursos.

El demandante ha tenido la posesión del inmueble de forma quieta, pacífica(sic) e ininterrumpida por más de 40 años.

Entre los meses de noviembre y diciembre de 1998 fue construida por el FONDO DE CAMINOS VECINALES, la obra pública denominada CARRETERA "VEREDAL DEL BOSQUE - EL MORAL, municipio de Chaparral, según contrato de obra pública número 73-0384-0-98.

La obra se realizó en desarrollo del programa 111 CONSTRUCCION DE INFRAESTRUCTURA PROPIA DEL SECTOR, subprograma 603 CAMINOS VECINALES, proyecto 226 CONSTRUCCION CARRERA VEREDAL EL BOSQUE-EL MORAL, Municipio el(sic) Chaparral Tolima.

El tramo a construir, es decir, trazado por donde habría de pasar la carretera se había proyectado inicialmente, por la zona alta de la vereda, lugar muy diferente y distante al inmueble mencionado, así(sic) fue como se informó a la comunidad(sic).

Intempestivamente, y sin consultar a mi representado, sin solicitar autorización sin negociar la servidumbre, la carretera fue construida continuo a los inmuebles descritos en los hechos 1 y 2 como se aprecia perfectamente en las fotos que se anexan, aduciendo por parte de los trabajadores de la obra que el cambio de las planos se había hecho con miras a economizar tiempo y la carretera quedara más corta.

El día 19 de febrero de 1999 y debido al corte de terreno, la remoción de la tierra y la construcción de la carretera se produjo la desestabilización del suelo ocasionando(sic) desprendimiento de taludes en toda la zona aledaña a la finca objeto de la demanda, dejando como resultado daños de tal magnitud como se describen a continuación y se aprecian claramente en las fotos

a. Al desprenderse el talud de tierra sobre la casa, penetra en la casa y la destruye con todos los enseres.

b. En las fotos se observa como(sic) fue destruyendo el talud cada uno de los lugares de habitación.

c. Tumba de la parte lateral por donde corre el elbo para el secado de café dejando la parte central en amenaza de ruina, es decir, inútil.

d. El beneficiadero de café quedo altamente amenazado de ruina, haciendo que se pierda en su totalidad la utilización que tenia.

e. igualmente destruyo el cacino(sic) de los trabajadores.

f. LOS servicios sanitarios quedaron totalmente destruidos.

g. El establecimiento de molinenda fue removido de tal manera, que irremediablemente tendrá que derribarse.

h. El establo para el cuidado de ganado también quedo destruido.

No se conoció en la zona, visita preliminar o que permitiría(sic) presumir la realización de estudio geológico o impacto ambiental.

Para la ejecución de la obra no se expidió licencia ambiental por parte de Cortolima, por lo tanto no existe él(sic) plan de manejo ambiental y los estudios de control de aguas, control de taludes y otros.

Solamente, después de haber ocurrido el deslizamiento o avalancha de tierras (desastre), el lugar fue visitado por el señor FERNANDO RODRIGUEZ, funcionario de Cortolima para el estudio ambiental(sic).

Ante la concurrencia de los hechos fue puesto en conocimiento el señor Alcande(sic) Municipal del municipio de Claparral(sic), quien manifestó no tener que ver con el asunto debido a que el municipio no fue quien construyó la carretera.

Igualmente se hablo con el ingeniero de obras públicas del mismo municipio, quien afirmó lo expuesto por el señor Alcalde.” (fls. 30 a 44 c.1).

## **2. Actuación procesal en primera Instancia**

El Tribunal Administrativo del Tolima mediante providencia de 15 de abril de 1999 admitió la demanda (fl. 45 c.1), la cual fue notificada a la entidad demandada el 26 de mayo de 1999 (fls. 48 c.1).

El apoderado del Fondo Nacional de Caminos Vecinales contestó la demanda en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Así mismo, planteó como argumentos de su defensa los siguientes:

“1- No se encuentra demostrado(sic) que los daños alegados por el demandante, provengan directamente, como consecuencia de la construcción de la carretera, por tanto no existe por ahora nexo de causalidad entre las acciones de mi representada y los daños alegados como efecto de dichas acciones.

2 la obra pública fué(sic) recibida por la entidad satisfactorimente(sic), según los programas mensuales el día 30 de noviembre de 1998.” (fls. 72 a 75 c.1).

Asimismo, propuso denuncia de pleito en contra del Municipio de Chaparral - Tolima y llamó en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. Confianza.

El a quo mediante auto de fecha 20 de agosto de 1999 admitió la denuncia de pleito hecha por el Fondo de Caminos Vecinales al Municipio de Chaparral -

Tolima y el llamamiento en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza. (fl. 76 c.1)

La denuncia de pleito fue notificada al señor Alcalde del Municipio de Chaparral - Tolima el 10 de noviembre de 1999 (fl. 83 c.1). La llamada en garantía, Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza, fue notificada el 9 de noviembre de 1999. (fl. 88 c.1)

El apoderado de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - Confianza contestó el llamamiento en garantía en la oportunidad legal, mediante escrito en el cual manifestó que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Planteó como argumentos de su defensa los siguientes:

*"1. Mi representada expidió la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. RCE 02-1-0769849 cuyas principales características al tenor de su carátula, son las siguientes:*

*ASEGURADO NELSON SANCHEZ MARTINEZ  
BENEFICIARIO FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES  
VIGENCIA 29 mayo/98 a 1 de marzo/99  
VR. ASEGURADO \$1.431.453.00  
DEDUCIBLE 10% mínimo \$145.000.00  
OBJETO Garantizar la responsabilidad civil extracontractual Derivada del contrato No. 73-0384-0-98 referente a la Construcción de la carretera veredal el Bosque-El moral, Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima.*

*AMPAROS Predios, Labores y Operaciones.*

*2. Anexo a la póliza en comento, se encuentran las condiciones generales de la misma, así como las particulares del amparo otorgado por CONFIANZA S.A. para Predios, Labores y Operaciones (PLO), las cuales son parte integrante de la póliza arriba descrita, por ende ley para las partes del contrato de seguro de responsabilidad civil extracontractual." (fls. 111 a 115 c.1).*

Y, propuso como excepciones la "inexigibilidad de la póliza por expresa exclusión de hechos demandados" y "Máximo valor asegurado - deducible", las cuales fundamentó así:

**"1. INEXIGIBILIDAD DE LA PÓLIZA POR EXPRESA EXCLUSIÓN DE HECHOS DEMANDADOS**

*Las condiciones generales de la póliza establecen y definen el objeto, alcance y cobertura, expresas exclusiones y en general los mecanismos mediante los cuales es preciso afectar la póliza de responsabilidad civil extracontractual. En este orden de ideas, las mismas establecen, primeramente en su cláusula primera, lo siguiente: " La Compañía Aseguradora de Fianzas SA. CONFIANZA, que en adelante se llamara la compañía, por medio de este contrato de seguros se obliga a indemnizar LOS PERJUICIOS PATRIMONIALES que CAUSE EL ASEGURADO con motivo de determinada responsabilidad civil extracontractual, en que incurra de acuerdo con la ley colombiana a consecuencia de un acontecimiento que produciéndose durante la vigencia del seguro, ocasione muerte, lesión o menoscabo de la salud de las personas (lesiones personales) o el DETERIORO O DESTRUCCIÓN DE BIENES DAÑOS MATERIALES "*

En su cláusula segunda establece las exclusiones, que al tenor entre otras: "La presente póliza NO AMPARA los siguientes hechos:

12. Deslizamiento de tierras, fallas geológicas, asentamientos. Cambios de niveles de temperatura, o agua, inconsistencia del suelo o subsuelo, lluvias.... O cualquier otra perturbación atmosférica o de la naturaleza...

17. Daños causados de la inobservancia de disposiciones legales y de la autoridad o de instrucciones y estipulaciones contractuales

20. Daños y perjuicios morales

21. Daños a bienes intangibles y daños y perjuicios que no sean consecuencia directa de daños materiales y/o corporales garantizados por la póliza..."

En este orden de ideas, tal y como lo expresa el demandante los hechos sucedidos el 19 de febrero/99 tienen su razón de ser según el hecho 10. Por la desestabilización del suelo ocasionando desprendimiento de taludes en toda la zona aledaña a la finca objeto de la demanda. Tales hechos tal y como lo expresan las condiciones generales de la póliza, están expresamente excluidos de responsabilidad de mi representada.

Concordante con lo anterior, el anexo para el amparo de Predios, Labores y Operaciones, en su cláusula II sobre exclusiones, establece: En adición a lo expuesto en las condiciones generales y salvo convenio expreso en contrario, el presente seguro no se extiende a amparar responsabilidad civil extracontractual del asegurado ...por lesiones a personas o LOS DAÑOS A PROPIEDADES resultantes de:

a) Derrumbe y operaciones bajo tierra.

b) Operaciones que hayan sido definitivamente terminadas o abandonadas por el Asegurado (téngase en cuenta que las obras garantizadas al contratista como asegurado señor Nelson Sánchez Martínez, según manifestación al hecho 2. Del acápite de contestación a la demanda presentada por EL FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES- "En cuanto a las pretensiones razones de hecho y de derecho de la defensa" ..La obra pública fue recibida por la entidad satisfactoriamente según los programas mensuales el día 30 de noviembre/98")

H) Daños a propiedades adyacentes. Téngase en cuenta que mi representada expidió la póliza en comento para asegurar responsabilidad civil extracontractual derivada del contrato de obra pública para la construcción de una carretera. Luego tal y como aparece relacionado en las condiciones generales, la póliza no va dirigida a cubrir siniestros que se ocasionen a propiedades adyacentes a aquellas que se están garantizado o indemnizando mediante este contrato.

Finalmente mi representada no tiene ninguna responsabilidad, frente a pretensiones tales como LUCRO CESANTE, toda vez que no se amparo expresamente este concepto y como reza la definición de la cobertura solo se encamina al pago de indemnizaciones derivadas de daños materiales.

## 2. MÁXIMO VALOR ASEGURADO- DEDUCIBLE

Ahora bien, en el evento de no prosperar el anterior medio de defensa, solicito al despacho, se sirva, tener en cuenta que mi representada sólo estaría obligada al pago de la indemnización hasta el máximo valor asegurado, hecha la deducción del denominado deducible, siempre que el asegurado, sea declarado legalmente responsable de los daños ocasionados al demandante.

Lo anterior con fundamento en las condiciones generales de la póliza, cláusulas octava, literal d. y cláusula tercera numeral 6., concordante con los artículos 1077, 1089, 1127 y 1128 del Código de Comercio." (fls. 111 a 115 c.1).

Por su parte, la denunciada en pleito, Municipio de Chaparral - Tolima, guardó silencio.

Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto del 26 de mayo de 2000 (fls. 117 y 118 c.1), por auto de 27 de julio de 2001 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se señaló el traslado especial a que había lugar en caso de solicitarse por el Ministerio Público (fl. 142 c.1).

Las partes demandante y demandada guardaron silencio.

El Ministerio Público rindió su concepto en favor de la parte demandante solicitando *“acceder a las pretensiones del actor, responsabilizar al demandado por los perjuicios causados y condenar a la compañía de seguros hasta el monto del riesgo asegurado”*. (fls. 143 a 148 c.1).

