



F = A  
C = 2

13001-33-33-008-2015-00566-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

<b>Medio de control</b>	<b>REPARACIÓN DIRECTA</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-008-2015-00566-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>GABRIEL JOSE OCHOA PAYARES</b>
<b>Accionada</b>	<b>NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL</b>
<b>Tema</b>	<b>OMISIÓN POLICIA NACIONAL</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)<sup>1</sup> proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó a las pretensiones de la demanda.

## I.- ANTECEDENTES

### 1. La demanda.<sup>2</sup>

#### 1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se determinaron como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El día 24 de octubre del año 2008, los señores GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES y YASID CANDELARIA GAIBAO DÍAZ suscribieron contrato de arrendamiento sobre un inmueble de 14 hectáreas ubicado en los playones de la hacienda fundación, que se halla en la cabecera del municipio de San Jacinto del Cauca, Bolívar, por un término de 5 años.
- Posteriormente dentro de la vigencia del anterior contrato de arriendo, las partes acordaron de forma verbal la venta de 7 de las 14 hectáreas que estaban dadas en arriendo. La suma pactada como precio de la compra-venta fue de \$20.000.000 de pesos, de los cuales el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES hizo entrega de \$11.200.000 pesos.
- EL saldo faltante de \$8.800.000 pesos, para la culminación de la compra, serían cancelados una vez YASID CANDELARIA GAIBAO DÍAZ realizara los trámites de la legalización de los documentos para la transferencia de dominio del predio.

<sup>1</sup> Folios 74 – 82 cdr.1

<sup>2</sup> Folios 1- 31< cdr.1





13001-33-33-008-2015-00566-01

- Estando el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES en posesión de las hectáreas negociadas, el día 17 de octubre de 2013 siendo las 10:00 A.M., la señora YASID CANDELARIA GAIBAO DÍAZ acompañada de sus trabajadores FRANKLIN CHARLY ARENAS ORREGO, TULIO CARMONA y JULIO AVILES ingresaron al predio de manera violenta, arbitraria y de forma clandestina y procedieron a romper los alambres que dividían el terreno, luego derribaron la casa habitación construida en zinc y madera, se apropiaron de los bienes muebles que estaban dentro de la misma y hurtaron 28 cabezas de ganado vacuno, 3 especies de equino y 5 porcinos, los cuales hasta el día de hoy se desconoce su paradero.
- Al momento en que estaban ocurriendo los hechos constitutivos de violencia, el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES se comunicó inmediatamente con la Inspección de Policía y Estación de Policía de San Jacinto del Cauca Bolívar, con el fin de que controlaran la alteración que en esos momentos existía.
- Llegando al predio los funcionarios de la Policía Nacional, y al percatarse de las actuaciones violentas que estaban realizando los señores YASID CANDELARIA GAIBAO DÍAZ, FRANKLIN CHARLY ARENAS ORREGO, TULIO CARMONA y JULIO AVILES, dichos agentes policiales, no asumieron su responsabilidad legal y constitucional de controlar el orden público y permitieron que las personas mencionadas con anterioridad, continuaran ejecutando actos de violencia contra el predio del señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES y su familia que estaba presente en el momento que sucedieron los hechos, conformada por su compañera la señora MARTHA ALMANZA ALEMÁN.
- La falta de atención oportuna de los miembros de la Policía Nacional, de no controlar la situación e impedir que los actos violentos que estaba padeciendo el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES en sus bienes se suspendieran o cesaran, generó como consecuencia un detrimento tanto patrimonial como emocional, puesto que derrumbaron todo lo que con esfuerzo estaba construido en el predio, detrimento patrimonial representado en la destrucción de la casa, la pérdida de los enseres que se encontraban al interior de la casa y pérdida de 28 cabezas de ganado vacuno, 3 especies de equino y 5 porcinos.
- el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES al momento en que llamó a la estación de Policía de San Jacinto del Cauca, Bolívar, buscaba que los miembros de la fuerza pública prestaran su apoyo brindando seguridad y protegiendo tanto su vida como sus bienes, pero por el contrario, permitieron que destruyeran el inmueble construido y del mismo modo no se opusieron a las agresiones físicas de las cuales fueron víctimas el demandante y su compañera.

## **1.2. Pretensiones de la demanda**

Se plantearon por la parte demandante las siguientes:



13001-33-33-008-2015-00566-01

1. *Se declare a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL responsable de los daños y perjuicios causados al señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES por motivo de la falla en el servicio en que incurrió.*
2. *Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, reparar los daños causados mediante la indemnización de los perjuicios, tanto pecuniarios como no pecuniarios, descritos y cuantificados a continuación:*
  - a. *La suma de \$9.000.000, por concepto de daños materiales bajo la modalidad de lucro cesante a favor de GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES.*
  - b. *LA suma equivalente a 100 smlmv por concepto de daño moral causado al señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES."*

### **1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

El concepto violación lo sustenta la parte demandante en el artículo 90 de la Constitución Política, impone al Estado Colombiano la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de sus agentes, tal como sucedió en el presente asunto.

