

ADMISIBILIDAD DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Normas aplicables / PRUEBAS - Prueba trasladada / PRUEBA TRASLADADA - Requisitos / PRUEBA TRASLADADA - Valoración / PRUEBA TRASLADADA - Copia auténtica / DOCUMENTOS PRIVADOS O PUBLICOS - Apreciación probatoria

De conformidad con el artículo 168 del CCA, “En los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil en su artículo 185 señala que “Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia auténtica, y serán apreciables sin más formalidades, siempre que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella”. En relación con la exigencia de allegar al proceso copia auténtica de las actuaciones judiciales, el artículo 254 del C.P.C. establece que tratándose de documentos privados o públicos, estos son, los otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 del C.P.C.), solo pueden ser aducidos o apreciados como prueba dentro del proceso contencioso administrativo, si el secretario del respectivo juzgado realiza diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello, precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983. Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. No obstante lo anterior, la Sala ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión. Las anteriores precisiones resultan pertinentes en el presente asunto habida cuenta que la parte demandante solicitó el traslado de la copia auténtica de la totalidad del expediente policivo adelantado por el INURBE en su contra, prueba que fue practicada con la intervención de la parte demandada y que fue decretada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante auto del 17 de marzo de 1997. Así las cosas, por cumplir los requisitos de ley dicha prueba será valorada en el presente asunto.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 168 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 185 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 251 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / DECRETO 2148 DE 1983 - ARTICULO 35

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la apreciación probatoria de los documentos privados o públicos, ver sentencias del Consejo de Estado, de mayo 2 de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, exp. 31217, y de junio 10 de 2009, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 17838. En relación con la valoración de la prueba trasladada, ver sentencias del Consejo de Estado, de febrero 21 de 2002, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, exp. 12789; y de enero 26 de 2011, M.P. Gladys Agudelo Ordóñez. Exp. 18429.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - Constitucionalización

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés.

NOTA DE RELATORIA: En relación con la constitucionalización de la responsabilidad del Estado, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-832 de 2001, C-333 de 1996, C-892 de 2001 y C-832 de 2001.

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Noción / ANTIJURIDICIDAD DEL PERJUICIO - Concepto / DAÑO ANTIJURIDICO - Principio de igualdad frente a las cargas públicas / DAÑO ANTIJURIDICO - Principios / DAÑO ANTIJURIDICO - Características / DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial / DAÑO ANTIJURIDICO - Precedente jurisprudencial constitucional

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. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución”. Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”. 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 1 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 2 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 13 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 58

NOTA DE RELATORIA: Sobre daño antijurídico, consultar sentencias de la Corte Constitucional, C-254 de 2003, C-285 de 2002, C-333 de 1996, C-918 de 2002, C-285 de 2002, C-333 de 1996 y C-832 de 2001. Así como las sentencias, del Consejo de Estado, de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG, de septiembre 14 de 2000, exp.12166 y de junio 2 de 2005, exp. 1999-02382 AG.

REGIMEN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Principio de imputabilidad / PRINCIPIO DE IMPUTABILIDAD - Concepto / IMPUTACION

- Sustento fáctico y atribución jurídica / IMPUTACION OBJETIVA - Título autónomo de responsabilidad del Estado / IMPUTACION OBJETIVA - Noción

Ahora bien, en cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”. 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”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el principio de imputabilidad, ver sentencias de la Corte Constitucional, C-254 de 2003,

JUICIO DE RESPONSABILIDAD - Teoría de la equivalencia de las condiciones / JUICIO DE RESPONSABILIDAD - Teoría de la causalidad adecuada / IMPUTACION - Objetiva / IMPUTACION - Principio de proporcionalidad / JUICIO DE IMPUTACION - Noción. Concepto

“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. 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 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 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” .

DAÑO ANTIJURIDICO - Concepto. Noción. Definición jurisprudencial / DAÑO ANTIJURIDICO - Deber de reparación integral / INDEMNIZACION DE DAÑOS - Principio de buena fe

A pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés

legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”. De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber: “a. Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad” y b. “Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 90

NOTA DE RELATORIA: En relación con el concepto de daño antijurídico, ver sentencias del Consejo de Estado, de marzo 2 de 2000, M.P. María Elena Giraldo Gómez, exp. 11945; de noviembre 11 de 1999, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, exp. 11499; de diciembre 5 de 2005, M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez, exp. 12158; de junio de 2008, M.P. Myriam Guerrero De Escobar. Exp. 15657; y Aclaración de voto del Dr. Enrique Gil Botero, de julio 30 de 2008, exp. 15726. Así mismo, puede consultarse las sentencias de la Corte Constitucional, C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil, y C-043 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Daños provocados por proceso policivo adelantado por el Inurbe / DAÑO ANTIJURIDICO - No se configuró / PROCESO POLICIVO - Ejercicio legítimo del derecho de acción / PERSONAS JURIDICAS - Sujetos de obligaciones y derechos / PERSONAS JURIDICAS DE DERECHO PUBLICO - Garantía del derecho al debido proceso / PERSONAS JURIDICAS PUBLICAS - Derecho al libre acceso a la administración de justicia / DERECHO DE LIBRE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Concepto. Noción. Alcance / MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL PROCESO POLICIVO - No configura daño antijurídico

Según se desprende del recurso de apelación, los demandantes mediante la acción de reparación directa pretenden cuestionar el hecho de que el INURBE haya iniciado un proceso policivo en el cual se decretó por parte de la alcaldía de Buenaventura la suspensión de las obras que éstos venían realizando en el predio objeto del litigio. Sin embargo, la Sala considera que no le asiste razón a la parte demandante al afirmar que estos hechos son constitutivos de un daño antijurídico. En primer lugar, porque el INURBE actuó en ejercicio legítimo de su derecho de acción, lo que per se no puede valorarse como violatorio de los derechos de los aquí demandantes. Las personas jurídicas, y entre ellas las estatales o personas jurídicas públicas son sujetos de obligaciones, cargas y deberes y, adicionalmente, no están excluidas del ejercicio de derechos, en lo que resulte pertinente con su naturaleza, actividad y funciones. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, al señalar que las personas jurídicas de Derecho Público ejercen funciones públicas y están sometidas a la Constitución y la ley; pero, al mismo tiempo, son destinatarias de todos los principios objetivos de índole procesal que, desde el punto de vista subjetivo, sustentan el derecho de toda persona al debido proceso y la garantía de defensa de sus derechos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico. Es así como el alto Tribunal, partiendo de una interpretación sistemática de la Constitución, ha

sostenido que las personas jurídicas públicas son titulares del derecho de acceso a la administración de justicia, entendiéndose por este la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. (...) A juicio de la Sala, en este caso, se está ante el ejercicio directo por parte del INURBE de derechos de rango constitucional, como es el acceso a la administración de justicia que encuentra fundamento en los artículos 29 y 229 de la Constitución y en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996. Adicionalmente, la Sala tampoco le haya razón a la parte demandante en cuanto afirma que las medidas cautelares decretadas en el proceso policivo le generaron un daño antijurídico.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 29 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 229 / LEY 270 DE 1996 - ARTICULO 2