### **3. Sentencia de primera instancia.**

El Tribunal Administrativo del Tolima accedió a las pretensiones de la demanda declarando la responsabilidad de la entidad demandada. El fallo del *a quo* en su fundamentación señaló,

*“...Además se tiene la prueba del contrato celebrado para la construcción de la obra que fue incorporado al expediente por lo cual no debe dudarse por cuanto que se trata de documentos públicos sobre los cuales no ha habido ninguna controversia.*

*Los documentos fotográficos presentados por la parte demandante y por los peritos representan el estado en que quedó la casa de habitación así como también la obra carretable que se realizó cerca a esas edificaciones y que, según los señores auxiliares de la justicia en concepto debidamente fundamentado, controvertido, no objetado, ese terreno fue desestabilizado inicialmente por el retiro obligado de la capa vegetal mostrando de inmediato un suelo no cohesivo con el que se conformaban taludes inadecuados que permitieron(sic) el desequilibrio de subpartículas del suelo en la formación de agrietamiento por los que penetraron aguas lluvias y descorrentía(sic) provocando el deslizamiento y como tampoco se contaba con área de almacenamiento de material de corte, éste fue vertido sobre los taludes inferiores y naturales de la vía los cuales se encontraban cultivados en pastos, café, plátano y caña para panela deteriorando consecuencia!, cualitativa y cuantitativamente tales terrenos.*

*Lo anterior lleva al convencimiento del Tribunal de que los deslizamientos se provocaron por las obras realizadas para la ejecución del contrato de construcción de dicha carretera y esto no tenía porqué soportarlo el demandante y no tenía porqué toda vez que siendo que el Estado tenía la obligación de prestar ese servicio, no puede hacerlo de cualquier manera sino que también está en la de tomar todas las medidas técnicas adecuadas pertinentes y apropiadas para evitar el daño que con la realización de las obras puedan eventualmente ocasionarse.*

*No tiene ninguna seriedad, no responde a elementales principios de defensa procesal, el que se diga, como se hace en la contestación de la demanda, que si el demandado se encontraba inconforme con el trazado y con las demás circunstancias debió proceder a elevar la reclamación formal correspondiente ante las autoridades competentes. Que su silencio sea una complacencia con la ejecución de la obra es tanto como exigirle*

que es el encargado de aprobar o improbar lo que el Estado debe revisar y ello no es así.

El artículo 90 de la Constitución Nacional consagra que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y aquel no puede eximirse de esa responsabilidad con el débil e inaceptable argumento de que la víctima tenía que expresar previamente su objeción a la causa del daño porque él no estaba técnicamente en condiciones de percibirlo y por el contrario, era el Estado el obligado a la realización de la obra, cumpliendo todas las normas técnicas, tomando todas las medidas de prevención que, seguramente de haberlo hecho no hubiera causado el daño como lo hizo.

Del precepto Constitucional acabado de citar, se desprenden tres elementos constitutivos de la acción como son el hecho generador, el daño antijurídico y la inmutabilidad o relación de causalidad que fácilmente(sic) se han demostrado en éste asunto por cuanto que, con respecto al primero está probada la construcción de la carretera siendo indiferente que se haya hecho por el trazado inicialmente proyectado o que posteriormente haya sido vahado pues lo cierto es que esa obra lúe construida por la entidad demandada. El segundo, es fácilmente visible que el desprendimiento del terreno destruyó las edificaciones poseídas o tenidas materialmente por el demandante(sic) y así se establece por medio de las fotografías que se anexaron y lo aseguran los peritos en el concepto que rindieron. El daño es antijurídico porque si bien puede decirse que el tenedor poseedor o propietario está en la obligación de soportar que por sus terrenos se construya la vía, no lo está que se le causen daños por esas construcciones.

Sobre la imputabilidad, plena y suficientemente se probó que fué(sic) la entidad demandada la que construyó la carretera que, por otro lado firmó interadministrativo de coparticipación con el municipio de Chaparral. Allí está el respectivo contrato, la afirmación hecha por el demandante, la aceptación de aquella y los documentos fotográficos que ilustran la obra ya ejecutada como los deslizamientos que con ocasión de ésta se presentaron.

Lo anteriormente expuesto lleva a la conclusión de que la pretensión resarcitoria debe acogerse y en consecuencia la sentencia debe ser estimatoria.” (fls. 149 a 157 c.3).

#### **4. Recurso de apelación.**

Contra la sentencia de primera instancia la parte demandada interpuso recurso de apelación dentro del término legal (fl. 168 c.3).

El *a quo* mediante auto de 5 de febrero de 2002 concedió el recurso de alzada (fl. 167 c.3).

#### **5. Actuación en segunda instancia**

El Despacho corrió traslado a la parte actora para sustentar el recurso de apelación (fls. 171 y 172 c.3); el demandado mediante escrito de 21 de julio de 2002 sustentó oportunamente el recurso. (fls. 173 a 176 c.3); y admitió el mismo mediante auto de 23 de julio de 2002 (fls. 178 y 179 c.3); por medio de providencia de 17 de septiembre de 2002 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público

por el término común de diez (10) días para que presentaran alegatos de conclusión y se surtiera el traslado especial para emitir concepto (fl. 181 c.3).

La parte demandada en sus alegatos, reiteró en lo sustancial lo expuestos en las distintas instancias procesales (fls. 182 a 185 c.3).

La parte demandante guardó silencio.

El Ministerio Público rindió su concepto y solicitó que *“se modifique la sentencia impugnada en el sentido de que se declare solidariamente responsables al FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES y AL MUNICIPIO DE CHAPARRAL por los daños causados al demandante con fundamento en las consideraciones de hecho y de derecho expuestas en el presente escrito, petición que obedece al grado de consulta por reunir los presupuestos que para tal efecto señala el artículo 184 del C.C.A.”* (fls. 187 a 198 c.3).

## CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente recurso de apelación en razón a que la mayor pretensión individualmente considerada corresponde a \$105'000.000.oo<sup>1</sup> por concepto de daños materiales a favor de Domingo Barragán Urueña. En ese orden, corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de diciembre de 2001.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados en el escrito de alzada. Al respecto conviene recordar lo establecido en la parte final del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

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

Para resolver el asunto sometido a conocimiento de la Sala, se abordará el estudio de los siguientes aspectos: 1) aspectos procesales previos; 2) el objeto del recurso de apelación; 3) los hechos probados; 4) el daño antijurídico; 5) la imputación de la responsabilidad; 5.1) Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; 5.2) El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la desatención de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo; 5.3) Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de la planeación; 5.4) El principio de la previsibilidad; La imputación de la responsabilidad en el caso concreto y; 6) los perjuicios.

### 1 Aspectos procesales previos.

---

<sup>1</sup> Como quiera que la sentencia fue proferida en el año 2001, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 1999, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso fuere susceptible del recurso de apelación era de \$ 18'850.000.oo

Previo a abordar el análisis respecto al objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, la Sala advierte que con el libelo demandatorio se aportaron veintiocho fotografías<sup>2</sup>, con las cuales se pretende establecer "...la magnitud de los daños ocasionados por los hechos narrados". Estos documentos fotográficos no llenan los requisitos legales para ser valorados. En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que,

*"... En este caso son privados, pues la demanda es indicadora indirecta de que tienen origen en la propia parte que las allegó (art. 251 C. P. C.); de todas maneras tienen dicha calidad porque en ellos no consta el funcionario que las tomó o filmó. Para cuando se aportaron dichos elementos probatorios regía el artículo 25 del decreto ley 2.651 de 1991 según el cual "Los documentos presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, tuvieron o no como destino servir de prueba se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal ni autenticación ( )" lo cierto es que la sola presunción de autenticidad de los mismos no define las situaciones de tiempo y modo de lo que ellas representan. Esto por cuanto la fecha cierta de un documento privado, respecto de terceros, se cuenta a partir de uno de los siguientes hechos: o por el fallecimiento de alguno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido inscrito en un registro público o en que conste haberse aportado al proceso, o en que haya tomado razón de él un funcionario competente en su carácter de tal, o desde que haya ocurrido otro hecho que le permita al juez adquirir certeza de su existencia (art. 280 C. P. C). Desde otro punto de vista, la doctrina se ha pronunciado sobre el valor probatorio de las fotografías como documentos representativos que son; dice que las fotografías de personas, cosas, predios, etc. sirve para probar el estado de hecho que existía al momento de haber sido tomadas, de acuerdo con la libre crítica que de ellas haga el juez y que son un valioso auxiliar de la prueba testimonial, cuando el testigo reconoce en ella o en ellas el lugar o la cosa que dice haber conocido. Por consiguiente y para el caso como la fecha cierta de las fotografías es la de presentación de la demanda, porque se aportaron con ésta, el 26 de julio de 1995, de nada sirve para la eficacia probatoria que se reputen auténticas."<sup>34</sup>*

En ese orden y comoquiera que en el caso concreto los hechos ocurrieron, según lo afirma el demandante, el 19 de febrero de 1999 y que se reputa como fecha cierta de las fotografías la de la presentación de la demanda, esto es el 7 de abril de 1999, las mismas carecen de toda eficacia probatoria.

## **2 Objeto del recurso de apelación.**

Resulta necesario precisar que los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada están encaminados a que se revoque la sentencia de primera instancia, para en su lugar se denieguen las suplicas de la demanda, por considerar que,

*"Revisado el actuar procesal, se puede verificar a folio 117 c.p. que mediante providencia del 26 de mayo de 2080, proferida por el Magistrado Ponente doctor ALVARO GONZALEZ MURCIA, en la que se resuelve sobre las pruebas pedidas por el DEMANDANTE en el numeral 2,- se*

<sup>2</sup> Folios 16 a 29 cuaderno 1.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sentencia del diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004), Exp. 14452.

<sup>4</sup> Posición reiterada por Consejo de Estado, Sección Tercera, exps. 19630, 20498, 19901 y 18229.

dispone: "que mediante auxiliares de la justicia se rinda un experticio sobre los puntos perseguidos por el factor en su capítulo probatorio (fol. 41)." e igualmente se designan como peritos a los señores GERMAN AUGUSTO GALEANO ARBELAEZ y HERNANDO GIRALDO BERMÚDEZ y se establece un término de diez (10) días para que rindan su dictamen.

- En "Diligencia de Posesión" de los peritos el día 17 de julio de 2000 (fol. 130 cp.) HERNANDO GIRALDO BERMÚDEZ y GERMAN A. GALEANO ARBELAEZ, designados por el Tribunal, efectuada en la ciudad de Ibagué, ante el despacho del doctor ALVARO GONZALEZ MURCIA, magistrado del H. Tribunal Administrativo del Tolima, los señores peritos hacen solicitud al mismo y presentan escrito en el sentido de que se les fije la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000.00), para gastos periciales; a lo cual el señor magistrado accede y ordena en esta misma diligencia de posesión que "la parte actora" los consigne en el término de cinco (5) días y a renglón seguido dispone:

"Si dentro del término señalado no se consigna la suma fijada, se considerará que quien pidió la prueba desiste de ella,,,"

Adicionalmente se les advierte a los peritos en la misma diligencia, que tienen diez (10) días para rendir el experticio, que se les contabilizaran a partir del día siguiente de consignados los gastos.

El actor tenía plazo hasta el día 25 de julio de 2000 para consignar el valor de los gastos periciales y no lo hizo, por tal razón, en providencia del 3 de agosto de 2000 (fol. 131 c.p), el H. Magistrado ponente Dr. Álvaro González Murcia, en cumplimiento de lo dispuesto en la Diligencia de Posesión citada, establece perentoriamente;

"Como la parte interesada no consignó los gastos periciales fijados a los señores Germán Augusto Galeano Arbeláez y Hernando Giralda Bermúdez, se entiende que desiste de esta prueba" (Se Subraya)

Al respecto, esta decisión causó efectos Inter-partes que no se deben desconocer y su quebrantamiento implica un atentado contra el debido proceso.