Por otra parte, sostiene que el Decreto 1355 de 1970 en el artículo 29 literal E establece que una de las obligaciones de los agentes de policía es evitar que ocurran los peligros que colocan en riesgo el orden público y la integridad de las personas.

Así mismo, manifiesta que el literal G del citado artículo, claramente especifica que los agentes policiales deben proteger a las personas que se encuentran en peligro inminente y grave, lo cual no se obedeció en el presente caso, pues los agentes de policía que acudieron al llamado de auxilio efectuado por el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES permitieron que continuaran las agresiones físicas y verbales.

### **1.4. Contestación de la demanda.<sup>3</sup>**

#### **➤ DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS.**

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas. Argumenta que no se estructuran en el sub.-judece los presupuestos para responsabilizar administrativamente a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL puesto que la actuación que dio

---

3 Folios 41-48 cdr.1



13001-33-33-008-2015-00566-01

origen al perjuicio cuyo resarcimiento se reclama no ni vincula el proceder de la administración.

Sostiene que en el presente evento, las solicitudes de perjuicios en sus dos modalidades, carecen de respaldo probatorio, pues no se encuentra comprobado que los demandantes fueran personas económicamente activas, antes de los hechos de la demanda, razón por la cual se hace imprescindible que el actor pruebe con medios idóneos cualquier hecho que pretenda, ya que el despropósito de la pretensión sería considerada como un enriquecimiento sin causa.

Asimismo, manifiesta que no se encuentran estructurados ni mucho menos probados los elementos constitutivos de la falla en el servicio por parte de la Policía Nacional.

Propuso como excepción, la siguiente:

A. IMNOMINADA

## **2. Sentencia de Primera Instancia<sup>4</sup>**

En sentencia de fecha treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo Oral del Circuito de Cartagena, se negaron las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su decisión, sostuvo el A-quo que en el asunto bajo estudio, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se produjo el daño por cuya indemnización se reclama, a partir del examen detallado de los medios probatorios allegados al expediente, es posible concluir que el mismo acaeció por una causal eximente de responsabilidad que rompe el nexo causal a la entidad estatal en este caso Policía Nacional, denominado hecho exclusivo y determinante de un tercero.

Señaló el a-quo que el Consejo de Estado<sup>5</sup> ha sostenido:

*“El artículo 90 de la Constitución Política consagra una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, que abarca tanto la responsabilidad de naturaleza contractual como la extracontractual; de su inciso primero, se deduce que son dos los elementos indispensables para la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del mismo al Estado.*

4 Folios 74 – 82 cdr.1

5 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá D C , noviembre once de mil novecientos noventa y nueve. Radicación número: 11499



13001-33-33-008-2015-00566-01

*Esta disposición constituye, sin duda -y así lo han visto la jurisprudencia y doctrina nacionales -, el punto más avanzado de la evolución en la aplicación práctica de uno de los principios de mayor importancia en un Estado Social de Derecho, el atinente a la responsabilidad del Estado.*

*La trascendencia del precepto admite diversas aproximaciones de las cuales - para solo destacar dos - se hace notar que otorga una mayor autonomía a la teoría de la responsabilidad del Estado en relación con la responsabilidad de los particulares regulada en el derecho privado y que estructura mejor la responsabilidad como tendiente a reparar los daños antijurídicos a la víctima antes que a sancionar a un agente infractor (el Estado) de las reglas de derecho.*

*La pérdida de importancia - con miras a la deducción de la responsabilidad del Estado - de la calificación de la actuación dañosa como lícita o culpable, toma fundamento en el hecho de que "si los beneficios de las funciones administrativas alcanzan potencialmente a todos, también los perjuicios deben repartirse entre todos."<sup>6</sup>*

*Por lo anterior, no hay duda de que el fundamento de la responsabilidad del Estado se desplazó de la ilicitud de la conducta causante del daño (falla del servicio o culpa del Estado) al daño mismo, siempre y cuando este fuese antijurídico.*

*Esa sola circunstancia cambia, de modo fundamental, la naturaleza y la finalidad de la institución que, de simplemente sancionatoria pasa a ser típicamente reparatoria, tornando en cuenta para su operatividad no tanto al agente del daño (merecedor de la sanción), sino a su víctima (merecedora de la reparación).*

*Una visión de esa naturaleza ha permitido que la responsabilidad del Estado se comprometa frente a los daños que origina tanto su acción injurídica (como ha sido la tesis tradicional) como su conducta lícita que es donde se nota, con mayor énfasis, el carácter netamente reparatorio que ha ido adquiriendo la teoría.*

*Es en este contexto que toma importancia el concepto de daño antijurídico contenido en el mandamiento constitucional del art. 90., pues sobre él - en tanto afecta a la víctima - se edifica la responsabilidad del Estado, a condición de que le sea imputable"*

En el caso concreto consideró el fallador de primera instancia que la parte demandante estructuró su argumentación hacia la configuración de una falla del

<sup>6</sup> JESUS LEGUINA VILLA. La Responsabilidad Civil de la Administración. Tecnos P. 296





13001-33-33-008-2015-00566-01

servicio, régimen que supone, para la prosperidad de las pretensiones de la demanda tanto la acreditación del daño, como de los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración.