NOTA DE RELATORIA: En relación con el derecho al debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia de las personas jurídicas de derecho público, ver las sentencias de la Corte Constitucional, SU-182 de 1998, M.P: Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández; T-030 de 2005, M.P: Jaime Córdoba Treviño; C-064 de 2003, M.P: Jaime Araujo Rentarías; C-649 de 2001, M.P: Eduardo Montealegre Lynett y SU-047 de 1999. M.P: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

MEDIDAS CAUTELARES - Concepto. Noción. Alcance / DERECHO AL LIBRE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA - Medidas cautelares / MEDIDAS CAUTELARES - Finalidad / MEDIDAS CAUTELARES - No son medidas sancionatorias / MEDIDAS CAUTELARES - Medidas protectoras / MEDIDAS CAUTELARES - Criterios de razonabilidad y proporcionalidad / MEDIDAS CAUTELARES DECRETADAS EN EL PROCESO POLICIVO - No configuran daño antijurídico / REPARACION DIRECTA - No es la acción procedente para debatir la legalidad de las medidas cautelares

Las medidas cautelares son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Así, las medidas cautelares constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantizan la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuyen a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que aseguran que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces. Así las cosas, las medidas cautelares no pueden verse como medidas sancionatorias de los sujetos contra quienes se promueven; todo lo contrario, se trata de medidas protectoras, independientes de la decisión que se adopte dentro del proceso al cual se encuentran afectas, y que para ser decretadas no se requiere que quien las solicita sea titular de un derecho cierto. En otras palabras, no tienen la virtud ni de desconocer ni de extinguir un derecho. Ahora bien, la Corte Constitucional también ha reconocido que en aras de garantizar la efectividad de los fallos es posible que las medidas cautelares en determinados casos puedan llegar a afectar el debido proceso u otros derechos fundamentales, lo que impone que, para asegurar la legalidad de este tipo de medidas, se deban tener en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, propios de los juicios de ponderación. A juicio de la Sala, del acervo probatorio se desprende que las medidas cautelares a las que aluden los aquí demandantes como generadoras de un daño antijurídico se

decretaron en un proceso de policía que se llevó a cabo por autoridades competentes y según el procedimiento establecido para ello. Ahora bien, considera la Sala que bajo ninguna circunstancia podrá admitirse la acción de reparación directa en contra de quien accede a la administración de justicia, en este caso el INURBE como querellante en el proceso policivo, como mecanismo idóneo para controvertir la legalidad de dichas medidas. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala no encuentra suficientemente acreditado el daño antijurídico alegado por la parte actora consistente en la suspensión de los trabajos de construcción que venía realizando en el inmueble objeto del litigio policivo y que, a su juicio, se ordenó como consecuencia de la querrela que el INURBE interpuso en su contra y las medidas cautelares que en dicho proceso policivo fueron decretadas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la noción de medidas cautelares, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-523 de 2009, M.P: María Victoria Calle Correa. Acerca de los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el decreto de medidas cautelares, ver sentencia de la Corte Constitucional, C-485 de 2003, M.P: Marco Gerardo Money Cabra.

PROCESO POLICIVO Y DECRETO DE MEDIDAS CAUTELARES - Carga soportable de todo ciudadano / CARACTER PERSONAL DEL DAÑO - Concepto. Noción. Alcance / CARACTER PERSONAL DEL DAÑO - Acreditación. Falta de prueba / CARACTER PERSONAL DEL DAÑO - Legitimación en la causa por activa

No cabe afirmar como demostrada la existencia de daño antijurídico alguno; por el contrario, la querrela iniciada por el INURBE y las medidas cautelares decretadas en el proceso policivo fueron cargas soportables, a las que todo ciudadano está obligado a sujetarse. No debe olvidarse que existen componentes del daño a los que todo ciudadano está llamado a soportar, por tratarse de un resultado propio al juicio de igualdad, y que se impone a partir de la afirmación de la justicia distributiva (igual distribución de las cargas en sociedad, en el postulado básico de Rawls). Por otra parte, la Sala encuentra pertinente señalar que en el presente caso no se logra demostrar el carácter personal del daño. Es decir, a juicio de la Sala “el daño es personal cuando se deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecerse la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto de ese bien menguado” y, en el caso sub lite, dicha titularidad jurídica no fue debidamente acreditada por los demandantes. Al realizar el estudio sobre el carácter personal del daño, es labor del juez determinar si el título jurídico con el que el demandante comparece al proceso lo legitima para actuar como tal, es decir, si hay legitimación en la causa por activa. A tal punto, que de no demostrarse dicha legitimación el juez deberá denegar las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS - Procedencia

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, la parte actora procedió de esa forma, luego habrá lugar a imponerlas, razón por la cual se modificará en ese aspecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION TERCERA
SUBSECCION C

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011)

Radicación: 76001-23-31-000-1996-02876-01(19311)

Actor: HENRY MONTAÑO GARCES Y OTROS

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA -INURBE-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de 13 de septiembre de 1999 mediante la que se dispuso:

“Primero.- SE DECLARAN NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE LA DEMANDA.

Segundo.- NIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.”

ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Presentación de la demanda

La demanda fue presentada el 26 de julio de 1996¹, por HENRY, FREDY, MÓNICA, MARIO, NANCY y MABEL MONTAÑO GARCES, 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 Folios 137 del C. No. 1

“1.- DECLARAR ADMINISTRATIVAMENTE responsable al **INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA -INURBE- (ANTES INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL)**, por los daños y perjuicios causados a los demandantes (...), como consecuencia de la acción policiva de statu quo que adelantó dicho Instituto ante la Alcaldía del Municipio de Buenaventura y en donde obtuvo la suspensión de obras y trámites para construir en un lote de su propiedad ubicado en el Municipio de Buenaventura, Departamento del Valle del Cauca, Barrio La Independencia (...), proceso que culminó con resolución No. 0003 del 26 de julio de 1994 en donde la Gobernación del Valle del Cauca confirmó en todas sus partes la resolución No. 020 de Mayo 23 de 1994 emanada de la Alcaldía Municipal de Buenaventura mediante el cual se abstuvo de decretar el Statu Quo solicitado sobre el anterior predio.-

2.- CONDENAR, como consecuencia de la declaración anterior, al **INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA -INURBE- (ANTES INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL)**, a pagar a los señores **HENRY MONTAÑO GARCES, FREDY MONTAÑO GARCES, MONICA MONTAÑO GARCES, MARIO MONTAÑO GARCES, NANCY MONTAÑO GARCES y MABEL MONTAÑO GARCES**, los siguientes valores por concepto de perjuicios:

2.1. Perjuicios materiales equivalentes a la suma de UN MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000.000.000.00) MONEDA LEGAL COLOMBIANA entre daño emergente y lucro cesante que se determinarán y cuantificarán en el proceso con fundamento en las pruebas allegadas al proceso y que comprende los gastos efectuados durante el proceso policivo, la pérdida de los dineros invertidos para la promoción del proyecto “CONDominio VILLA MONICA, la pérdida de los dineros invertidos para la promoción del proyecto “CONDominio VILLA MONICA (Sic), por concepto de estudios técnicos y provisionales, el mayor costo que representa construir en la actualidad el proyecto “CONDominio VILLA MONICA” como consecuencia de la construcción de las obras como consecuencia del proceso policivo, etc.-

2.2. Perjuicios morales equivalentes a SEIS MIL GRAMOS ORO (UN MIL GRAMOS ORO PARA CADA DEMANDANTE) y que se consolidan (Sic)

como consecuencia de los procedimientos y sufrimientos de los demandantes ante el atropello que fueron objeto por la entidad demandada y que los estigmatizó en Buenaventura como invasores y promotores de proyectos en terrenos ajenos.-

3.- ORDENAR que el valor del gramo oro lo certificará el Banco de la República por su valor en pesos colombianos al momento de quedar ejecutoriada la sentencia.-

4.- OFICIAR a la Procuraduría Delegada del Departamento del Valle del Cauca copia de la sentencia para que de cabal cumplimiento a lo ordenado por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y vele por el pronto pago de la condena en favor de la demandante.-

5.- CONDENAR al **INSTITUTO NACIONAL DE VIVIENDA DE INTERES SOCIAL Y REFORMA URBANA -INURBE- (ANTES INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL)** a pagar intereses comerciales del plazo durante los seis (6) meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia e intereses moratorios después de este término sobre las cantidades líquidas reconocidas en la sentencia, intereses vigentes a la tasa certificada por la Superintendencia Bancaria para la época de la sentencia y conforme al artículo 884 del Código del Comercio y 177 inciso final del Código Contencioso Administrativo.-

6.- EXPEDIR copia auténtica de la respectiva sentencia para su cumplimiento con la constancia de su ejecutoria precisando que esa copia es idónea para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella.-" (Sic).

1.2. Fundamento Fático

Según el actor, los hechos que motivaron la presentación de la demanda son los siguientes²:

a) La COOPERATIVA DE TRABAJADORES DE LA ADUANA NACIONAL DE BUENAVENTURA LTDA. transfirió a título de venta a favor del INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL, mediante escritura pública 5455 de octubre 28 de 1959 de la Notaría Primera de Cali, los derechos de dominio y posesión sobre el **Lote No. 1** ubicado en la manzana K del barrio La Independencia, municipio de Buenaventura.

b) EI INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL transfirió a título de venta a favor de ANA DE JESUS GARCES DE MONTAÑO, mediante escritura pública 2568 de agosto 30 de 1989 de la Notaría del Círculo de Buenaventura, los derechos de dominio y posesión sobre el **Lote No. 1** ubicado en la manzana K del barrio La Independencia, municipio de Buenaventura.

c) EI INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL transfirió a título de venta a favor de HENRY MONTAÑO GARCES y FREDY MONTAÑO GARCES, mediante escritura pública 788 de marzo 20 de 1991 de la Notaría del Círculo de Buenaventura, los derechos de dominio y posesión sobre el **Lote No. 3** ubicado en la manzana K del barrio La Independencia, municipio de Buenaventura.

d) EI INSTITUTO DE CRÉDITO TERRITORIAL transfirió a título de venta a favor de MONICA MONTAÑO GARCES, mediante escritura pública 941 de abril 5 de 1991 de la Notaría Única del Circuito de Buenaventura, los derechos de dominio y posesión sobre el **Lote No. 2** ubicado en la manzana K del barrio La Independencia, municipio de Buenaventura.

e) La señora ANA DE JESUS GARCES DE MONTAÑO, transfirió a título de venta a favor de NANCY MONTAÑO GARCES, MARIO MONTAÑO GARCES, MABEL MONTAÑO GARCES, SIGIFREDO MONTAÑO GARCES, mediante escritura pública 2327 de agosto 2 de 1991 de la Notaría Única del Circuito de Buenaventura, los derechos de dominio y posesión sobre el **Lote No. 1** ubicado en la manzana K del barrio La Independencia, municipio de Buenaventura

² Folios 112 a 127 del C. No. 1.

f) Los titulares del derecho de propiedad sobre los Lotes Nos. 1, 2 y 3 del barrio La Independencia, municipio de Buenaventura, estos son, FREDY, HENRY, NANCY, MÓNICA, MARIO y MABEL MONTERO GARCES, por medio de escritura pública 241 de enero 22 de 1993 de la Notaría Única de Buenaventura, procedieron a englobar los tres lotes de terreno, quedando con un área total de 1.214 metros cuadrados y cuyos linderos y extensiones son las siguientes:

- Norte: con la calle 6ª, en extensión de 70.20 metros.
- Sur: con la autopista Simón Bolívar, en extensión de 67 metros.
- Oriente: “que es el vértice del triángulo escaleno y en donde se interceptan las líneas que componen los linderos norte y sur, con una franja de terreno de 16 metros que sirve de pasaje peatonal”.
- Occidente: “en 51.00 metros con predios que son o fueron del INSTITUTO DE CREDITO TERRITORIAL, hoy INURBE”.

La escritura pública del englobe se registró en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Buenaventura el 15 de febrero de 1993, y se le asignó la matrícula inmobiliaria No. 372-0020842.

g) “Sumadas las posesiones anteriores como lo autoriza el artículo 778 del código civil nos encontramos que mis mandantes han tenido posesión de este terreno desde 1959 y a la fecha han trascurrido mas de veinte años sin que su posesión se haya discutido de alguna forma” (Sic).

h) A principios de 1993, el municipio de Buenaventura otorga a los demandantes permiso de construcción sobre el predio englobado. En razón del mismo, los demandantes contrataron los estudios de suelo, la elaboración del diseño arquitectónico, la campaña publicitaria con el objeto de emprender la construcción del proyecto “CONDOMIO VILLA MONICA”.

i) En septiembre de 1993, los miembros de la JUNTA DE VIVIENDA COMUNITARIA LA INDEPENDENCIA le informaron a los demandantes que el INURBE, les había ofrecido en venta, por un precio irrisorio, un lote de terreno de 20.000 metros cuadrados, que incluía el lote en el que se adelantaría el proyecto de construcción. Ante dicha situación, los demandantes acudieron ante el INURBE con el fin de informarles sobre el proyecto de construcción del “CONDOMINIO VILLA MONICA”.

j) No obstante lo anterior, el INURBE presentó querrela policiva por perturbación de la posesión el día 19 de octubre de 1993, por considerar que el proyecto de construcción del “CONDominio VILLA MONICA” violentaba su derecho de propiedad sobre el lote de terreno englobado. Mediante resolución No. 020 de mayo 23 de 1994, la Secretaría de Gobierno del municipio de Buenaventura resolvió abstenerse de decretar el *statu quo* en la querrela, pues el término de caducidad de 30 días contados a partir del primer acto de perturbación para iniciar la acción por perturbación de la posesión, ya había acaecido.