Sin embargo lo anterior, llamo la atención de esta H. Corporación en el sentido de que a pesar de haberse proferido la citada decisión expresa sobre dicha prueba, el apoderado de la parte actora en su oportunidad judicial, guardo silencio sobre la misma y en su lugar, mediante escrito con fecha del 11 de agosto de 2000, solicita que "se devuelva el expediente a secretaría para que se le de posesión a los peritos nombrados por su despacho con el fin de que en -el menor tiempo posible rindan el dictamen pericial decretado dentro del acápite de pruebas" nótese que no indica a cuales peritos nombrados es que hace referencia, lo cual nos da a entender que son los nombrados para la parte DEMANDADA, toda vez que los nombrados en su interés, para esta fecha ya se habían posesionado, tal como se indica en este escrito.

Solo hasta el 15 de marzo de 2001, mediante escrito, el perito HERNANDO GIRALDO BERMUDEZ nombrado para la parte actora, manifiesta que los gastos fueron cancelados el 02 de marzo de 2001 y que el trabajo se efectuó el 3 y 4 de marzo de 2001; en el mismo escrito solicita plazo adicional de diez (10) días para presentar experticio, es así como sin mediar pronunciamiento alguno del a quo, inexplicablemente y en flagrante contradicción con decisión del H. Magistrado, sobre el entendido de DESISTIMIENTO DE LA PRUEBA (fol. 131 c.p,) la prueba se practica; los peritos presentan el dictamen pericial "con base en lo solicitado por la parte actora", en escrito con fecha de presentación del 24 de abril de 2001. pasados más de treinta (30) días desde el pago "extemporáneo" de los gastos periciales .

(...)

**DE LAS CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

*La apreciación del H. Tribunal en cuanto lo expresado en la contestación de la demanda sobre la reclamación que el demandante debió hacer por su "inconformidad con el trazado", es equivocada, toda vez que tal expresión corresponde a una manifestación dirigida expresamente sobre el hecho contenido en el numeral 9 del escrito de demanda, además en un Estado Social de Derecho, a los ciudadanos tienen plena libertad para presentar reclamaciones y expresar sus inconformidades con las actuaciones del Estado, sin que ello implique que se abroge al inconforme el encargo de 'aprobar o improbar lo que el Estado debe revisar: porque el estado está en la obligación de atender las peticiones y brindar soluciones. En ningún momento esta manifestación sobre un hecho de la demanda se planteó, como equivocadamente lo indica el H. Tribunal, como argumento de defensa procesal para eximir de responsabilidad a mi representado*

*Si bien es cierto que la obra fue construida por la entidad demandada, ella obedeció a unos planes y programas previamente establecidos, en colaboración directa con el municipio de Chaparral - Tolima, en procura del beneficio de esta comunidad, en consecuencia las partes adquirieron compromisos expresos, en constancia de los cuales se suscribió entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y el Municipio de Chaparral, un acuerdo de voluntades contenido en el "CONVENIO INTERADMINISTRATIVO DE COFINANCIACION No. 73-0115-0-98" del 10 de febrero de 1998, que a la luz del derecho es ley para las partes y dentro del cual, cada uno de los contratantes se compromete y se obliga en determinadas circunstancias en procura de un fin común, en el mismo se pacto expresamente, como de responsabilidad exclusiva del Municipio las indemnizaciones en su Cláusula Tercera: INDEMNIZACIONES: Serán a cargo del municipio las indemnizaciones derivadas de la destrucción de mejoras o de la ocupación permanente o transitoria de los predios requeridos para la ejecución de la obra, accesos, campamentos, extracción y depósito de materiales....", por lo tanto, es el municipio de Chaparral quien debe asumir en forma exclusiva los perjuicios causados al demandante y en tal virtud, es al mismo municipio a quien debe dirigirse la obligación de pagar directamente al perjudicado, la suma de dinero determinada y debidamente respaldada en la prueba pertinente, legal y oportunamente aportada al proceso, por concepto de los perjuicios ocasionados; requisito sine cuanum(sic) no es posible la condena,*

**DE LOS PERJUICIOS:**

*De no acoger los planteamientos contenidos en el presente escrito en relación con la validez de la prueba pericial, solicito a esta H. Corporación tener en cuenta las siguientes argumentaciones sobre el capítulo de los perjuicios contenido en el fallo recurrido:*

*La apreciación del Tribunal en cuanto a que la relación de los daños y sus respectivos valores hechos en la demanda, coinciden con los mencionados en el "Dictamen Pericial", no es exacta y no se compadece con la realidad. En primer lugar y especialmente en lo que tiene que ver con el "cultivo de plátano" sobre el cual, el suscrito oportunamente presento en escrito de fecha 10 de mayo de 2001, objeción grave y total desacuerdo, atendiendo a que dentro del acervo probatorio, brilla por su ausencia la prueba de su existencia como cultivo predominante y de explotación económica, al punto de que no fue siquiera mismo a lo largo del transcurrir procesal (llámese declaraciones, certificaciones, visitas etc.), solo se enuncian para la época de sucedidos los hechos", productos como el café, la caña de azúcar y al*

*parecer pastos» en consecuencia, mal podría el H Tribunal, sin previo pronunciamiento alguno en la sentencia sobre la citada objeción, como lo expreso a folio 137 y 146 del c. de pruebas: "4....,la objeción del dictamen se resolverá en sentencia,.", acoger o reconocer su valoración contenida en el Dictamen Pericial, toda vez que se está reconociendo Injustamente y en detrimento del condenado al pago, algo no pedido y más aun, un perjuicio no causado.*

*Dentro un sistema procesal como el nuestro, gobernado por el principio dispositivo, al juez no le es permisible decidir más que sobre lo que se le hubiere pedido, máxime cuando también se establece por la ley que la sentencia debe guardar armonía con las pretensiones del actor.*

*En segundo lugar, el a quo no tuvo en cuenta que el Dictamen Pericial en el "RESUMEN DAÑO EMERGENTE" presenta un error matemático, cuando en la suma del ítem 4,1.3. "Plantación de Café" se indica la suma de \$3'400.000.00, pero en realidad debe corresponder a la suma de \$2'400.000.00, determinada y contenida en la página 8 del referido Dictamen; error que igualmente fue señalado por el suscrito en el escrito referido y reconocido expresamente por los peritos (fol. 141 c. pruebas), por lo tanto, debe ser tenido en cuenta y sobre el cual se debe ajustar el valor real en el fallo recurrido." (fls. 173 a 1176 c.3)*

### **3 Los hechos probados.**

Respecto de los hechos que dieron origen al presente proceso, se tiene que los medios probatorios debidamente allegados y practicados en el proceso y que gozan de eficacia probatoria en el *sub iudice*, son los siguientes:

- 1) Copia autentica de la Escritura Pública No. 621 del 13 de agosto de 1971 de la Notaría Única del Círculo de Chaparral - Tolima, mediante la cual se protocolizan los testimonios sobre la posesión del inmueble objeto de la Litis. (fls. 4 a 8 c.1)
- 2) Oficio 2202 de 23 de marzo de 1999 suscrito por el Subdirector Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA, sobre la visita realizada el 23 de febrero de 1999 al proyecto carretable el Bosque - El Moral. (fls. 13 a 15 c.1)
- 3) Proyecto "Construcción Carretera Veredal El Bosque - El Moral, Municipio de Chaparral Tolima, convenio con el Municipio" (Contratado por el FNCV con la Ing. Arcelia Arias) Contrato No. 73-0005-98. (fls. 49 a 89 c.2)
- 4) Contrato No. 73-0384-098, celebrado entre el FNCV y Nelson Sánchez Martínez por valor de \$28.629.051 cuyo objeto es "Construcción Carretera Veredal El Bosque - El Moral, Municipio de Chaparral Departamento del Tolima." (fls. 17 a 20 c.2)
- 5) Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 73-0115-0-98 celebrado entre el FNCV y el Municipio de Chaparral por valor de \$1.800.000.00 (fl. 21 c.2)
- 6) Acta de iniciación de obra. (fls. 22 a 26 c.2)
- 7) Acta de suspensión de plazo No. 1. (fls. 34 a 35 c.2)
- 8) Acta de modificación de cantidades de Obra. (fls. 36 y 37 c.2)

- 9) Acta de obra final No. 01F, y factura de cobro por valor de \$14'306.730.50 (fls. 27 a 30 c.2)
- 10) Acta de recibo final de Obra y de liquidación del contrato. (fls. 39 y 40 c.2)
- 11) Informe sobre carreteable El Bosque - El Moral suscrito por la Coordinadora de Control y Seguimiento de la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA. (fl. 2 c.2).
- 12) Resolución No. 337 de 18 de marzo de 1999 expedida por Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA. (fls. 3 a 5 c.2)
- 13) Concepto técnico, expediente 12382, del Área de Evaluación Ambiental de proyectos de la Subdirección de Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA. (fls. 6 a 11 c.2)
- 14) Oficio 009155 de 27 de julio de 2000 suscrito por el Subdirector de Gestión Ambiental de la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA. (fls. 12 y 13 c.2)
- 15) Testimonio de los señores Tadeo Donoso Rodríguez, Urias Donoso Pérez, Graciliano Cárdenas Rodríguez, José William Cárdenas, Oscar de Jesús Serna Ospina, Diber Perdonó Ramírez y Luz Dary Oviedo Sierra. (fls. 99 a 113 c.2)
- 16) Dictamen pericial rendido por los peritos Hernando Giraldo Bermúdez y Germán Augusto Galeano Arbeláez. (fls. 115 a 129 c.2)
- 17) Aclaración del dictamen pericial rendido por los peritos Hernando Giraldo Bermúdez y Germán Augusto Galeano Arbeláez. (fls. 140 a 142 c.2)

#### **4. Daño antijurídico.**

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

*“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otra lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”<sup>5</sup>.*

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

*“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”<sup>6</sup>.*

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los *“principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”<sup>7</sup>.*

Asimismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un *“Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”<sup>8</sup>.* Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>9</sup>, anormal<sup>10</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>11</sup>.

Para el caso concreto, se encuentra plenamente demostrado el daño antijurídico irrogado al actor consistente en la destrucción parcial de los bienes inmuebles construidos en la finca denominada “Buenavista” situada en la facción de Abeima, jurisdicción municipal de Chaparral - Tolima, como consecuencia de la construcción de la obra pública denominada Carretera Veredal del Bosque - el Moral, municipio de Chaparral, según contrato de obra pública No. 73-0384-0-98.

## **5. La imputación de la responsabilidad.**

### **5.1. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”<sup>12</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>13</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses

<sup>6</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

<sup>8</sup> Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirse al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

<sup>9</sup> Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

<sup>10</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

<sup>11</sup> Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

<sup>12</sup> En precedente jurisprudencial constitucional se indica: *“El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las*

de los administrados<sup>14</sup> y de su patrimonio<sup>15</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>16</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina,

*“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>17</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”<sup>18</sup>.*

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>19</sup> tiene como fundamento la

---

*autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.*

<sup>13</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>14</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

<sup>15</sup> “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>16</sup> La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

<sup>17</sup> “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>18</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

<sup>19</sup> “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>20</sup> tanto por la acción, como por la omisión.