Una vez establecido lo anterior, manifestó que se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Así mismo, sostiene que *"la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía"*<sup>7</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta a la imputación del daño en el caso en concreto, después de analizar las pruebas recaudadas concluyó que no se puede establecer la omisión del cuerpo policial, toda vez que quienes irrumpieron en el predio que ostentaba la posesión del hoy demandante, fueron otras personas y la Policía Nacional no conoció del hecho sino hasta tanto llegó al lugar, razón por la cual se configuró el eximente de responsabilidad consistente en el hecho exclusivo y determinante de un tercero.

### **3. Recurso de Apelación.**<sup>8</sup>

La impugnación presentada por la parte demandante se centra en sustentar que no comparte la tesis del A-quo, pues si bien el daño lo ocasionó un tercero, los miembros de la fuerza pública, para este caso los agentes de la Policía Nacional, no efectuaron actuación alguna con el fin de contrarrestar la situación, a pesar de tener la obligación de brindar seguridad, proteger la vida, honra y bienes de todos los habitantes del territorio Nacional.

Argumenta que en este evento el juez de primera instancia, no valoró adecuadamente las pruebas testimoniales, ya que sin tener en cuenta los testimonios sostuvo que no se pudo establecer que los agentes de la Policía Nacional estuvieron en el lugar al momento de la ocurrencia del daño.

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No 14.880.  
<sup>8</sup> Fls. 220-223 C- 2





13001-33-33-008-2015-00566-01

Señala que las pruebas testimoniales rendidas en audiencia, son la única prueba para demostrar el llamado de auxilio que el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES hizo a la policía y la presencia de estos en el lugar de los hechos y la omisión de sus deberes al no proteger a la víctima.

Aduce además, que el A-quo cometió un yerro en la sentencia, debido a que no apreció la prueba como lo describe el artículo 176 CGP pues las mismas deben apreciarse en conjunto, situación que no se ve reflejada en la sentencia.

#### **4. Trámite procesal de segunda instancia.**

Con auto de fecha doce (12) de septiembre de 2017<sup>9</sup>, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto de fecha dieciséis (16) de febrero de 2018 se corre traslado a las partes para alegar de conclusión.<sup>10</sup>

#### **5. Alegaciones**

##### **De la parte Demandada**

No presentó alegatos de conclusión.

##### **De la parte Demandante<sup>11</sup>.**

En el término concedido en segunda instancia para presentar alegatos de conclusión la parte demandante se ratifica en cada uno de los argumentos presentados en la demanda y en el escrito de apelación, y solicita se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda.

#### **6. Concepto del Ministerio Público**

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

## **II. CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

<sup>9</sup> Folio 4 cdr.2

<sup>10</sup> Folio 8 cdr.2

<sup>11</sup> Folios 11-14 cdr.2





### III. CONSIDERACIONES

#### 1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

#### 2. ASUNTO DE FONDO

##### 2.1. Problema jurídico

La Sala encuentra que los problemas jurídicos que deben resolver se concretan en los siguientes cuestionamientos:

¿se encuentra probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa del actor y en consecuencia hay lugar a su declaratoria de oficio?

De ser resuelto de manera afirmativa el anterior problema jurídico no habrá lugar a pronunciamiento de fondo, pero de ser negativa la respuesta, se deberá establecer si:

¿Se presentó omisión en la prestación del servicio por parte de la POLICIA NACIONAL en los hechos ocurridos el día 17 de octubre de 2013 que dieron lugar a los daños sufridos por el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES?

#### 3. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión sustentará que en el presente evento el demandante no logró acreditar ser el propietario o poseedor del inmueble por el cual se reclaman los daños y perjuicios en la presente acción, razón por la cual no le asiste legitimación material en la causa por activa para iniciar el medio de control que se estudia.

En consecuencia, se declara probada esta excepción y no habrá lugar a resolver el segundo problema jurídico planteado.

#### 4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

##### 4.1. Presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado



13001-33-33-008-2015-00566-01

Con relación a la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su "constitucionalización" al erigirla como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

De lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, se desprende que esta tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por su acción como por su omisión, ya sea atendiendo a los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional o cualquier otro. En síntesis, la responsabilidad extracontractual del Estado se configura con la demostración del daño antijurídico y de su imputación a la administración.