Mediante resolución No. 003 de julio 26 de 1994, la segunda instancia resolvió confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución No. 020 de mayo 23 del mismo año, y estableció que las partes pueden acudir a la justicia ordinaria si lo creen conveniente.

k) En diciembre 15 de 1993, en desarrollo del proceso de policía adelantado por el INURBE, la alcaldía de Buenaventura resuelve suspender en forma definitiva los trabajos para la construcción del condominio.

Al momento de la suspensión de obras, los demandantes habían realizado la primera y segunda etapa del proyecto, con unos gastos por el valor de \$33.823.300 y \$1.635.000 respectivamente, y sin embargo, no percibieron las utilidades esperadas, que para la fecha se estimaron en \$300.000.000, que a precio de hoy equivalen a más de \$600.000.000.

l) Mediante escritura pública 1368 de abril 23 de 1994 de la Notaría Segunda de Buenaventura, el INURBE vendió el terreno objeto de la controversia a la JUNTA DE VIVIENDA COMUNITARIA LA INDEPENDENCIA, quienes están perturbando el derecho de propiedad de los demandantes, y adicionalmente, iniciaron proceso reivindicatorio en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Buenaventura.

m) Los demandantes emprenden un nuevo proyecto consistente en la construcción de un conjunto residencial con cuatro torres de apartamentos y su respectivas zonas comunes con piscina, kioscos entre otros, por un valor total de \$1.400.000.000.00, para una utilidad del 10%, y se reservan 170 metros cuadrados para el desarrollo comercial y de oficinas que generaría utilidades por

\$200.000.000.00, para ello, los demandantes adelantaron negocios con la sociedad PROMOTORA PLAZA CAYZEDO, la Constructora GRANADA, el arquitecto FERNANDO GAMBOA y con el ingeniero CARLOS HUMBERTO NAVIA ESTRADA.

A la fecha de presentación de la demanda, estaba programado que en julio de 1996 se iniciara la construcción del proyecto, pues ya se habían cumplido las siguientes etapas: a) aprobación del anteproyecto arquitectónico por parte de Planeación Municipal de Buenaventura, b) concesión del permiso de ventas de los apartamentos, c) estudio de suelos para emprender obras, d) aprobación de la fiducia y los créditos con mediación de la Fiduciaria Alianza.

Sin embargo, como consecuencia de la publicitación del proceso de policía emprendido por el INURBE, los demandantes han perdido credibilidad y confianza en el mercado inmobiliario, y el nuevo proyecto no ha tenido la acogida esperada.

2. Actuación procesal en primera instancia

2.1. Admisión de la demanda

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante providencia del 26 de agosto de 1996 admitió la demanda³, la cual fue notificada al Director Regional del Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE- el 1 de octubre de 1996⁴.

2.2. Contestación de la demanda

El Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE- contestó la demanda en la oportunidad legal⁵, mediante escrito en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carencia de los supuestos fácticos y razones de orden jurídico.

a) En cuanto a los hechos y omisiones afirmó lo siguiente:

³ Folios 138 y 139 del C. No. 1.

⁴ Folio 142 del C. No. 1.

⁵ Folios 150 a 168 del C. No. 1.

- En relación con los negocios jurídicos de compraventa de los lotes objeto de la presente controversia, el demandado manifiesta que conforme a las escrituras públicas que reposan en el expediente, si se celebraron, pero que la descripción de los linderos y extensiones del terreno no coincide con las estipulaciones de los documentos públicos, puesto que en la demanda figura una extensión mayor a la que verdaderamente poseía el actor. En consecuencia, debe verificarse y aclararse los linderos y la cabida superficial objeto del englobe, porque de aquí parte el presunto error ocasionado por la mala fe del accionante.
- En cuanto al permiso otorgado por el municipio de Buenaventura en el año 1993 para la construcción del “CONDominio VILLA MONICA”, el demandado sostiene que la única aprobación de la que tiene conocimiento es la que consta en oficio del 15 de abril de 1993 expedido por Planeación Municipal (folio 68 C. No. 1.), en el cual se expresa que: “fue aprobado por ésta oficina únicamente para diligenciar préstamo Bancario, una vez cumpla con la totalidad de los requisitos se le expedirá su respectiva Licencia de Construcción”.
- Sobre la acción de policía por perturbación de la posesión, el demandado aclara que se ejerció en relación con un inmueble diferente a los lotes distinguidos con los números 1, 2 y 3 de la manzana K del barrio La Independencia, sector sobre el cual los demandantes han pretendido hacer extensiva su posesión de manera irregular e ilegal. Declara que es cierto que como consecuencia del proceso de policía, el cual inició en ejercicio de sus derechos, la Alcaldía del municipio de Buenaventura ordena la suspensión provisional de las obras y se abstiene de expedir licencia de construcción en forma definitiva.
- Es cierto que la Alcaldía de Buenaventura mediante resolución 020 de mayo 23 de 1994, expresó que los actos perturbatorios fueron desarrollados desde 6 meses atrás a la enervación de la acción de policía.
- En cuanto a la venta de terrenos a la JUNTA DE VIVIENDA COMUNITARIA LA INDEPENDENCIA, el demandado afirma que la realizó en ejercicio de su derecho real de dominio. Adicionalmente, alega que no le consta que el adquirente haya desplegado las facultades que se derivaron del nuevo título, sobre otro terreno distinto al que adquirieron válidamente por compraventa al INURBE.
- En relación con los demás hechos de la demanda, manifiesta que se atiene a lo probado en el proceso contencioso administrativo.

b) En cuanto a las normas violadas y el concepto de la violación afirmó lo siguiente:

- Normas constitucionales. Arts. 2.2, 6, 29 y 229.

El INURBE refuta las consideraciones de la demanda, según las cuales inició un proceso de policía de forma injusta y arbitraria, pues fue con el fin de proteger su derecho real de dominio sobre los terrenos objeto de la controversia, que accedió a la administración de justicia mediante la acción de perturbación de la posesión.

Como se desprende de los hechos de la demanda, el INURBE actuó legítimamente, pues la perturbación de la posesión se estaba desplegando 6 meses atrás a la presentación de la acción de policía, sin embargo, la Alcaldía de Buenaventura no resolvió la solicitud a favor del querellante en razón a que había operado la caducidad.

Aduce el demandado, que habría actuado en oposición a los mandatos constitucionales y legales, si ante la evidente ocupación de un inmueble de propiedad del ente público, hubiere prescindido de las instancias legales para la recuperación del bien.

- Normas legales. Código Departamental de Policía y Código de Procedimiento Civil art. 71.

Los accionantes no especificaron los preceptos del Código Departamental de Policía presuntamente violados, y además, por tratarse de una norma que no tiene alcance nacional, omitieron, en los términos del artículo 188 del C.P.C., aportar copia auténtica o en subsidio, solicitarla en el acápite de pruebas.