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

*“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>21</sup>.*

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>22</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la

---

<sup>20</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>22</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libre) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

atribución jurídica<sup>23</sup>. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>24</sup>.

Cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>25</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>26</sup>.

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”<sup>27</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>24</sup> “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

<sup>25</sup> “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>26</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>27</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>28</sup> JAKOBS, G. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>29</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>30</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>31</sup>.

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>32</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y*

---

<sup>29</sup> “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

<sup>30</sup> “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

<sup>32</sup> Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

cognoscible<sup>33</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano<sup>34</sup>.

A lo que se agrega por el mismo precedente,

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

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

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

*2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante*

<sup>33</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

*institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.*

*Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos<sup>35</sup><sup>36</sup>.*

*16. En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante<sup>37</sup>.*

Debe tenerse en cuenta, también, que el “Estado será responsable de los actos de particulares si los órganos del Estado hubieran podido actuar para prevenir o reprimir el comportamiento de éstos<sup>38</sup>, o si existiese una relación de hecho específica entre la persona o entidad que observó el comportamiento y el Estado<sup>39</sup><sup>40</sup>.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme al anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

## **5.2. El régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños causados a particulares como consecuencia de la desatención de las autoridades públicas en el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.**

<sup>35</sup> Cfr. Günther Jakobs. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

<sup>36</sup> Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>37</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>38</sup> Un Estado sólo incurre en responsabilidad por un delito político cometido en su territorio contra la persona de extranjeros si no ha adoptado las disposiciones pertinentes para prevenir el delito y para perseguir, detener y juzgar al delincuente. *Caso Tellini*, Sociedad de las Naciones, Noviembre 1923. Las obligaciones de prevención se conciben por lo general como obligaciones de realizar los máximos esfuerzos, es decir, que obligan a los Estados a adoptar todas las medidas razonables o necesarias para evitar que se produzca un acontecimiento determinado, aunque sin garantizar que el acontecimiento no vaya a producirse, la violación de una obligación de prevención puede ser un hecho ilícito de carácter continuo.

<sup>39</sup> Generalmente se trata de casos en los que el Estado complementa su propia acción contratando o instigando a personas privadas o a grupos que actúen como auxiliares, pero sin pertenecer a la estructura oficial del Estado. La Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, en el asunto *Fiscal c. Tadic*, destacó que: “En derecho internacional, la condición para que se atribuyan al Estado actos realizados por particulares es que el Estado ejerza un control sobre esos particulares”. Asunto IT-94-1, *Prosecutor c. Tadic*, (1999), I.L.M., vol.38, párr.117. Otro ejemplo lo constituye la captura de Adolf Eichmann, por un grupo israelíes en Buenos Aires el 1o de mayo de 1960 llevándolo posteriormente en avión a Israel donde fue sometido a juicio.

<sup>40</sup> RODRIGUEZ H, Gabriela. “Normas de responsabilidad internacional de los Estados”, en MARTIN, Claudia; RODRIGUEZ-PINZON, Diego; GUEVARA B., José A. (Comp) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 1ª ed. México, Fontamara; Universidad Iberoamericana, 2004, pp.56.

La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que<sup>41</sup>, en casos como el que es objeto de estudio en el presente proveído, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, frente a supuestos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, la Sala ha señalado que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, de un lado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto, de otro. En este sentido, se ha sostenido que:

*"1.- En casos como el presente, en los cuales se imputa responsabilidad a la administración por el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones, la determinación de si el daño causado al particular tiene el carácter de daño antijurídico, depende de acreditar que la conducta de la autoridad fue inadecuada. Si el daño que se imputa a ésta se deriva del incumplimiento de un deber que legalmente le corresponde, o de su cumplimiento inadecuado, la antijuridicidad del daño surgirá entonces aquí de dicha conducta inadecuada, o lo que es lo mismo, de una FALLA EN EL SERVICIO.*

*(...)*

*"2.- Para determinar si aquí se presentó o no dicha falla del servicio, debe entonces previamente establecerse cuál es el alcance de la obligación legal incumplida o cumplida inadecuadamente por la administración. Debe precisarse en qué forma debió haber cumplido el Estado con su obligación; qué era lo que a ella podía exigírsele; y, sólo si en las circunstancias concretas del caso que se estudia se establece que no obró adecuadamente, esto es, que no lo hizo como una administración diligente, su omisión podrá considerarse como causa del daño cuya reparación se pretende.*

*"La falla de la administración, para que pueda considerarse entonces verdaderamente como causa del perjuicio y comprometa su responsabilidad, no puede ser entonces cualquier tipo de falta. Ella debe ser de tal entidad que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias en que debía prestarse el servicio, la conducta de la administración pueda considerarse como "anormalmente deficiente".*

### **5.3. Sujeción de la actividad estructuradora de la administración al principio de la planeación.<sup>42</sup>**

"El principio de la planeación o de la planificación aplicado a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado guarda relación directa e inmediata con los principios del interés general y la legalidad, procurando recoger para el régimen jurídico de los negocios del Estado el concepto según el cual la escogencia de contratistas, la celebración de contratos, la ejecución y liquidación de los mismos, no pueden ser, de ninguna manera, producto de la improvisación. La ausencia de planeación ataca la esencia misma

<sup>41</sup> Sección Tercera, marzo 8 de 2007, expediente No. 27.434.

<sup>42</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal, desconociendo en consecuencia fundamentales reglas y requisitos previos dentro de los procesos contractuales; es decir, en violación del principio de legalidad.

De esta relación normativa se concluye sin mayores esfuerzos que la idea central del constituyente de 1991 y del legislador al establecer los parámetros para los contratos de las entidades estatales fue la de exigirle perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos.

En esta perspectiva, la planeación, y en este sentido la totalidad de sus exigencias, constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

La planeación se vincula estrechamente con el principio de legalidad, sobre todo en el procedimiento previo a la formación del contrato. Es aquí, en este período, donde el principio de legalidad se manifiesta de manera más intensa por actuar en forma de vinculación positiva a la ley, es decir, porque las exigencias del legislador son especialmente expresas y claras para el operador.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.

Los elementos enunciados en el concepto operativo de contrato estatal desarrollado en el epílogo de la primera parte de este trabajo, no resultan lógicos ni entendibles, ni mucho menos acertados, dentro del esquema de la configuración objetiva de la conmutatividad y todo lo que ella implica, al igual que en la construcción, regulación o extinción de relaciones jurídicas patrimoniales, si no corresponden a un negocio debidamente estructurado, pensado, diseñado conforme a las necesidades y prioridades que demanda el interés público, esto es, si no se ajusta el mismo al desarrollo y aplicación adecuada y cabal del denominado principio de la planeación o de la planificación aplicada a los procesos de contratación y a las actuaciones relacionadas con los contratos del Estado, en otras palabras, se busca por el ordenamiento jurídico que el contrato Estatal no sea el producto de la improvisación o de la mediocridad. La ausencia de planeación ataca la esencia misma del interés general, con consecuencias gravosas y muchas veces nefastas, no sólo para la realización efectiva de los objetos pactados, sino también respecto del patrimonio público, que en últimas es el que siempre está involucrado en todo contrato estatal. Se trata de exigirle

perentoriamente a las administraciones públicas una real y efectiva racionalización y organización de sus acciones y actividades con el fin de lograr los fines propuestos a través de los negocios estatales<sup>43</sup>.

Si bien es cierto que el legislador no tipifica la planeación de manera directa en el texto de la Ley 80 de 1993, su presencia como uno de los principios rectores del contrato estatal es inevitable y se infiere: de los artículos 209, 339 y 341 constitucionales; de los numerales 6, 7 y 11 a 14 del artículo 25, del numeral 3 del artículo 26, de los numerales 1 y 2 del artículo 30, todos de la Ley 80 de 1993; y del artículo 2º del Decreto 01 de 1984; según los cuales para el manejo de los asuntos públicos y el cumplimiento de los fines estatales, con el fin de hacer uso eficiente de los recursos y desempeño adecuado de las funciones, debe existir un estricto orden para la adopción de las decisiones que efectivamente deban materializarse a favor de los intereses comunales<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 31 de agosto de 2006. Exp. 14287. “[...] [l]as entidades oficiales están obligadas a respetar y a cumplir el principio de planeación en virtud del cual resulta indispensable la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etc., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etc; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etc., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. “1o. Los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. 2o. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas. 3o. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquellos.”

<sup>44</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia del 5 de junio de 2008. Rad. 15001233100019880843101- 8031. “[...] Así pues, además de los principios de transparencia, economía, celeridad y selección objetiva, consustanciales al procedimiento contractual, debe darse cuenta de otro que si bien no cuenta con consagración expresa en el ordenamiento jurídico colombiano, sin lugar a la menor hesitación forma parte de toda actuación estatal conducente a la selección de un contratista y a la celebración y ejecución del correspondiente vínculo negocial: el de *planeación*, como herramienta empleada en los estados sociales de derecho con el propósito de procurar la materialización de los fines del Estado o, en otros términos, de alcanzar la satisfacción de los intereses generales y la garantía de la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; *planeación* asociada a la concepción general de la misma como instrumento de fijación tanto de objetivos y metas, como de los medios o procedimientos para alcanzarlos; como forma de programar la distribución de los gastos estatales en función de los ingresos que se pretende recaudar, de suerte que los mismos se reflejen en el presupuesto general de la Nación y en el de cada entidad estatal. En materia de contratación estatal, por tanto, el principio de planeación se traduce en el postulado de acuerdo con el cual la selección de contratistas, la celebración de los correspondientes contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el

En esta perspectiva, la planeación y, en este sentido, la totalidad de sus exigencias constituyen sin lugar a dudas un precioso marco jurídico que puede catalogarse como requisito para la actividad contractual. Es decir, que los presupuestos establecidos por el legislador, tendientes a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, hacen parte de la legalidad del contrato y no pueden ser desconocidos por los operadores del derecho contractual del Estado. En otras palabras, la planeación tiene fuerza vinculante en todo lo relacionado con el contrato del Estado.

Del estudio de los componentes normativos del principio de la planeación, deducimos que el legislador les indica con claridad a los responsables de la contratación estatal en derecho colombiano, ciertos parámetros que deben observarse para satisfacer ampliamente el principio de orden y priorización en materia contractual. En este sentido, observamos en la ley de contratación parámetros técnicos, presupuestales, de oportunidad, de mercado, jurídicos, de elaboración de pliegos y términos de referencia que deben observarse previamente por las autoridades para cumplir con el principio de la planeación contractual. Se trata de exigencias que deben materializarse con la debida antelación a la apertura de los procesos de escogencia de contratistas.”

#### **5.4. El principio de la previsibilidad.<sup>45</sup>**

“El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato<sup>46</sup>, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución

---

fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incardinar la actividad contractual de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado. De hecho, aún cuando, como se indicó, el multicitado principio de planeación carece de consagración normativa expresa en el Derecho positivo colombiano, su contenido y alcances bien pueden delinearse como consecuencia de la hermenéutica armónica de un conjunto de disposiciones de rango tanto constitucional –artículos 2, 209, 339 a 353 de la Carta Política– como legal –artículos 25 (numerales 6, 7 y 11 a 14) y 26 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993–, con remarcado acento tras la expresa catalogación de la contratación estatal como mecanismo de promoción del desarrollo por el artículo 12 de la Ley 1150 de 2.007 [...].”

<sup>45</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Tesis Doctoral. El contrato de concesión de servicios públicos. coherencia con los postulados del estado social y democrático de derecho en aras de su estructuración en función de los intereses públicos. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/8339>.