El daño consiste en el menoscabo del interés jurídico tutelado y la antijuridicidad en que él no debe ser soportado por el administrado, ya sea porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o, porque es "irrazonable," sin depender "de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración."<sup>12</sup>

La imputación no es otra cosa que la atribución fáctica y jurídica que del daño antijurídico se hace al Estado, de acuerdo con los criterios que se elaboren para ello, como por ejemplo la falla del servicio, el desequilibrio de las cargas públicas – daño especial, la concreción de un riesgo excepcional, o cualquiera otro que permita hacer la atribución en el caso concreto.

Finalmente, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>13</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

#### **4.2. De la falla en el servicio**

El Consejo de Estado ha dicho que la falla del servicio es el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>13</sup> CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C sentencias del diecinueve (19) de julio del dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 68001-23-31-000-2002-00150-01 (37685)

<sup>14</sup> CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA SUBSECCION A sentencia del siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042).





13001-33-33-008-2015-00566-01

También ha sostenido que el mandato que impone la Carta Política en el artículo 2º inciso 2º, consistente en que las autoridades de la República tienen el deber de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades *"debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera"*<sup>15</sup>

En este orden, las obligaciones que están a cargo del Estado, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo<sup>16</sup>.

Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad.

Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal.

Adicionalmente se da la omisión o ausencia del servicio cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestarlo, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía.

#### **4.3. La responsabilidad del Estado por omisión de las autoridades públicas.**

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, en casos en los cuales se analiza si procede declarar la responsabilidad del Estado como consecuencia de la producción de daños en cuya ocurrencia ha sido determinante la omisión, por parte de una autoridad pública, en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le ha atribuido, el título de imputación aplicable es el de la falla del servicio. En efecto, frente a estos supuestos, señala que es necesario efectuar el contraste entre el contenido obligacional que, en abstracto, las

<sup>15</sup> Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

<sup>16</sup> Sentencia del 3 de febrero de 2000, expediente No. 14.787



13001-33-33-008-2015-00566-01

normas pertinentes fijan para el órgano administrativo implicado, y el grado de cumplimiento u observancia del mismo por parte de la autoridad demandada en el caso concreto. En este sentido, se ha indicado:

*"...responsabilidad derivada del incumplimiento de obligaciones de control que a ella le corresponden [se refiere a la Policía Vial] (...) no es objetiva, pues requiere que los perjuicios que se reclamen puedan imputarse al incumplimiento de una obligación determinada.*

*Esta responsabilidad, incluso bajo la óptica del artículo 90 de la C.P., sólo puede surgir cuando se evidencia la existencia de una falla del servicio, teniendo en cuenta que tal concepción es relativa. Su régimen fue precisado por la sala en sentencia del 5 de agosto de 1.994 (exp. 8487, actor VICTOR JULIO PARDO, ponente, Carlos Betancur Jaramillo), en la cual se señaló:*

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

*(...)*

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

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

*No se trata entonces de determinar si el Estado tiene o no recursos para cubrir condenas, como lo afirma el recurrente. Se trata de establecer si, teniendo en cuenta la realidad concreta en la cual se presta un*



13001-33-33-008-2015-00566-01

determinado servicio, puede considerarse que dicho servicio fue inadecuadamente prestado y dicha circunstancia así puede considerarse como la causa del daño sufrido por el demandante..."<sup>17</sup>.

Ahora bien, una vez se ha establecido la ocurrencia de la omisión, se requiere identificar si dicha ausencia o falencia en su proceder tiene relevancia jurídica dentro del proceso causal de producción del daño. En esa dirección, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

"2. Aunque en el tema de definir si determinado daño puede imputarse a una autoridad pública, estudiado como el elemento "relación de causalidad", cuando el perjuicio ha sido producto de causas concurrentes, no pueden señalarse reglas absolutas, ni desecharse el peso que tiene en el punto la valoración subjetiva del juzgador, sí estima la sala que sobre él pueden establecerse las siguientes pautas generales:

a. No puede determinarse, como única causa de un daño, aquella que corresponde al último suceso ocurrido en el tiempo. Este criterio simple, que opone la causa inmediata a la causa remota, implicaría, en últimas, confundir la causalidad jurídica con la causalidad física y no tomar en cuenta hechos u omisiones que, si bien no son la última causa del daño sí contribuyeron a determinar su producción.