En cuanto a la presunta violación del artículo 71 del C.P.C., el INURBE afirma que en todas sus actuaciones procedió con lealtad, buena fe y sin temeridad. Por el contrario, sostiene que fueron los accionantes quienes “de mala fe elaboraron un englobe amañado y lo protocolizaron mediante Escritura Pública número 241 otorgada el día 22 de Enero de 1.993 ante el Notario Único de Buenaventura y luego pretendieron apoderarse de un terreno aledaño de propiedad del INURBE, aprovechando el error y la confusión que ellos mismos generaron” (Sic).

c) El demandado propuso las siguientes excepciones de mérito:

- Improcedencia de la acción de reparación directa ejercida por los demandantes conforme al artículo 86 del C.C.A.

Los presuntos perjuicios ocasionados a los demandantes se derivaron del acto administrativo de diciembre 15 de 1993 expedido por la Secretaría de Gobierno del municipio de Buenaventura, por medio del cual se suspendieron de manera provisional los trabajos que venían adelantando los demandantes, y aunque posteriormente tal decisión fue revocada, los efectos lesivos que el acto produjo mientras estuvo vigente persisten en la vida de los demandantes. En consecuencia, el accionado afirma que la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho.

- Falta de legitimación en la causa por pasiva. Siguiendo el análisis dentro de la acción que ha debido impetrarse, la legitimación en la causa por pasiva recae en la alcaldía de Buenaventura, por ser éste ente estatal el que expidió el acto presuntamente lesivo del interés particular, y así debe proveerse en el fallo.

- Ausencia de responsabilidad patrimonial del Estado. El artículo 90 constitucional 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”. Dentro del asunto sometido a decisión de la justicia Contenciosa Administrativa, ni la acción policiva perpetrada por el INURBE, ni la actuación de la alcaldía de Buenaventura tendiente a proteger el derecho de posesión perturbado por los invasores, generó daños antijurídicos a los demandantes, puesto que los dos entes públicos actuaron dentro del marco del debido proceso que deben observar las actuaciones administrativas.

Por otro lado, el INURBE sostuvo que no es jurídicamente posible que le imputen responsabilidad patrimonial, cuando está siendo víctima del desconocimiento y perturbación de un derecho por parte de los demandantes.

- Inexistencia de los perjuicios materiales y morales reclamados por la parte demandante. El margen de utilidad esperado por los demandantes en el proyecto denominado “CONDominio VILLA MONICA” no puede constituir la medida de los perjuicio alegados, pues el Estado no puede indemnizar

las meras expectativas que se derivan de la planeación de un proyecto de construcción, pues para poder obtener el margen de provecho económico anunciado a lo largo de la demanda, debe existir un requisito esencial, esto es, la expedición de la licencia de construcción y autorización de ventas. Por el contrario, la oficina de Planeación Municipal mediante oficio de abril 15 de 1993 expresó que “(...) fue aprobado por ésta oficina únicamente para diligenciar préstamos Bancarios, una vez cumpla con la totalidad de los requisitos le será expedida su respectiva Licencia de Construcción”, por tanto, en ningún momento existió un derecho adquirido que pueda gozar de protección constitucional y legal, y que genere responsabilidad patrimonial del Estado, pues el presunto perjuicio sólo existió en la subjetividad de la parte actora.

- Caducidad de la acción. Tanto para la acción de reparación directa impetrada por el actor, como la de nulidad y restablecimiento del derecho, el término de caducidad empieza a correr desde el 15 de diciembre de 1993, fecha en la cual la Secretaría de Gobierno de la Alcaldía Municipal de Buenaventura decretó la suspensión provisional de la obra. En los términos del artículo 136 del C.C.A., la primera caducó el 15 de diciembre de 1995, es decir, dos años después del hecho generador del daño; la segunda, caducó el 15 de abril de 1994, es decir, 4 meses después del acto administrativo generador del daño. Por tanto, es procedente declarar la caducidad de la acción en la sentencia que ponga fin al proceso.

2.3. Alegatos de conclusión

Agotada la etapa probatoria a la que se dio inicio mediante auto de marzo 17 de 1997⁶ y transcurrida la fase conciliatoria sin que hubiera acuerdo alguno, según acta del 7 de septiembre de 1998⁷, se ordenó correr traslado común a las partes y al agente del Ministerio Público para que formularan sus alegatos de conclusión⁸.

La parte actora presentó sus alegatos de conclusión de forma extemporánea⁹ y el Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana -INURBE-

⁶ Fls. 166 a 168 del C. No. 1.

⁷ Fls. 234 a 236 del C. No. 1.

⁸ Fl. 237 del C. No. 1.

⁹ Fls. 241 a 245 del C. No. 1.

presentó los alegatos de conclusión en tiempo¹⁰, mediante escrito en el que reafirmó lo manifestado en la contestación de la demanda.

3. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de septiembre 13 de 1999, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca resolvió declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y negar las pretensiones formuladas en la demanda¹¹, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Inicialmente el Tribunal estudió las excepciones propuestas en la contestación, porque de prosperar alguna de ellas se haría innecesario un estudio en profundidad de las pretensiones de la demanda.

En relación con la excepción de **improcedencia de la acción de reparación directa** y la de **falta de legitimación en la causa**, sostuvo que no están llamadas a prosperar, toda vez que la acción interpuesta tiene como fin imputar responsabilidad a la entidad demandada por el hecho de haber iniciado y adelantado un proceso policivo en contra de los demandantes, pero no por las decisiones que tomó la alcaldía de Buenaventura.

Respecto de la excepción de **caducidad de la acción**, anotó que no prospera en razón a que desde la fecha en que el proceso de policía finalizó, a la fecha de presentación de la demanda, aún no habían transcurrido los dos años previstos en el artículo 136 del C.C.A.

En cuanto a las excepciones de **ausencia de responsabilidad patrimonial del Estado** y a la de **inexistencia de los perjuicios materiales y morales reclamados**, determinó que apuntaban a atacar de fondo la prosperidad de las pretensiones y por tanto, no se analizarían como excepción.

Posteriormente, el Tribunal expuso los elementos para que proceda imputar responsabilidad a una entidad pública, a saber, i) falla en el servicio de la administración por omisión, retardo, irregularidad, ineficacia o ausencia del

¹⁰ Fls. 379 a 396 C. No. 1.

¹¹ Fls. 246 a 258 del C. Ppal.

servicio; ii) un perjuicio antijurídico que implica perturbación o lesión de un bien protegido; iii) relación de causalidad entre la falla de la administración y el daño.

Señaló que el actor pretende imputar responsabilidad al INURBE, por el hecho de haber adelantado una acción policiva por perturbación de la posesión de una franja de terreno de 784 metros cuadrados, que hace parte de un lote de 1.139 metros cuadrados de propiedad de la entidad pública, sólo con el ánimo de causarles perjuicios deliberadamente. Sin embargo, el Tribunal no advirtió la configuración de los elementos de la responsabilidad extracontractual que se endilga a la demandada, pues determinó que no puede pretenderse la derivación de perjuicios por el ejercicio del derecho de la demandada de acceder a la administración de justicia, en este caso, administrativa.