<sup>46</sup>GASPAR ARIÑO ORTIZ. *Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, pp 127 y ss.

del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico<sup>47</sup>.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales.

La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal<sup>48</sup>.

En el derecho colombiano, el principio se ha entendido aplicable a la contratación estatal a partir de la aplicación por remisión de las disposiciones del Código Civil, artículo 1498, en cuanto toda relación conmutativa implica acuerdos en torno a lo que las partes entienden por equilibrio, los cuales necesariamente pueden hacer referencia a contingencias, derivados del negocio planteado. Y artículo 1616, que admite la posibilidad que los riesgos relativos de fuerza mayor o caso fortuito puedan ser repartidos entre las partes negociantes.

Ahora bien, de fondo y bajo un marco de estricto derecho público, el asunto de los riesgos y contingencias surge sobre la óptica de su problemática e impacto fiscal con las Leyes 448 de 1998 y el Decreto Reglamentario 423 de 2001 artículos 15 y 16, en donde de manera expresa se sostiene la necesidad de enfrentar mediante el principio de la previsibilidad, las contingencias contractuales del Estado, haciendo un reparto lógico y proporcional de las mismas en aras de obtener un equilibrio óptimo en la relación contractual, principio que conforme a los parámetros legales son retomados en los documentos CONPES Nos 3107 y 3133 de 2001, como parte de la definición de la política estatal en materia de riesgos en contratos de infraestructura, pero que en líneas generales, constituyen los principales instrumentos orientadores de la aplicación de la previsibilidad a los contratos estatales en el derecho nacional.

---

<sup>47</sup> De manera general puede consultarse en torno a los riesgos en los contratos públicos: MARCOS AUGUSTO PEREZ. *O risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Editora Forum, Belo Horizonte, 2006; MARÍA JOSÉ VAÑÓ VAÑÓ. *El Contrato de "Project Finance"*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; RAÚL ENRIQUE GRANADILLO OCAMPO. *Distribución de los Riesgos en la Contratación Administrativa*, Astrea, Buenos Aires, 2000; JOSÉ LUIS BENAVIDES. *Riesgos Contractuales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009. ALBERTO RUIZ OJEDA. *La Concesión de Obra Pública*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006; FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ DE CISNEROS CID. *Obras Públicas e Iniciativa Privada*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1998. PATRICIA VALCÁRCEL FERNÁNDEZ. *Ejecución y Financiación de Obras Públicas*, Fundación Caixagalicia, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006. J. LUIS GUASCH. *Concesiones en Infraestructura. Como Hacerlas Bien*. The World Bank – Antoni Bosh Editor, Barcelona, 2004. JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA. *La Construcción y Financiación de las Infraestructuras Públicas*, Revista del Derecho de la Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, Redetí, No 10, 2001.

<sup>48</sup> HUGO PALACIOS MEJÍA. *La cláusula de Equilibrio Contractual y sus Efectos en los Contratos de Concesión*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de hacienda, Coinvertir, Corporación Andina de Fomento, Bogotá, 1996, pp. 14 y 15.

Dentro del marco estricto de las normas propiamente referidas al contrato estatal, el principio fluye de manera significativa de los artículos 4 Nos 3 y 8; 25 Nos 6, 7, 12; 26 No 3; 28 de la Ley 80 de 1993, en donde se prevé la necesidad de un orden previo de los asuntos relativos al contrato en virtud de una profunda planeación de los negocios jurídicos del contrato. El punto culminante de esta secuencia de orden positivo se da con la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, artículo 4<sup>49</sup>, en donde de manera imperativa se obliga a todos los responsables de la contratación pública estatal y para todos los contratos públicos, analizar la contingencias a las que los mismos puedan estar sujetos, tipificarlas y distribuirlas a quien mejor las pueda soportar. Norma que hace que todos los contratos del Estado a partir de su entrada en vigencia se incorporen bajo el concepto de previsibilidad o de contingencias plenas como los denomina la doctrina.

Debemos entender, no obstante la generalidad de la norma, todos aquellos por esencia sinalagmáticos y conmutativos, no así los de efectos estrictamente unilaterales, que como advertimos constituyen una clara excepción al concepto propuesto de contrato estatal.

El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsoras como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad<sup>50</sup>.

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ley 1150 de 2007. Artículo 4.- De la distribución de riesgos en los contratos estatales. Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación. En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.

<sup>50</sup> MANUEL GUILLERMO SARMIENTO GARCÍA. *La Teoría del Riesgo y la Responsabilidad Civil*, en Estudios de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, 1986, Pág. 201. "Por riesgo se entiende la contingencia de un daño, o sea, la posibilidad que al obrar se produzca un daño, lo cual significa que el riesgo envuelve una potencialidad referida esencialmente al daño, elemento éste que estructura todo el derecho de responsabilidad..."

<sup>51</sup> CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de 2004, febrero 26. Exp 14043. "...La entidad regula la distribución de riesgos cuando prepara los documentos formativos del contrato, según sus necesidades y la naturaleza del contrato, diseñado para satisfacerlas. Y es el contratista el que libremente se acoge a esa distribución cuando decide participar en el proceso de selección y celebrar el contrato predeterminado. Como se indicó precedentemente, los riesgos externos, extraordinarios o anormales, configuran la teoría de la imprevisión y, por tanto, deben ser asumidos, con las limitaciones indicadas, por la entidad. De manera que la teoría del equilibrio financiero del contrato,

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.

Con esta exigencia, se introduce al sistema de la contratación pública colombiana uno de los elementos más importantes desde el punto de vista de la planeación y consistente en reconducir la actividad de las autoridades con responsabilidades en materia contractual, al estudio en detalle de la relación jurídica que se aspira a construir, de manera tal que se visualicen todos las posibles consecuencias del mismo, no solo en la perspectiva de la administración, sino también y fundamentalmente del futuro contratista, y ante este escenario, plenamente identificado, se adopte la decisión de mayor trascendencia para el futuro contrato, consistente, en que de manera discrecional y sobre todo fundamentada, esto es motivada, se distribuyan las cargas de responsabilidades que surjan de este análisis, de manera tal que hagan viable el negocio, respetando en todo caso los intereses estatales y el patrimonio público<sup>52</sup>.”

### **5.5. La imputación de la responsabilidad en el caso concreto.**

Previo pronunciamiento de fondo procede la Sala a estudiar los argumentos esgrimidos por el impugnante tendientes a que se revoque la sentencia proferida por el *a quo* el 19 de diciembre de 2001.

En primer término, depreca el apoderado de la demandada que,

*“(…) En este orden de ideas, considero que se violo el Derecho al Debido Proceso (Art. 29 C, N.) al revivir una oportunidad ya precluida(sic) judicialmente para la práctica de una prueba y en tal virtud este dictamen pericial es nulo y no debe ser tenido en cuenta.*

*El tener la prueba pericial en cuenta en las condiciones señaladas, comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual - contra su misma esencia - no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta; fueron desconocidas las reglas que gobiernan el juicio, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso y lo que se tiene entonces es un acto judicial arbitrarlo que, en caso de dolo, podría configurar prevaricato.*

*La autoridad judicial esta instituida para cumplir y hacer cumplir las leyes y con mayor razón debe cumplir y hacer cumplir sus propias decisiones.*

*Como consecuencia de esta irregularidad, la prueba de dictamen pericial practicada no debe tenerse en cuenta porque no fue regular y oportunamente aportada al proceso; ya el H. Tribunal Administrativo del Tolima la había desestimado legal y previamente, por lo tanto, no se ha*

---

fundada en la imprevisión, sólo se aplica cuando el contratista demuestre que el evento ocurrido corresponde al alea anormal del contrato, porque es externo, extraordinario e imprevisible y porque alteró gravemente la ecuación económica del contrato, en su perjuicio. Es por lo anterior que deben precisarse las obligaciones asumidas por el contratista en cada caso para definir el alea normal del contrato, esto es, los riesgos normales que asumió...”

<sup>52</sup> ROGER TOMAS. *Experiencias internacionales en la asignación de riesgos en los esquemas de concesión y propuesta para Colombia*, Concesiones en Infraestructura, Ministerio de Hacienda, Coinvertir, CAF, Bogotá, 1996, Pg 43.

*probado en legal forma la descripción y valoración de los perjuicios reclamados por el actor y en consecuencia el fallo a proferir no debe ser otro que el de absolver de toda responsabilidad patrimonial a mi representado.”*

Al respecto, estima la Sala que no son de recibo los argumentos planteados por el apelante para desestimar el dictamen pericial y en consecuencia absolver a la demandada de toda responsabilidad patrimonial, en razón a que si el apoderado de la parte actora consideró como una irregularidad la actitud asumida por el a quo en el trámite respectivo, le correspondía alegarla oportunamente como sujeto que actúa dentro del proceso, pues al no hacerlo la convalidó. Al respecto, la Sala manifestó en sentencia del 23 de abril de 2008 (Exp. 16.408):

*“De ello se desprende, de manera diáfana, que la posibilidad de alegar las causales de nulidad susceptibles de saneamiento –**al igual que sucede con las demás irregularidades que se configuren dentro de un proceso, distintas de las causales legales de nulidad procesal**-, es una posibilidad que se encuentra sometida a precisas y determinadas etapas procesales cuyo vencimiento determina su preclusión, a lo cual debe agregarse que dicho saneamiento supone la convalidación de la actuación, convalidación que puede darse bien por manifestación expresa del consentimiento de la parte afectada o bien por consentimiento tácito, como el que corresponde a la falta de alegación o de impugnación oportuna”. (resaltado por fuera de texto)*

Ahora bien, en relación con la denuncia del pleito respecto del Municipio de Chaparral - Tolima “...atendiendo a que la obra se ejecutó mediante el convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 73-0115-0-98, celebrado entre el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y el Municipio de Chaparral - Tolima el 10 de febrero de 1998 dentro del cual se establece: “INDEMNIZACIONES: Serán a cargo del MUNICIPIO las indemnizaciones derivadas de la destrucción de mejoras o de la ocupación permanente o transitoria de los predios requeridos para la ejecución de la obra, accesos campamentos, extracción y depósito de materiales...” y en consecuencia, en criterio de la demandada “...es el municipio de Chaparral quien debe asumir en forma exclusiva los perjuicios causados al demandante...”, para la Sala resulta completamente claro que la figura jurídica de la denuncia del pleito no es la vía procesal indicada para que el demandado pudiese obtener la vinculación del Municipio de Chaparral - Tolima ya que no cumple con las características y requisitos para su procedencia. Al respecto el precedente jurisprudencial, que la Sala transcribe in extenso, señala que,

*“El artículo 217 del C.C.A., señala que en los procesos de controversias contractuales y de reparación directa el demandado puede efectuar el llamamiento en garantía bajo la condición de que sea compatible con la naturaleza de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.*

*Sin embargo, la intervención de terceros en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con fundamento en la figura del llamamiento en garantía y de la denuncia del pleito, no cuenta con una regulación expresa en el Código Contencioso Administrativo, por lo cual deben aplicarse las disposiciones que sobre la materia contiene el Código de Procedimiento Civil.*

*Así pues, de conformidad con esa regulación, tales figuras procesales exigen para su admisión que el escrito en el cual se formulen contenga (inciso 2 del artículo 54 y artículo 55 del Código de Procedimiento Civil):*

- i) El nombre del denunciado o llamado y el de su representante, si aquél no puede comparecer por sí mismo al proceso;
- ii) La indicación del domicilio del denunciado o llamado o, en su defecto, el de su residencia, o la manifestación de que se ignoran bajo juramento, el cual se entiende prestado por la sola radicación del escrito;
- iii) Los hechos y fundamentos de derecho que se invoquen como sustento de la denuncia o del llamamiento;
- iv) La dirección donde el denunciante o llamante y su apoderado recibirán notificaciones;
- v) El llamante o denunciante deberá aportar prueba siquiera sumaria del derecho legal o convencional que lo faculta para formular la denuncia del pleito o el llamamiento en garantía y la prueba relativa a la existencia y representación del llamado o denunciado, si es necesario.