A objeto de diferenciar las causas físicas de las jurídicas, el profesor Soler, enseña:

"Así, no debe sorprendernos que la solución jurídica concreta de tal cuestión se detenga, a veces, en un punto determinado, situado más acá de donde iría el examen físico de una serie causal, y se desinterese de causas anteriores. Otras veces, en cambio, va más allá de la verdadera causación física y hace surgir responsabilidad de una relación causal hipotética, basada precisamente en la omisión de una causa." (Soler, citado por Ricardo Luis Lorenzetti, en la obra De la Responsabilidad Civil de los médicos, Rubinzal, Culzoni, editores, 1.986, pag. 257.)

b. Tampoco puede considerarse que todos los antecedentes del daño son jurídicamente causas del mismo, como se propone en la teoría de la equivalencia de condiciones, o de la causalidad ocasional expuesta por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de septiembre de 1.935, según la cual "en estos casos si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido", a la cual se refiere también un salvamento de voto del Dr. Antonio J. de Irisarri del 8 de octubre de 1986 (exp. 4587), en el cual se expresa que "con fines simplemente analíticos,

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial De Bogotá.



13001-33-33-008-2015-00566-01

para verificar esa relación de causa a efecto, puede examinarse qué ocurriría o habría ocurrido, si el suceso - causa no se hubiera dado. Si la respuesta es en el sentido de que el efecto no habría sucedido, ha de admitirse que aquél sí constituye causa de éste, porque justamente para que el efecto se dé en la realidad, tiene que ocurrir aquél. En la hipótesis contraria no existiría esa relación de causalidad."

Tal posición llevaría a que en el clásico ejemplo citado por José Melich, el sastre que retrasa por negligencia la entrega de un abrigo de viaje, tendría que responder por el accidente ferroviario que sufrió su cliente que debió por tal motivo aplazar su viaje. Como lo señala el doctor Javier Tamayo Jaramillo, "deshumanizaría la responsabilidad civil y permitiría absurdamente, buscar responsables hasta el infinito."

Lorenzetti puntualiza aquí:

"No basta, según esta idea, la mera supresión mental hipotética, esto es borrar mentalmente la causa para ver si el resultado se produce o no sin ella. Es necesario emitir un juicio acerca de la regularidad con que se producen los fenómenos (constancia posible) lo que nos proporciona la noción de "causa adecuada". (ob. citada p. 261).

c. Tal concepción debe entonces complementarse en el sentido de considerar como causas jurídicas del daño, sólo aquellas que normalmente contribuyen a su producción, desechando las que simplemente pueden considerarse como condiciones. Tal como lo proponen los partidarios de la teoría de la causalidad adecuada, expuesta por el alemán Von Kries, "sólo son jurídicamente causas del daño, aquellos elementos que debían objetivamente y normalmente producirlo."<sup>18</sup> (Subrayas fuera del texto original).

En el mismo sentido, ha manifestado, también, dicho cuerpo colegiado:

"Ahora bien, considera esta Sala que, tratándose de la responsabilidad por omisión, establecido el daño, el análisis debe conducirse hacia la determinación de la causalidad y la imputabilidad, aplicando para el primer caso, obviamente, la teoría de la causalidad adecuada. En ese sentido, el problema radicaría en establecer, inicialmente, si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal. Y el análisis de la imputación, que será posterior, se referirá a la existencia del deber de interponerse, actuando - situación en la que la obligación de indemnizar surgirá del incumplimiento, como comportamiento ilícito-, o de un daño especial o un riesgo

18 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de septiembre once de mil novecientos noventa y siete; Consejero ponente: Carlos Betancur Jaramillo; Radicación número: 11764; Actor: Olimpo Arias Cedeño y otros; Demandado: La Nación- Ministerio De Obras, Intra y Distrito Especial De Bogota.



13001-33-33-008-2015-00566-01

excepcional previamente creado, que den lugar a la responsabilidad, a pesar de la licitud de la actuación estatal.

Debe precisarse también que, conforme a los principios decantados por la jurisprudencia nacional, la relación de causalidad sólo tiene relevancia para el derecho cuando responde a criterios de naturaleza jurídica, más allá de la simple vinculación física entre un comportamiento y un resultado; así, no parece necesario recurrir al análisis de la "virtualidad causal de la acción", propuesto por el profesor Entrena Cuesta, para reemplazar el citado elemento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio de que dicho análisis resulte útil para demostrar, por la vía de un argumento activo, el nexo adecuado existente entre la omisión y el daño producido. A ello alude, precisamente, la determinación de la posibilidad que tenía la administración para evitar el daño<sup>19</sup>.

En conclusión, son dos los elementos cuya concurrencia se requiere para que proceda la declaratoria de responsabilidad administrativa por omisión, esto es, la existencia de una obligación normativamente atribuida a una entidad pública o que ejerza función administrativa y a la cual ésta no haya atendido o no haya cumplido oportuna o satisfactoriamente; y, en segundo lugar, la virtualidad jurídica del eventual cumplimiento de dicha obligación, de haber interrumpido el proceso causal de producción del daño, el cual no obstante no derivarse de manera inmediata de la omisión administrativa, regularmente no habría tenido lugar<sup>20</sup>.