Adicionalmente, anotó que el artículo 90 constitucional expresa que la responsabilidad extracontractual del Estado se causa por la acción u omisión de una autoridad pública en ejercicio de facultades públicas, pero en el caso concreto, cuando el INURBE actuó como querellante dentro de la acción de policía, no lo hizo como autoridad pública, sino como cualquier persona jurídica que ejerce su derecho fundamental de acceder a la administración de justicia.

4. Recurso de Apelación

El 13 de septiembre de 2000 la parte actora interpuso recurso de apelación¹² contra la sentencia No. 172 de septiembre 13 de 1999 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el objeto de que se revoque integralmente el fallo de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

El recurrente sostuvo que en el presente caso, el fundamento de la responsabilidad del Estado no es la falla del servicio, sino el daño especial, puesto que i) el INURBE desarrolló una actividad legítima, esto es, acceder a la administración de justicia, ii) pero como consecuencia de ello, el recurrente sufrió un daño, consistente en que se suspendieron los trabajos de construcción mientras se resolvía el proceso, iii) el recurrente tuvo que soportar mayores cargas que los demás asociados.

¹² Fls. 262 a 266 del C. Ppal.

Adicionalmente, el recurrente señaló que no le asiste razón al Tribunal cuando afirma que los perjuicios se generaron como consecuencia de la actuación de la Alcaldía de Buenaventura, es decir, por ordenar la suspensión provisional de los trabajos de construcción, pues lo hizo en ejercicio de sus facultades legales. Por el contrario, sostuvo que cuando en un proceso administrativo en el que se practicaron las medidas cautelares solicitadas, la autoridad falla en contra de las pretensiones del querellante, el que responde por los perjuicios causados con ocasión del proceso no es el juez, sino el particular que promovió la acción judicial.

5. Actuación en segunda instancia

El recurso de apelación fue concedido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por auto de septiembre 21 de 2000¹³. Mediante auto de enero 29 de 2001, esta Corporación resolvió admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹⁴ y, por auto del 26 de marzo de 2001¹⁵, informó que el término concedido a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos de conclusión ya había transcurrido, sin que presentaran escrito alguno.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1 del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de 13 de septiembre de 1999 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

2. De la prueba trasladada

¹³ Fl. 269 del C. Ppal.

¹⁴ Fls. 273 y 274 del C. Ppal.

¹⁵ Fl. 277 del C. Ppal.

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

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

En relación con la exigencia de allegar al proceso copia auténtica de las actuaciones judiciales, el artículo 254 del C.P.C. establece que tratándose de documentos privados o públicos, estos son, los otorgados por un funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención (artículo 251 del C.P.C.), solo pueden ser aducidos o apreciados como prueba dentro del proceso contencioso administrativo, si el secretario del respectivo juzgado realiza diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello, precisando *'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista'*, según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983¹⁶.

Adicionalmente, el artículo 185 del C.P.C. establece que el traslado de la prueba practicada en el proceso original, solo procede cuando fue solicitada por la parte contra quien se aduce o con audiencia de ella, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción. No obstante lo anterior, la Sala ha sostenido que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas recaudadas dentro de otro proceso es solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo¹⁷, considerando que en tales casos resulta contrario a la lealtad procesal que una de

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de mayo de 2007, C.P.: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Exp. 31217, y sentencia de 10 de junio de 2009, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 17838.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 21 de febrero de 2002. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 12789.

las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión¹⁸.

Las anteriores precisiones resultan pertinentes en el presente asunto habida cuenta que la parte demandante solicitó el traslado de la copia auténtica de la totalidad del expediente policivo adelantado por el INURBE en su contra¹⁹, prueba que fue practicada con la intervención de la parte demandada y que fue decretada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca mediante auto del 17 de marzo de 1997²⁰.

Así las cosas, por cumplir los requisitos de ley dicha prueba será valorada en el presente asunto.

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

3.1. Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”²¹ de la responsabilidad del Estado²² y se erigió como garantía de los derechos e intereses

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de enero de 2011, C.P.: GLADYS AGUDELO ORDÓÑEZ. Exp. 18429.

¹⁹ Fl. 134 del C.No.1.

²⁰ Fls. 166 a 168 del C. No. 1.

²¹ En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “*El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente*”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²² La “*responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización*”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “*consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos*”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

de los administrados²³ y de su patrimonio²⁴, sin distinguir su condición, situación e interés²⁵. 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 potestad²⁶; 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”²⁷.

3.2. Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁸ tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²⁹ tanto por la acción, como por la omisión.

²³ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

²⁴ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

²⁵ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. 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.

²⁶ “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.

²⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*, ob., cit., pp.120-121.

²⁸ “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.

²⁹ 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

3.3. 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”³⁰.

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”³¹.

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.

³⁰ 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.

³¹ 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.

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”³².

Así mismo, debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³³. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable³⁴, anormal³⁵ y que se trate de una situación jurídicamente protegida³⁶.

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

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La

³² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

³³ 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.

³⁴ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

³⁵ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

³⁶ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

*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*³⁷.

3.5. Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad³⁸, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica³⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”⁴⁰.

3.6. En cuanto a esto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva, título autónomo que “*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*”⁴¹. 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,

³⁷ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

³⁸ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)*”. KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

³⁹ 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.

⁴⁰ “*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.

⁴¹ “*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.

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”⁴².

3.7. Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluír del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”⁴³. 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 no⁴⁴.

3.8. 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 proporcionalidad⁴⁵ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas

⁴² MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴³ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ “*El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, ob., cit., p.62.*”

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 ponderación⁴⁶ 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”⁴⁷.

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 protección⁴⁸ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible⁴⁹. 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*

⁴⁶ “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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

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”⁵⁰.

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 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

⁵⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

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^{51,52}.

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 si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión⁵³. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una

⁵¹ 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.

⁵² Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

⁵³ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

*fuerza de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella*⁵⁴.

3.9. 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 a lo anterior esquema, se analizará el caso a resolver.

4. Hechos probados

De acuerdo con el acervo probatorio se tendrán como hechos probados los siguientes:

a) Que los señores Feddy, Henry, Mario, Sigifredo, Nancy, Mónica y Mabel Montaña Garcés, en calidad de propietarios de los bienes identificados con matrículas inmobiliarias Nos. 372-0019.476, 372-0019.489 y 372-0018.753, mediante escritura pública No. 241 de 22 de enero de 1993 englobaron dichos predios en un solo inmueble con los siguientes linderos y medidas parciales: por el norte, con la calle 6ª en extensión de 445 metros; por el sur, con zona de ampliación a la autopista Simón Bolívar, en extensión de 445 metros; por el oriente, con el punto de unión angular de vías, en extensión de 16 metros; y por el occidente, con terrenos del Inscredial, en extensión de 110 metros⁵⁵.

b) Que según el folio de matrícula inmobiliaria No. 372-0020.842, la extensión total del inmueble cuyas medidas y linderos se describieron en el punto anterior es de 1.214 metros cuadrados⁵⁶.

c) Que la alcaldía del Municipio de Buenaventura mediante resolución 020 del 23 de mayo de 1994 resolvió abstenerse de decretar el *STATU-QUO* en la querrela por perturbación de la posesión instaurada por el INURBE en contra de la familia Montaña y personas indeterminadas, por verificarse la caducidad de la acción.

d) Que de las pruebas aportadas al proceso policivo se puede establecer lo siguiente: i) que en la diligencia de inspección ocular practicada en el inmueble objeto del litigio el día 15 de diciembre de 1993 y que se continuó el 27 de

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁵ Folios 31 a 34 del C. No. 2.