De lo anterior se deduce que tanto el llamamiento en garantía como la denuncia del pleito exigen para su admisión los mismos requisitos y se tramitan por el mismo procedimiento, **pero, con la salvedad de que se originan en derechos materiales diferentes.** <sup>53</sup>

En este orden ideas, resulta pertinente, con el fin de dilucidar en el caso concreto la procedencia de la denuncia del pleito del señor Carmona, estudiar las normas y la jurisprudencia que regulan dichas figuras procesales, para así establecer sus diferencias.

El Código de Procedimiento Civil regula el llamamiento en garantía, de la siguiente forma:

**“Artículo 57. Llamamiento en garantía.** “Quien tenga derecho legal o contractual de exigir de un tercero la indemnización de un perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquél, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación. El llamamiento se sujetará a los dos artículos anteriores”. (Negritas fuera del texto original).

El artículo 19 de la Ley 678 de 2001 regula el llamamiento en garantía dentro de los procesos en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, en los siguientes términos:

**“ART. 19- Llamamiento en garantía.** Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y del funcionario”.

Por otro lado, la Sección Tercera ha precisado la procedencia del llamamiento en garantía<sup>54</sup>, sólo en los casos en los cuales se cumpla con los siguientes requisitos:

- “Solo podrá llamar en garantía a quien esté obligado, por disposición legal o contractual, a ayudar al demandado a soportar la carga que le pueda imponer la sentencia (C.P., art. 90 y CPC. art. 57).

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto proferido el 3 de marzo de 2010. expediente 37.826, actor: Inés Sarria de Dussán.

<sup>54</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto proferido el 25 de agosto de 2005. expediente 27.570, actor: Edila del Socorro Mira, Magistrada Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

- Cuando se llama en garantía al servidor o ex servidor causante del hecho que generó el daño por el cual se demanda al Estado, su vinculación tiene sustento en el inciso 2º del artículo 2º y el artículo 19 de la Ley 678 de 2001 y en el artículo 90 de la Constitución Política, disposiciones que parten del supuesto de la antijuridicidad de la conducta dolosa o gravemente culposa del llamado en garantía.
- El llamamiento en garantía del servidor o ex servidor causante del daño por el cual se demanda al Estado dentro de las acciones de reparación directa, contractual y nulidad y restablecimiento del derecho, debe contener expresamente la acusación concreta, determinada y fundada de que el llamado actuó con dolo o culpa grave y “los motivos que conducen a la creencia seria de una actuación con tal grado de antijuridicidad”.
- No es posible efectuar el llamamiento en garantía cuando la entidad demandada propuso en la contestación de la demanda las excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, siempre la causa extraña sea propuesta de manera exclusiva como la causante del daño.
- No basta que la entidad pública demandada formule el llamamiento en garantía sin acusarlo de haber actuado con dolo o culpa grave y siempre debe aportar prueba sumaria de algunos de esos elementos.<sup>55</sup> Es así cómo, de conformidad con las normas legales transcritas y con la línea jurisprudencial acogida por esta Corporación<sup>56</sup>, el llamamiento en garantía procede cuando entre la parte demandada y el llamado en garantía, existe un vínculo jurídico (de orden legal o contractual), en virtud del cual el llamado en garantía deba ser vinculado al proceso, para que asuma, de manera total o parcial, a favor del demandado las condenas que se llegaren a proferir en contra de éste y a favor del demandante. Por otro lado, en cuanto a la denuncia del pleito, esta encuentra justificación en la existencia de un vínculo jurídico entre el tercero y una de las partes y se instituyó, específicamente, para hacer efectiva la obligación de saneamiento por evicción, prevista en el artículo 1893 del C.C. La denuncia del pleito está regulada así por la ley:  
 “Art.54 C. de P. C. Quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho a denunciar el pleito que promueva o que se le promueva, deberá ejercitarlo en la demanda o dentro del término para contestarla, según fuere el caso.  
 “Al escrito de denuncia acompañará la prueba siquiera sumaria del derecho a formularla y la relativa a la existencia y representación que fueren necesarias.  
 “El denunciado en un pleito tiene a su vez facultad para denunciarlo en la misma forma que el demandante o demandado.”  
 Art. 55 C. de P. C. El escrito de denuncia deberá contener:  
 “1. El nombre del denunciado y el de su representante si aquél no puede comparecer por sí al proceso.  
 “2. La indicación del domicilio del denunciado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante según el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entenderá prestado por la sola presentación del escrito.

<sup>55</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto proferido el doce (12) de mayo de dos mil diez (2010). Expediente 35312, actor: Sergio Alonso Jesús Vélez Sierra.

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto proferido el doce (12) de mayo de dos mil diez (2010). Expediente 35312, actor: Sergio Alonso Jesús Vélez Sierra.

“3. Los hechos en que se basa la denuncia y los fundamentos de derecho que se invoquen.

“4. La dirección de la oficina o habitación donde el denunciante y su apoderado recibirán notificaciones personales.”

Así mismo, esta Sección del Consejo de Estado ha sostenido:

“(…) la denuncia del pleito se consagró como el mecanismo procesal con que cuentan demandante y demandado para hacer efectiva la obligación de saneamiento por evicción prescrita en el artículo 1899 del Código Civil que dispone:

‘El comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

Esta citación se hará en el término señalado por las leyes de procedimiento.

Si el comprador omitiere citarle, y fuere evicta la cosa, el vendedor no será obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no compareciere a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa’.

**En otras palabras, la denuncia del pleito sólo puede hacerla el demandante o demandado respecto de la persona de la que adquirió, a título oneroso, el derecho real que se discute en la litis, para que ésta sea obligada al saneamiento en caso de evicción<sup>57</sup>, dado que el objeto de esta figura es facilitar la intervención del vendedor en calidad de tercero con miras a que éste concurra a cumplir con sus obligaciones nacidas de la compraventa, apoyando la pretensión o la oposición del denunciante, lo cual lo sitúa también como parte en el proceso y, por tanto, queda sujeto al resultado del mismo<sup>58</sup>. (Se destaca).**

De lo anterior se puede deducir que el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito tienen una regulación legal disímil y esto debido a que cada una de ellas cuenta con una naturaleza jurídica diferente, instituidas para finalidades y controversias diversas.

Es dable concluir, entonces, que la vinculación de un tercero a través de la figura de la denuncia del pleito procede siempre y cuando exista ley sustancial que faculte a una de las partes a denunciar el pleito y está supeditada a que el denunciante la formule por escrito con la demanda o dentro del término de fijación en lista y la acompañe de prueba siquiera sumaria del derecho a formularla; la denuncia del pleito procede únicamente cuando el demandante o demandado la promueva respecto de la persona de quien adquirió, a título oneroso, el derecho real que se discute en la litis, para que ésta sea obligada al saneamiento en caso de evicción y cuando existe ley sustancial que faculte a cualquiera de las partes a promoverla.

En este punto, la doctrina procesal ha afirmado la diferencia entre las mencionadas figuras aduciendo, como lo hace HERNAN FABIO LÓPEZ BLANCO, los siguientes argumentos:

“(…) El artículo 54 no hace nada diverso de consagrar una forma específica de llamamiento en garantía (la denuncia del pleito), de ahí que el art. 57 tipifique con acierto la figura con lineamientos tales que igualmente permitiría incluir dentro de su desarrollo la denuncia del pleito, la cual, al tener norma expresa, queda excluida del alcance del art. 57, y

<sup>57</sup> Hernando Morales Molina, Curso de derecho procesal civil, Bogotá, Ediciones Lerner, 1965.

<sup>58</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de marzo de 2010. Expediente: 37.826, actor: Inés Sarria de Dussán.

*hace que quede la disposición como la tipificadora de cualquier hipótesis de llamamiento en garantía, diverso de la denuncia del pleito”<sup>59</sup>*  
*Así pues, el llamamiento en garantía y la denuncia del pleito son dos figuras procesales destinadas a promover la intervención de terceros pero que se originan en derechos y supuestos fácticos diferentes.<sup>60</sup>*

No obstante, la Sala analizará la vinculación del ente territorial en virtud de la figura del llamamiento en garantía, en atención al criterio previsto por esta Sección, según el cual:

*“Como se aprecia, dada la similitud entre una y otra forma de vinculación procesal, es posible que se incurra en su confusión, por ende, en cada caso concreto, el operador judicial debe valorar los supuestos que rodean la respectiva petición, para establecer si se trata de una denuncia del pleito propiamente dicha o, si por el contrario, se está formulando un llamamiento en garantía.*

*En ese contexto, es posible que en algunas ocasiones la parte que formula la vinculación la denomine denuncia del pleito, cuando realmente lo que pretende es llamar en garantía, confusión de designación que, en modo alguno, puede llegar a afectar o entorpecer la procedencia del instrumento procesal, en los términos del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal (art. 228 C.P.).*

*De conformidad con los anteriores planteamientos, y como quiera que el presente caso no tiene por objeto la definición de un saneamiento por evicción, la Sala estudiará la procedencia de la vinculación del tercero a partir de la figura del llamamiento en garantía”<sup>61</sup>.*

Así las cosas, al examinar la vinculación del Municipio de Chaparral - Tolima bajo la figura del llamamiento en garantía, estima la Sala que sobre este punto la decisión impugnada amerita ser modificada, toda vez que el Fondo Nacional de Caminos Vecinales logró probar la relación de garantía entre llamante y llamado.

Por ende, encuentra la Sala que entre el aquí demandado y el tercero llamado en garantía existe, en realidad, un vínculo contractual en virtud del cual sería viable atribuir responsabilidad al segundo en este proceso, toda vez que la alegada relación contractual se acreditó.

Sin embargo, no le asiste razón a la demandada, Fondo Nacional de Caminos Vecinales, respecto a que *“...es el municipio de Chaparral quien debe asumir en forma exclusiva los perjuicios causados al demandante...”<sup>62</sup>*, pues su responsabilidad se ve directamente comprometida en la ocurrencia del daño, de una parte, i) por la omisión del Fondo en el ejercicio de inspección y vigilancia, manifiesta y evidente, en que incurrió respecto de su contratista por la inobservancia de las obligaciones legales que le competía referidas a la correcta, oportuna y adecuada construcción de la obra pública denominada Carretera Veredal del Bosque - el Moral, Municipio de Chaparral, según contrato de obra pública No. 73-0384-0-98.

<sup>59</sup> Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Parte General, Bogotá, Dupré Editores, pág. 343 - 344.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 19 de julio de 2010, exp. 38694

<sup>61</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 3 de septiembre de 2008. Expediente: 34.498.

<sup>62</sup> En virtud de la Cláusula Tercera del Convenio Interadministrativo de Cofinanciación No. 73-0115-0-98 celebrado entre el FNCV y el Municipio de Chaparral el cual establece que: INDEMNIZACIONES: Serán a cargo del municipio las indemnizaciones derivadas de la destrucción de mejoras o de la ocupación permanente o transitoria de los predios requeridos para la ejecución de la obra, accesos, campamentos, extracción y depósito de materiales.