#### **4.4. De la responsabilidad por omisión de Instituciones de Seguridad del Estado**

En lo que respecta a este punto, el Consejo de Estado<sup>21</sup> ha reiterado que no es posible atribuir responsabilidad a las instituciones de seguridad del Estado por actos que amenazan la seguridad, cuando se demostró que para la entidad demandada era imprevisible la ocurrencia de los hechos, en los siguientes términos:

"(...)

"En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual 'no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia'<sup>22</sup>, toda vez que '[P]rever, en el lenguaje usual,

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintiuno (21) de febrero de dos mil dos (2002); Consejero ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación: 05001-23-31-000-1993-0621-01(12789); Actor: Argemiro de Jesús Giraldo Arias y otros; Demandado: Municipio de Medellín.

<sup>20</sup> CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCER A, sentencia del ocho (8) de marzo de dos mil siete (2.007).Radicación Número: 25000-23-26-000-2000-02359-01(27434)

<sup>21</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018), radicado No. 44826

<sup>22</sup> Original de la cita: "Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 20 noviembre de 1989, Jurisprudencia y Doctrina, tomo XIX, Bogotá, Legis, p. 8".



13001-33-33-008-2015-00566-01

significa ver con anticipación<sup>23</sup>, entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

“Sin embargo, el carácter imprevisible de la causa extraña también puede ser entendido como la condición de ‘imprevisto’ de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresan tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil<sup>24</sup> y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual ‘[I]mprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia’<sup>25</sup>. La recién referida acepción del vocablo ‘imprevisible’ evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

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

“Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda haber sido imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que

<sup>23</sup> Original de la cita: “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 mayo de 1936, Gaceta Judicial, tomo XLIII, p. 581”.

<sup>24</sup> Original de la cita: “Cuyo tenor literal es el siguiente: ‘Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.’”.

<sup>25</sup> Original de la cita: “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1.982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p. 21”.





13001-33-33-008-2015-00566-01

se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia. En la dirección señalada marcha, por lo demás, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha matizado la rigurosidad de las exigencias que, en punto a lo 'inimaginable' de la causa extraña, había formulado en otras ocasiones (...)''<sup>26</sup>: (Destacado del texto original).

En conclusión, cuando se acredita que la institución no tuvo conocimiento de las circunstancias de riesgo, amenaza, peligro y/o inseguridad, en las que pueda encontrarse un particular, no se considera comprometida la responsabilidad del Estado, toda vez que no se entera de ello, sino hasta tanto ocurre el suceso.

#### **4.5. Del hecho exclusivo y determinante de un tercero como eximente de responsabilidad**

El Consejo de Estado<sup>27</sup> definió los requisitos para que opere el hecho exclusivo y determinante de un tercero:

*"(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurren en la producción del daño, el resultado no sería exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subroga en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención<sup>28</sup>.*

*(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera*

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, Expediente No. 16.530, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>27</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de fecha veintiséis (26) de abril de dos mil dieciocho (2018), radicado No. 44826

<sup>28</sup> Ver Sentencia de 18 de mayo de 1992, exp. 2466. En sentencia de 22 de junio de 2001, exp. 13.233 dijo la Sala: "El concurso de conductas eficientes en la producción de un daño, provenientes de personas distintas a la víctima directa, genera obligación solidaria y, por lo tanto, el dañado puede exigir la obligación de indemnización a cualquiera de las personas que participaron en la producción del daño (arts. 2.344 y 1568 Código Civil). Por consiguiente, cuando la conducta del tercero no es única ni exclusiva sino coparticipada en forma eficiente y adecuada con la del demandado (s), el afectado puede pedir la declaratoria de responsabilidad de uno o de todos los deudores solidarios (art. 1571 ibídem). Esta es la situación por la cual la coparticipación del tercero no es constitutiva de exonerante de responsabilidad; para que la conducta del tercero fuera exonerante se requeriría su exclusividad y, además, que fuera determinante en la producción del daño".



13001-33-33-008-2015-00566-01

*causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado*<sup>29</sup>.

*(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor"*<sup>30</sup>.

Adicionalmente, el Honorable Consejo de Estado ha señalado que en cada caso concreto debe analizarse si el proceder activo u omisivo del tercero tuvo, o no, injerencia en la producción del daño, por cuanto el hecho del tercero puede tener plenos efectos liberadores de la responsabilidad estatal, en la medida en que su conducta sea la causa del daño o la raíz determinante del mismo.