⁵⁶ Fl. 13 del C. No. 2.

diciembre de 1993 los peritos manifestaron que efectivamente el inmueble objeto del litigio se encontraba cercado con láminas de zinc apoyadas en varas de madera en un área de 875 metros cuadrados aproximadamente; ii) que el tiempo aproximado de los actos perturbatorios era de 6 meses; iii) que la familia Montaña además de cercar los lotes adjudicados a ellos había cercado parte de los que le correspondían al INURBE; iv) que teniendo en cuenta lo manifestado por los peritos en cuanto al tiempo aproximado de la perturbación y la fecha de la presentación de la querrela, se observa que entre uno y otro hecho transcurrieron más de 30 días y que según lo establecido en el artículo 339 del Código Departamental de Policía el término para iniciar la acción caduca a los 30 días de haberse dado la perturbación de la posesión; v) que, como consecuencia de la diligencia de inspección ocular, se procedió a suspender de forma inmediata y provisional la continuación de los hechos perturbatorios⁵⁷.

Esta decisión fue apelada por el INURBE el 27 de junio de 1994⁵⁸ y confirmada por la gobernación del departamento del Valle del Cauca, mediante resolución No. 003 de 26 de julio de 1994⁵⁹.

La Sala concluye entonces que las pruebas aportadas al proceso no demuestran que los demandantes fuesen propietarios de la franja de terreno objeto del litigio o estuviesen ejerciendo legítimamente la posesión material sobre dicho inmueble. Todo lo contrario, la pruebas indican que los actos desplegados por los demandantes, que fueron objeto de querrela por el INURBE, se llevaron a cabo sobre una zona de reserva destinada a la ampliación de la Avenida Simón Bolívar, que no era de su propiedad.

5. Problema jurídico

Sostiene el recurrente que la responsabilidad del Estado se produjo porque si bien el INURBE desarrolló una actividad legítima, esto es, acceder a la administración de justicia, como consecuencia de ello se generó un daño, consistente en la suspensión de los trabajos de construcción que la parte demandante venía realizando en el inmueble objeto del litigio policivo.

⁵⁷ Fls. 217 a 225 del C. No. 2.

⁵⁸ Fls. 226 a 228 de C. No. 2

⁵⁹ Fls. 228 a 237 de C. No. 2

A juicio del demandante, cuando en un proceso policivo en el que se practican medidas cautelares la autoridad falla en contra de las pretensiones del querellante, quien debe responder no es el juez, sino quien promovió la demanda por haberlo hecho.

En consecuencia la Sala debe determinar si el hecho de que el INURBE haya interpuesto una querrela policiva en contra de los demandantes y que, como consecuencia de ello, dentro del proceso policivo, se haya ordenado la suspensión inmediata y provisional de la continuación de los hechos perturbatorios que venían realizando los demandantes, les produjo un daño antijurídico imputable al Estado.

6. Daño antijurídico

En relación con la naturaleza del daño antijurídico, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido reiteradamente que *“ha de corresponder al juez determinar si el daño va más allá de lo que, normalmente y sin compensación alguna, debe soportar una persona por el hecho de vivir en una comunidad jurídicamente organizada y comportarse como un sujeto solidario”*⁶⁰. En este sentido se ha señalado que *“en cada caso concreto deberá establecerse si el daño sufrido es de tal entidad que el afectado no está en la obligación de soportarlo, y resulta, en consecuencia, antijurídico”*⁶¹.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado *“responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”*, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”*⁶², en otros términos, aquel que se produce a pesar de que *“el ordenamiento jurídico no le ha*

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de diciembre de 2006, C.P.: MAURICIO FAJARDO. Exp. 13168.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 27 de septiembre de 2000, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 11601.

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 2 de marzo de 2000, C.P.: MARÁ ELENA GIRALDO GÓMEZ. Exp. 11945, entre otras. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

*impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación*⁶³.

De tal definición fácilmente se extraen las siguientes dos consecuencias, a saber: “a. *Solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad*”⁶⁴ y b. “*Que el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado (artículo 83 de la Constitución)*”⁶⁵.

Según se desprende del recurso de apelación, los demandantes mediante la acción de reparación directa pretenden cuestionar el hecho de que el INURBE haya iniciado un proceso policivo en el cual se decretó por parte de la alcaldía de Buenaventura la suspensión de las obras que éstos venían realizando en el predio objeto del litigio. Sin embargo, la Sala considera que no le asiste razón a la parte demandante al afirmar que estos hechos son constitutivos de un daño antijurídico.

En primer lugar, porque el INURBE actuó en ejercicio legítimo de su derecho de acción, lo que *per sé* no puede valorarse como violatorio de los derechos de los aquí demandantes.

Las personas jurídicas, y entre ellas las estatales o personas jurídicas públicas son sujetos de obligaciones, cargas y deberes y, adicionalmente, no están excluidas del ejercicio de derechos, en lo que resulte pertinente con su naturaleza, actividad y funciones.

Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en múltiples oportunidades, al señalar que las personas jurídicas de Derecho Público ejercen funciones

⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias de 11 de noviembre de 1999, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 11499 y del 27 de enero de 2000. C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 10867, entre otras. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Aclaración de voto de ENRIQUE GIL BOTERO de 30 de julio de 2008. Exp. 15726.

⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 5 de diciembre de 2005, C.P.: ALIER EDUARDO HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ. Exp. 12158. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-832 de 2001. M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL. y C-043 de 2004. M.P.: MARCO GERARDO MONRROY CABRA.

⁶⁵ *Ibidem*. Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 4 de junio de 2008, C.P.: MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR. Exp. 15657.

públicas y están sometidas a la Constitución y la ley; pero, al mismo tiempo, son destinatarias de todos los principios objetivos de índole procesal que, desde el punto de vista subjetivo, sustentan el derecho de toda persona al debido proceso y la garantía de defensa de sus derechos a través de los recursos que, para tales efectos, ofrece el ordenamiento jurídico⁶⁶.