Sobre el particular, ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en relación con la posibilidad de imputar a las entidades estatales el daño causado por el hecho de sus contratistas, y es especialmente relevante la sentencia proferida el 9 de octubre de 1985 -por la cual se decidió el proceso radicado con el No. 4556-, en la que se expresó:

*“...las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se elaboraron en torno a la figura de los trabajos públicos conservan aún su vigencia, sobre todo en lo que tocan con la entidad pública dueña de la obra y con su ejecución directa o a través de contratistas suyos.*

*Fueron unánimes tanto la doctrina extranjera como la nacional, así como la jurisprudencia, en sostener que el trabajo no dejaba de ser público por el hecho de que lo ejecutara un contratista particular a nombre de la entidad pública. En sentencia de 20 de marzo de 1956, esta Corporación destacó entre los elementos tipificantes de esos trabajos públicos que éstos fueran efectuados por cuenta del Estado, “ya directa o indirectamente” y que el trabajo tuviera una finalidad de interés público o social.*

*(...)*

*Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante (sic) de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública, no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal.*

*En otros términos: el contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que (sic) la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta...*

*Es frecuente observar que en los contratos de obra pública se pacte que el contratista será el responsable de los daños a terceros; pero esto no quiere decir que la administración no responda frente a éstos...*

*(...)*

*La cláusula así convenida obliga a las partes. Pero ella es (sic) “res Inter Alios acta” frente a los terceros. Por este motivo, la demandante al accionar contra la empresa lo hizo correctamente. Como también habría podido demandar sólo a Conciviles o a esta sociedad solidariamente con la empresa. La validez de la cláusula entre las partes es la que le*

*permitirá a la entidad pública, en el evento de que la condena se estime procedente, reclamar a Conciviles por el valor de lo reconocido". (Se subraya).*

Y de otra, ii) en razón a que el Fondo de Caminos Vecinales no observó o lo hizo de forma deficiente, un deber que legalmente le correspondía, esto es, se sustrajo, por omisión, de la recta observancia de las funciones que el ordenamiento jurídico le impuso. En efecto, el Decreto 1212 de 1994, normatividad vigente para la época de los hechos, establecía en su artículo 3° que,

*"ARTÍCULO 3o. El Fondo tendrá a su cargo, en cooperación con los departamentos y municipios o distritos, el fomento de la construcción, el mejoramiento y la conservación de caminos vecinales o de carácter regional, de acuerdo con los planes y programas generales del Ministerio de Transporte y con las autorizaciones que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales otorguen, para lo cual cumplirá las siguientes funciones:*

*a) Estudiar los problemas y necesidades del país, relacionados con la construcción, mejoramiento y conservación de caminos vecinales;*

*b) Elaborar los planes y programas necesarios para el cumplimiento de sus objetivos;*

*c) Cooperar con las personas naturales o entidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras en la construcción, mejoramiento y conservación de los caminos vecinales, de conformidad con las normas vigentes sobre la materia;*

*d) Ejecutar, directa o indirectamente, las obras relacionadas con sus objetivos, celebrando los contratos que para ello sea necesario;*

*e) **Inspeccionar y vigilar las obras que se ejecuten con aportes del Fondo;***

*f) Adquirir, arrendar, gravar y administrar, lo mismo que enajenar toda clase de bienes muebles o inmuebles que sean indispensables para el cumplimiento de sus objetivos y, en general, realizar con arreglo a la Ley todas las operaciones necesarias para el cumplimiento de sus fines;*

*g) Celebrar toda clase de contratos, incluyendo los relativos a servicios jurídicos, económicos o de ingeniería, de acuerdo con las disposiciones vigentes;*

*h) Las demás relacionadas con la construcción, mejoramiento y conservación de caminos vecinales que sean necesarias para el cumplimiento de sus objetivos." (resaltado por fuera de texto)*

Asimismo, iii) la demandada omitió el deber de observar las obligaciones que le imponía la Resolución 0142 de 1996 proferida por ella misma, al tiempo que vulneró los principios de planeación y previsibilidad contractual, en especial aquella en la se demandaba a la entidad territorial a que *"...Cuando se trate de proyectos de construcción o mejoramiento de caminos, deberá solicitar a las autoridades de control de los recursos naturales renovables, el estudio previo de impacto ambiental o certificado en el que conste que el área favorecida con la obra no lo requiere (...)* PARAGRAFO.- *La ENTIDAD TERRITORIAL deberá aportar los anteriores documentos dentro de los treinta (30) días siguientes al perfeccionamiento del convenio"* pues a pesar de no haber sido aportado el referido documento por el Municipio de Chaparral - Tolima procedió a iniciar y llevar casi hasta su culminación la obra pública denominada Carretera Veredal de El Bosque - El Moral.

La omisión y vulneración a los principios antes señalados, tanto del Municipio, como del Fondo, se encuentra plenamente acreditados mediante la Resolución No. 337 de marzo 19 de 1999, proferida por CORTOLIMA por la cual se ordenó *“la suspensión inmediata de las actividades iniciadas en el Municipio de Chaparral, Departamento del Tolima para la construcción del carretable que comunica las Veredas de El Bosque y El Moral”*, en atención a que *“...es un proyecto que no cuenta con Licencia Ambiental, puesto que ésta aún se encuentra en trámite ante la Subdirección de Gestión Ambiental, sin que hasta ahora se encuentre siquiera dentro del trámite de evaluación del documento para la aprobación de la viabilidad ambiental. Por otra parte es importante hacer énfasis en que la obra ha afectado varias fuentes hídricas como son las quebradas El Libano, El Espejo y otros drenajes y que de continuarse las obras se afectarán otras más, como La Cresta, El Gallo y otros drenajes y que además se han afectado propiedades privadas, y su continuación afectará otras más.”*

La mencionada Resolución, sustentada a partir del informe de la visita realizada el día 23 de febrero de 1999 al proyecto carretable El Bosque - El Moral, municipio de Chaparral, por funcionarios de la Corporación Autónoma Regional del Tolima - CORTOLIMA, en la que se estableció que *“Los impactos ocasionados por la apertura de esta vía, son especialmente los siguientes: 1) la afectación a las quebradas El Libano, El Espejo y otros drenajes naturales que cruza la vía, debido a la mala disposición del material de corte que desciende desde la vía hasta el lecho de los cuerpos de agua en mención. 2) La afectación de la vivienda de la finca La Buenavista, de propiedad del señor Domingo Barragán, la cual fue semidestruida por el desprendimiento de un talud originado por la apertura de la vía, fue evacuada por parte de sus ocupantes. 3) La afectación a cultivos de café, caña, pasto de corte, entre otros, debido a la desestabilización del suelo en los cortes realizados (desprendimiento de taludes y banca de la vía). 4) No existen sitios técnicamente manejados (botaderos) para la disposición final del material sobrante. 5) Sedimentación de la quebrada Grande, debido al arreste(sic) de material sobrante por los cuerpos de agua afluentes de ésta.”*

Para la Sala, resulta plenamente demostrada, partiendo de este marco normativo, así como de los hechos probados en el expediente, la omisión en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, la que resultó determinante en la producción del daño antijurídico consistente en el deslizamiento de tierra que destruyó los bienes inmuebles del demandante, lo que es atribuible fáctica y jurídicamente al Fondo, como quiera que en cabeza de éste se encontraban radicadas tales obligaciones. Luego, para la Sala cabe afirmar que en el presente caso no hay duda que se atribuye la responsabilidad por el daño antijurídico y los perjuicios ocasionados al actor, específicamente con ocasión de la destrucción de los bienes del señor Domingo Barragán Urueña, al Fondo de Caminos Vecinales.

Sin embargo, si bien la Sala advierte que cabría endilgarle directamente responsabilidad del daño antijurídico causado sobre los bienes del demandante al Municipio de Chaparral - Tolima, lo cierto es que en atención a la figura jurídica como fue vinculado al proceso el ente territorial y en acatamiento de la garantía de la *no reformatio in pejus*, esta Subsección se ve limitada a reiterar, en este aspecto, el contenido de la decisión que se impugnó pues al modificarla el apelante único resultaría desfavorecido o desmejorado haciéndole más gravosa la condena impuesta por el a quo.

Sobre el alcance de la garantía constitucional de la *no reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

*"En efecto, la no reformatio in pejus, o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos<sup>63</sup>:*

*"Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: 'tantum devolutum quantum appellatum' (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**" (Se resalta y subraya)*

*"La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.*

*De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio<sup>64</sup>.*

En consecuencia, se dispondrá que respecto del pago de la condena que efectúe el Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, este podrá exigir el reembolso de la misma al Municipio de Chaparral - Tolima.

En relación con la llamada en garantía COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS "CONFIANZA S.A.", se tiene que en el escrito de respuesta al llamamiento acepta la existencia de la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. RCE 02-1-0769849 con una vigencia comprendida desde el 29 mayo de 1998 al 1 de marzo de 1999 e invoca se le reconozca la exclusión del amparo por "*inexigibilidad de la póliza por expresa exclusión de hechos demandados*" y "*Máximo valor asegurado - deducible*"

Sobre el particular, no se tendrá en cuenta la deprecada exclusión comoquiera que no obra en el expediente la Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. RCE 02-1-0769849 suscrita por las partes, sin embargo, se tendrá por realizado el riesgo asegurado para efectos de la indemnización y cumplimiento de la obligación del asegurador, teniendo en cuenta la confesión de la apoderada,

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 18 de julio de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700), Actor: Unión Temporal INCONAL S.A. y sentencia de 10 de agosto 10 de 2000, radicación No. 12648, entre otras.

realizada en el escrito de contestación al llamado en garantía de conformidad con el artículo 1046<sup>65</sup> del Código de Comercio.

En consecuencia, a esta entidad aseguradora le corresponde asumir el monto del valor asegurado correspondiente que no es otro que reembolsar a la entidad condenada, una vez cancele lo ordenado por la jurisdicción, el monto máximo del valor asegurado de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

De otra parte, en relación con la objeción por error grave al dictamen pericial alegada por el impugnante, es necesario realizar varias precisiones en torno al dictamen pericial y a la objeción por error grave. En cuanto al dictamen pericial, el precedente de la Sala indica que de acuerdo a lo establecido por el artículo 237 del C. de P. C,

*“... se deduce, claramente, que para que se pruebe un hecho mediante dictamen pericial (conducencia) es necesario que el mismo requiera para su verificación, de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, y que son indispensables para lograr la apreciación, deducción y entendimiento de ciertos hechos o sucesos de naturaleza “especial”. En este sentido la doctrina, con base en la ley, enseña que el dictamen pericial es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos, científicos o artísticos que, la persona versada en la materia de que se trate, hace para dilucidar la controversia, aporte que requiere de especiales conocimientos, por lo cual se dice que la pericia es una declaración de ciencia, ya sea técnica, científica o artística, es decir, que la prueba no recae sobre puntos de derecho (num. 1 art. 236 C. P. C)”<sup>66</sup>.*

En tanto que la objeción por error grave se puede formular contra los experticios, conforme a lo establecido por el artículo 238 del C. de P. C., desde hace un buen tiempo, la Corte Suprema de Justicia<sup>67</sup> ha venido manejando como criterio para determinar cuándo el error es grave, al tenor de lo establecido en el artículo 238 del CPC, el del “error manifiesto de hecho”, esto es, aquel que “debe ser manifiesto, protuberante, además de importante cuantía si se trata de regulaciones numéricas como avalúos o respecto a un punto importante en los demás casos”<sup>68</sup>.