## **5. EL CASO CONCRETO**

### **5.1 Hechos relevantes probados.**

- El día 17 de octubre de 2013 el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES compareció ante el Inspector Central de Policía del municipio de San Jacinto del Cauca Bolívar con el fin de formular denuncia en materia penal por los hechos motivo de controversia en el presente asunto.<sup>31</sup>
- El día 29 de octubre de 2013 el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES presentó denuncia escrita ante la Fiscalía del municipio de Magangue, Bolívar por la supuesta comisión de los delitos de perturbación de la posesión sobre inmueble, hurto calificado y agravado entre otros<sup>32</sup>
- El día 18 de diciembre de 2013 el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES compareció ante la Inspección Central de Policía del municipio de San Jacinto del Cauca Bolívar con el fin de denunciar a la señora YASID CANDELARIA GAIBAO DÍAZ y el señor FRANKLIN CHARLIS ARENA ORREGO por amenazas e intento de homicidio.<sup>33</sup>
- El día 16 de mayo de 2014 el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES presentó denuncia verbal ante la Fiscalía del municipio de Magangue, Bolívar por el delito de amanzanas tipificado en el art. 347 del C.P.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Sobre ese aspecto puede verse MAZEAUD Y TUNC. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y cuasidelictual. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. Tomo II Volumen II, pág. 237.

<sup>30</sup> Luis Josseland, Derecho Civil, Tomo II, Vol. I; Ed. Bosh y cia, Buenos Aires, 1950, pág. 341.

<sup>31</sup> Folios. 4-5 cdr. 1

<sup>32</sup> Folio. 6-9 cdr.1

<sup>33</sup> Folio 10 cdr.1

<sup>34</sup> Folios 11-14 cdr.1



En el curso del proceso se recibieron los testimonios solicitados como prueba por la parte accionante, de las siguientes personas:

1. El señor **CARLOS ALBERTO COCHERO CUIEL**, amigo de la infancia del señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES quien manifestó que estuvo presente el día 17 de octubre de 2013 fecha en que, la señora YASID CANDELARIA GAIBAO a eso de las 9:30 o 10:00 A.M, irrumpió en el predio ubicado en "los playones" de San Jacinto del Cauca, Bolívar y que estaban en posesión, del hoy demandante.

Así mismo, sostuvo que el actor, con el fin de impedir que le destruyeran su casa, llamó a la Inspección Central y a la Policía, quienes se hicieron presentes más o menos de 20 a 30 minutos después del llamado. Según manifiesta el testigo, estos no hicieron nada y dejaron que destruyeran la propiedad.

2. El señor **BLASMER ANTONIO PAYARES ALIAN**, primo del señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES, quien trabajaba en el predio donde sucedieron los hechos dice que se encontraba presente el día jueves 17 de octubre de 2013 a eso de las 9:30 A.M. cuando la señora YASID CANDELARIA GAIBAO y otros señores como el esposo, irrumpieron en el predio donde residía el accionante y empezaron a destruir la casa que había construido.

De igual manera, afirma que el actor, llamó a la policía por celular para impedir que le destruyeran la casa y que posterior a ello, llegaron 6 efectivos de la policía en moto y la señora GAIBAO estaba tumbando el predio e insiste en que la policía no hizo nada para detener los hechos violentos.

3. EL señor **DAGOBERTO HERNÁNDEZ JORGE**, quien tenía una sociedad con el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES al interior de la parcela "los playones" en la jurisdicción de San Jacinto del Cauca Bolívar, asegura que se encontraba presente el día 17 de octubre de 2013 cuando aproximadamente a las 10:00 o 10:30 AM llegaron los Agentes de la Policía y en el transcurso de los hechos, luego de una conversación con la señora YASID CANDELARIA GAIBAO, solo se limitaron a observar las agresiones.

Además, asegura que se encontraba donde tenía su cultivo de arroz, que estaba ubicado a 250 metros aproximadamente del lugar donde ocurrieron los hechos y que en ningún momento se acercó al lugar.

## 5.2 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.



13001-33-33-008-2015-00566-01

En el asunto de la referencia la parte demandante endilga responsabilidad administrativa y patrimonial a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL por los perjuicios sufridos como consecuencia de las agresiones causadas por la señora YASID CANDELARIA GAIBAO y los señores FRANKLIN CHARLY ARENAS ARREGO, TULIO CARMONA y JULIO AVILES, por no haber controlado el orden público y no impedir que continuaran los actos violentos en contra de su propiedad.

El Juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, señalando que se configuró, en el presente asunto, la excepción causal de exoneración de responsabilidad hecho exclusivo y determinante de un tercero.

La parte demandante apela la decisión adoptada y señala que el a-quo, no dio la valoración correspondiente a las pruebas testimoniales, pues su tesis se sustentó en que no se pudo establecer con los testigos que los agentes de policías estuvieran en el lugar de los hechos al momento de ocurrir el daño.

### **5.3 Legitimación en la causa por activa y pasiva**

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

#### **- La legitimación en la causa del demandante**

En el presente asunto se tiene que el señor GABRIEL JOSÉ OCHOA PAYARES, a través de apoderado judicial, promovió el presente proceso alegando ser el perjudicado por los daños causados en el lote de terreno ubicado en los playones de la hacienda fundación del Municipio de San Jacinto del Cauca Bolívar, en hechos ocurridos el 17 de octubre de 2013.