Es así como el alto Tribunal, partiendo de una interpretación sistemática de la Constitución, ha sostenido que las personas jurídicas públicas son titulares del derecho de acceso a la administración de justicia⁶⁷, entendiendo por este la posibilidad de que cualquier persona solicite a los jueces competentes la protección o el restablecimiento de los derechos que consagran la Constitución y la ley. Ahora bien, a juicio de la Corte, el acceso a la administración de justicia debe ser efectivo, lo cual se logra cuando, dentro de determinadas circunstancias y con arreglo a la ley, el juez garantiza una igualdad a las partes, analiza las pruebas, llega a un libre convencimiento, aplica la Constitución y la ley y, si es el caso, proclama la vigencia y la realización de los derechos amenazados o vulnerados⁶⁸.

Ahora bien, las personas jurídicas pueden llegar a ser titulares de derechos al menos por dos vías⁶⁹. De manera directa, cuando las personas jurídicas son capaces de ejercitar, de forma independiente, derechos consagrados en la Constitución; y de forma indirecta, cuando la afectación de las garantías constitucionales compromete también derechos fundamentales de personas naturales.

A juicio de la Sala, en este caso, se está ante el ejercicio directo por parte del INURBE de derechos de rango constitucional, como es el acceso a la administración de justicia que encuentra fundamento en los artículos 29 y 229 de la Constitución y en el artículo 2 de la Ley 270 de 1996.

⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-182 de 1998 M.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-030 de 2005, M.P.: JAIME CÓRDOBA TREVIÑO; C-064 de 2003, M.P.: JAIME ARAUJO RENTARÍA; C-649 de 2001, M.P.: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT y SU-047 de 1999. M.M.P.P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ Y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-173 del 4 de mayo de 1993, M.P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-701 de 2005, M.P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Adicionalmente, la Sala tampoco le haya razón a la parte demandante en cuanto afirma que las medidas cautelares decretadas en el proceso policivo le generaron un daño antijurídico.

En primer lugar, cabe señalar que las medidas cautelares *son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada*⁷⁰. Así, las medidas cautelares *constituyen una parte integrante del contenido constitucionalmente protegido del derecho a acceder a la justicia, no sólo porque garantizan la efectividad de las sentencias, sino además porque contribuyen a un mayor equilibrio procesal, en la medida en que aseguran que quien acuda a la justicia mantenga, en el desarrollo del proceso, un estado de cosas semejante al que existía cuando recurrió a los jueces*⁷¹.

Así las cosas, las medidas cautelares no pueden verse como medidas sancionatorias de los sujetos contra quienes se promueven; todo lo contrario, se trata de medidas protectoras, independientes de la decisión que se adopte dentro del proceso al cual se encuentran afectas, y que para ser decretadas no se requiere que quien las solicita sea titular de un derecho cierto. En otras palabras, no tienen la virtud ni de desconocer ni de extinguir un derecho⁷².

Ahora bien, la Corte Constitucional también ha reconocido que en aras de garantizar la efectividad de los fallos es posible que las medidas cautelares en determinados casos puedan llegar a afectar el debido proceso u otros derechos fundamentales, lo que impone que, para asegurar la legalidad de este tipo de medidas, se deban tener en cuenta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, propios de los juicios de ponderación⁷³.

A juicio de la Sala, del acervo probatorio se desprende que las medidas cautelares a las que aluden los aquí demandantes como generadoras de un daño antijurídico se decretaron en un proceso de policía que se llevó a cabo por autoridades competentes y según el procedimiento establecido para ello. Ahora bien, considera la Sala que bajo ninguna circunstancia podrá admitirse la acción de

⁷⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-523 de 2009, M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Corte Constitucional, Sentencia C-485 de 2003. M.P.: MARCO GERARDO MONEY CABRA.

reparación directa en contra de quien accede a la administración de justicia, en este caso el INURBE como querellante en el proceso policivo, como mecanismo idóneo para controvertir la legalidad de dichas medidas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala no encuentra suficientemente acreditado el daño antijurídico alegado por la parte actora consistente en la suspensión de los trabajos de construcción que venía realizando en el inmueble objeto del litigio policivo y que, a su juicio, se ordenó como consecuencia de la querrela que el INURBE interpuso en su contra y las medidas cautelares que en dicho proceso policivo fueron decretadas.

Siendo esto así, no cabe afirmar como demostrada la existencia de daño antijurídico alguno; por el contrario, la querrela iniciada por el INURBE y las medidas cautelares decretadas en el proceso policivo fueron cargas soportables, a las que todo ciudadano está obligado a sujetarse. No debe olvidarse que existen componentes del daño a los que todo ciudadano está llamado a soportar, por tratarse de un resultado propio al juicio de igualdad, y que se impone a partir de la afirmación de la justicia distributiva⁷⁴ (igual distribución de las cargas en sociedad, en el postulado básico de Rawls).

Por otra parte, la Sala encuentra pertinente señalar que en el presente caso no se logra demostrar el carácter personal del daño. Es decir, a juicio de la Sala “el daño es personal cuando se deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecerse la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto de ese bien menguado”⁷⁵ y, en el caso *sub lite*, dicha titularidad jurídica no fue debidamente acreditada por los demandantes.

Al realizar el estudio sobre el carácter personal del daño, es labor del juez determinar si el título jurídico con el que el demandante comparece al proceso lo legitima para actuar como tal, es decir, si hay legitimación en la causa por activa⁷⁶. A tal punto, que de no demostrarse dicha legitimación el juez deberá denegar las pretensiones de la demanda⁷⁷.

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencias C-918 de 2002 y C-965 de 2003.

⁷⁵ HENAO, Juan Carlos. *El Daño*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 128.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 102.

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 103.

Así, si el demandante invoca la calidad de propietario o poseedor de un bien debe probar dicha calidad⁷⁸; no obstante, pese a que el título con el cual se compareció al proceso no se logre establecer, podrá el juez otorgar la indemnización siempre y cuando se pruebe otro título que permita su otorgamiento⁷⁹.

Para la Sala resulta claro que los aquí demandantes no lograron acreditar su condición de propietarios o legítimos poseedores del predio sobre el cual la alcaldía de Buenaventura ordenó la suspensión de los actos de perturbación de la posesión y, como consecuencia de ello, la suspensión de las obras allí realizadas. En este orden de ideas, la legitimación por activa no se encuentra probada, lo que, necesariamente, conduce a la Sala a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

En definitiva, la Sala negará las pretensiones de la demanda por las razones antes expuestas y por no encontrarse acreditada la *legitimario ad causam* por activa.

Así las cosas, al no existir daño antijurídico la Sala no entrará a pronunciarse sobre los otros elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

7. Condena en costas

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*, la parte actora procedió de esa forma, luego habrá lugar a imponerlas, razón por la cual se modificará en ese aspecto la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

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

RESUELVE

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 25 de agosto de 1995, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Exp. 9451.

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 22 de agosto de 1996, C.P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Exp. 10204.

MODIFÍCASE la Sentencia de 13 de Septiembre de 1999 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, la que quedará en la siguiente forma,

PRIMERO: Se **DENIEGAN** las pretensiones de la demanda.

SEGUNO: Se condena en costas a la parte demandante.

TERCERO: REMÍTASE el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

ENRIQUE GIL BOTERO
Presidente de la Sala
Con aclaración de voto

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado Ponente