En ese sentido, el precedente ya consolidado de la Corte Suprema señaló en Auto del 13 de junio de 1957, de la Sala de Negocios Generales,

*"Lo que caracteriza, pues, y distingue el error grave de las demás objeciones que puedan presentarse contra un dictamen, es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una*

---

<sup>65</sup> Código de Comercio Artículo 1046. PRUEBA DEL CONTRATO DE SEGURO - PÓLIZA. Subrogado por el art. 3, Ley 389 de 1997. El nuevo texto es el siguiente: El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión.

Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador.

La Superintendencia Bancaria señalará los ramos y la clase de contratos que se redacten en idioma extranjero.

<sup>66</sup> Auto de 26 de mayo de 2005. Exp. 849.

<sup>67</sup> Puede verse Auto de 8 de septiembre de 1993, Rad. 3446.

<sup>68</sup> DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. T.II, 10ª ed, Medellín, Diké, 1994, p.371.

*cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se derivan. De esto se deduce que las objeciones por error grave de que trata el Artículo 720 del Código Judicial no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva".*

Dicha postura inicial de la Corte Suprema de Justicia, ha sido matizada por la Sala en sus precedentes, entendiéndose por error grave

*"... "una falla de entidad en el trabajo de los expertos", de ahí que no cualquier error tenga esa connotación. Ahora bien, la prosperidad de la objeción supone que el objetante acredite las circunstancias que, su juicio, originan el error; para ello puede solicitar las pruebas que estime pertinentes o, si lo considera suficiente, limitarse a esgrimir los argumentos que fundamentan su objeción"<sup>69</sup>.*

A lo que se agregó, en posterior precedente, que se,

*"... requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos"<sup>70</sup>.*

Recientemente, el precedente de la Sala señala que para la configuración del error grave,

*"... el pronunciamiento técnico impone un concepto equivocado o un juicio falso sobre la realidad, pues las bases sobre las que está concebido, además de erróneas, son de tal entidad que provocan conclusiones equivocadas en el resultado de la experticia. En consecuencia, resultan exigentes los parámetros para la calificación del error grave, quedando claro, que aún la existencia de un "error", no significa automáticamente la calificación de "error grave"<sup>71</sup>.*

---

<sup>69</sup>Sentencia de 19 de mayo de 2005. Exp. AP-106.

<sup>70</sup>Sentencia. Sección 3ª, de 5 de marzo de 2008. Exp.16850. Sentencia. Sección 1ª, de 26 de noviembre de 2009. Exp.AP-2049.

<sup>71</sup>Sentencia de 18 de marzo de 2010. Exp. AG-9005.

Todo lo anterior permite a la Sala extraer las siguientes conclusiones al aplicar la base conceptual a la objeción por error grave planteada: i) la objeción debe presentarse respecto al objeto del experticio, no respecto a las conclusiones a las que llega, ya que el juez no está obligado a tener en cuenta el mismo a la hora de fundar sus argumentos para fallar un asunto, y; ii) el experticio deberá tener tal entidad que conduzca o provoque conclusiones equivocadas o inferencias erradas en el juez.

Conforme a lo anterior, se considera que el error grave no se trata, tan sólo de una “discrepancia entre la realidad material y las conclusiones a las que arribaron los peritos”, porque, se reitera, *la objeción debe presentarse respecto al objeto del experticio, no respecto a las conclusiones a las que llega, ya que el juez no está obligado a tener en cuenta el mismo a la hora de fundar sus argumentos para fallar un asunto*. Recientemente la sección primera de la Corporación en sentencia de 26 de noviembre de 2009 ratificó como precedente

*“... Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos. En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos”<sup>72</sup>.*

Así mismo, la Sala en su precedente advierte que el dictamen o experticio como un elemento más del acervo probatorio,

*“... sólo viene a servir para que el juez, al apreciar la prueba, examine, dentro del marco de libertad jurídica que tiene, si las conclusiones del dictamen son claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos”<sup>73</sup>.*

Esa simple discrepancia, planteada así, puede dar lugar a confundir entre el error grave y la deficiente fundamentación, lo que la Sala hace años en su precedente ya dilucidó en los siguientes términos:

*"También ha dicho la jurisprudencia que no se deben confundir dos factores jurídicamente distintos: el error grave en un dictamen pericial y la deficiencia en la fundamentación del mismo.*

*"El error supone concepto objetivamente equivocado y da lugar a que los peritos que erraron en materia grave sean reemplazados por otros. La deficiencia en la fundamentación del dictamen no implica necesariamente equivocación, pero da lugar a que dicho dictamen sea descalificado como plena prueba en el fallo por falta de requisitos legales necesarios para ello”<sup>74</sup>.*

Para el caso concreto, si bien el dictamen pericial presenta un error en la transcripción de los valores por concepto del daño emergente “plantación de café”<sup>75</sup> visible entre los folios 122 y 124 del cuaderno 2, advertido por el apoderado de la parte demandada y posteriormente aceptado en la aclaración al dictamen pericial presentado por los peritos<sup>76</sup>, lo cierto es que ese error aritmético no representa de

<sup>72</sup> Sentencia. Sección Primera, de 26 de noviembre de 2009. Exp. AP-2049.

<sup>73</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1991. Exp. 3577.

<sup>74</sup> Sentencia 26 de octubre de 1967. Exp.742. Sentencia de 3 de mayo de 1973. Exp.1260.

<sup>75</sup> Se indica la suma de \$3'400.000.oo, pero en realidad debe corresponder a la suma de \$2'400.000.oo.

<sup>76</sup> “Resumen Daño emergente. Por error involuntario en la transcripción se escribió \$3'400.000.oo, cuando realmente el valor es \$2'400.000.oo para el ítem 4.1.3 Plantación de Café.” (fl. 141 c.2)

suyo error grave que invalide el experticio toda vez que para su procedencia es sustancial demostrar una manifiesta, evidente y ostensible pugna de los fundamentos empleados por el experto con la verificación de la realidad material que tuvo por objeto el dictamen, para evitar que la objeción sea enfocada más a detectar una falla de detalle, pero no a evidenciar un error que haya sido manifiesto, evidente, ostensible, y que lleve a pensar que de no presentarse, otro sería el sentido del dictamen.

No obstante lo anterior, en atención a la demostración del error de transcripción antes señalado, la Sala procederá a modificar la condena impuesta por el a quo disminuyendo la sumatoria errónea por concepto de perjuicios materiales de \$56'204.900,50 para establecerla en \$55'204.900,50 como en la realidad corresponde.

Ahora, dado que la entidad pública demandada es el Fondo Nacional de Caminos Vecinales - Establecimiento Público del Orden Nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, reorganizado mediante Decreto 2128 de 1995, que luego desapareció, al ser suprimido y liquidado, es imprescindible precisar quién es su sucesor procesal en el asunto *sub iudice*, desde el momento en que entró a regir el Decreto 1790 de 2003<sup>77</sup>. Para el efecto, se debe estudiar el art. 60 CPC., el cual prescribe que:

*“Art. 60 (Modificado Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 22). Sucesión procesal. Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.*

***“Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.”***

*“El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.*

*“El auto que admite o rechaza a un sucesor procesal es apelable.*

*“Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes.” (negrillas y subrayado fuera de texto)*

Según esta norma, en el evento de que se extinga la persona jurídica que es parte en el proceso, el sucesor de ésta deberá continuar con la carga procesal que ocupaba aquella. Incluso, si no comparece al proceso este continuará y producirá los efectos, como si hubiere hecho parte del mismo.

En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 1790 de 2003, establece:

***“Artículo 16°. Traspaso de bienes, derechos y obligaciones. Una vez finalizada la liquidación del FONDO NACIONAL DE CAMINOS VECINALES FNCV - EN LIQUIDACIÓN, los bienes, derechos y obligaciones serán transferidos a la Nación - Ministerio de Transporte. El Liquidador realizará oportunamente los actos que sean necesarios para el traspaso de esos activos, pasivos, derechos y obligaciones, si a ello hubiere lugar, para el cumplimiento de lo dispuesto***

<sup>77</sup> “por el cual se suprime el Fondo Nacional de Caminos Vecinales y se ordena su liquidación”

en el artículo 35 del Decreto-Ley 254 de 2000 (negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, la condena impuesta por esta jurisdicción al Fondo Nacional de Caminos Vecinales será asumida por la Nación - Ministerio de Transporte conforme a lo establecido mediante los Decretos 1790 de 2003 y 2786 del 25 de julio de 2006.

#### **6. Los perjuicios.**

Respecto de los perjuicios materiales el Tribunal condenó a la parte demandada a pagar a Domingo Barragán Urueña la suma de \$56'204.900,50 teniendo como base el avalúo realizado por los peritos partícipes de la experticia, quienes fueron debidamente nombrados y posesionados como tales (fls. 130 c.1). Sin embargo, como la suma real es de \$55'204.900,50 por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, la Sala procederá a modificar y actualizar la condena impuesta, de conformidad con la variación de índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la siguiente fórmula:

$$Vp = Vh \frac{\text{índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Dónde:

Vp: Valor presente de la renta.

Vh: Capital histórico o suma que se actualiza.

Índice final certificado por el DANE a la fecha de esta sentencia: 109.16

Índice inicial a la fecha de la sentencia dictada por el a quo: 66.73

$$Vp: \$55'204.900,50 \frac{109.16 \text{ (IPC diciembre de 2011)}}{66.73 \text{ (IPC diciembre de 2001)}}$$

Vp: \$90.306.713,00

Por lo tanto, la Sala condenará por perjuicios materiales a favor del señor Domingo Barragán Urueña a la suma actualizada de \$90.306.713,00

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

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

#### **FALLA**

**MODIFÍCASE** la sentencia de 19 de diciembre de 2001 proferida por Tribunal Administrativo del Tolima, la que quedará de la siguiente manera:

**PRIMERO. DECLARESE** administrativamente responsable al Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales por los perjuicios materiales ocasionados a los bienes poseídos por Domingo Barragán Urueña, como consecuencia de la construcción de la carretera veredal el Bosque - El Moral del Municipio de Chaparral.

**SEGUNDO. CONDÉNASE** al Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, a pagar al señor Domingo Barragán Urueña la suma de noventa millones trescientos seis mil setecientos trece pesos (\$90.306.713,00), por concepto de perjuicios materiales.

**TERCERO. CONDÉNASE** al Municipio de Chaparral - Tolima a pagar al Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales el valor por ésta cancelado al demandante deduciendo el correspondiente al asegurado.

**CUARTO. CONDÉNESE** a la Compañía Aseguradora de Fianzas "CONFIANZA S.A." a reembolsar a la entidad condenada, Ministerio de Transporte como sucesor procesal del Fondo Nacional de Caminos Vecinales, una vez aquella cancele lo ordenado por la jurisdicción, el monto máximo del valor asegurado de acuerdo con las cláusulas pertinentes del contrato de seguro.

**QUINTO. DENIÉGUESE** las demás suplicas de la demanda.

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

**SEPTIMO.** Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

**OCTAVO. ABSTÉNGASE** de condenar en costas.

**NOVENO.** Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

**OLGA VALLE DE DE LA HOZ**  
Presidente

**ENRIQUE GIL BOTERO**  
Magistrado

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**  
Magistrado