Ante lo anterior, resulta de importancia poner de presente la diferencia



13001-33-33-008-2015-00566-01

entre el presupuesto procesal de la legitimación activa y el presupuesto material de la misma, este último requerido como condición para que pueda proferirse un fallo favorable respecto de las pretensiones del demandante.

Sobre el particular, ha sostenido el Consejo de Estado:

*"Adicionalmente, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa<sup>35</sup>. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, por manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda<sup>36</sup>.*

*"Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real de la(s) persona(s) accionante(s) y/o demandada(s) en los hechos que originaron el respectivo litigio, independientemente de que dicha(s) persona(s) haya(n), o no, demandado o sido demandada(s). De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala:*

*'[L]a excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.*

*'a excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.*

<sup>35</sup> Ver, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera sentencia de 15 de junio de 2000; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; expediente No. 10.171; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Consejero ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03266-01(14178).

<sup>36</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00.





'La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado» (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)<sup>37</sup>'.

"Lo anterior lleva a concluir que en un sujeto procesal que se encuentra legitimado de hecho en la causa no necesariamente concurrirá, al mismo tiempo, legitimación material, pues ésta solamente es predicable respecto de quienes participaron realmente en los hechos que han dado lugar a la instauración de la demanda. En consecuencia, el análisis sobre la legitimación material en la causa se contrae a dilucidar si existe, o no, relación real de la parte demandada o de la demandante con la pretensión que ésta fórmula o la defensa que aquélla propone, pues la existencia de tal relación constituye condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito favorable a una o a otra<sup>38</sup>. De manera ilustrativa, así lo ha explicado la Sección Tercera:

'La legitimación ad causam material alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no. Ejemplo:

- A, Administración, lesiona a B. A y B, están legitimados materialmente; pero si

- A demanda a C, sólo estará legitimado materialmente A; además si D demanda a B, sólo estará legitimado materialmente B, lesionado. Si D demanda a C, ninguno está legitimado materialmente.

'Pero en todos esos casos todos están legitimados de hecho; y sólo están legitimados materialmente, quienes participaron realmente en la causa que dio origen a la formulación de la demanda<sup>39</sup>'.

"En similar sentido y complementando lo anteriormente expuesto, se ha afirmado lo siguiente:

<sup>37</sup> Cita original de la sentencia: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación: 10973".

<sup>38</sup> Cita original de la sentencia: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 76001-23-31-000-1993-0090-01(14452)".

<sup>39</sup> Cita original de la sentencia: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del quince (15) de junio de dos mil (2000); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Radicación número: 10171".



13001-33-33-008-2015-00566-01

'La legitimación material en la causa, activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado. Nótese que el estar legitimado en la causa materialmente por activa o por pasiva, por sí solo, no otorga el derecho a ganar; si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; **si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se las atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante**<sup>40</sup> (énfasis añadido)' <sup>41</sup>.

De conformidad con el análisis expuesto, en contraste con las pruebas allegadas al plenario, se puede establecer que en el presente evento se encuentra probada la falta de legitimación material por activa, dado que el demandante no demostró que se encontraba en el supuesto de ser el propietario del lote de terreno y la vivienda sobre el cual manifiesta se causaron los daños.

A diferencia de lo que alegó el demandante, considera la Sala que no existe prueba que acredite posesión o propiedad sobre este predio, pues en el expediente no obra ningún documento de compraventa o folio de matrícula que demuestre la titularidad del derecho de dominio sobre el mismo.

Del mismo modo, los testimonios rendidos y los documentos allegados no permiten atener por cierto el derecho de posesión sobre el inmueble por parte del demandante, toda vez que las mismas se dirigen a probar la ocurrencia de l hecho dañoso, pero no la titularidad sobre los bienes.

<sup>40</sup> Cita original de la sentencia: "Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de noviembre de dos mil uno (2001); Consejera ponente: María Elena Giraldo Gómez; Expediente 13.356. Puede verse, en la misma dirección, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de veintisiete (27) de abril de dos mil seis (2006); Consejero ponente: Ramiro Saavedra Becerra; Radicación número: 66001-23-31-000-1996-03263-01(15352)".

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, sentencia de 9 de mayo de 2012, radicación 52001233100019970859001 (17.008), actor: Raúl Alberto Quijano Melo, demandado: Fondo de Cofinanciación para la Inversión Social -FIS-.



13001-33-33-008-2015-00566-01

La Sala reafirma la jurisprudencia consolidada del Consejo de Estado, sobre la carga de la prueba que le incumbe al demandante cuando pretende la declaratoria de responsabilidad del estado por daños ocasionados a bienes.

De acuerdo con lo anterior, no puede aceptarse la legitimación material en la causa en que se pretende fundar la prosperidad de la pretensión del demandante, dado que le correspondía probar su interés legítimo para actuar, lo cual se fundaba, según la demanda, en la propiedad o posesión sobre el inmueble que fue afectado.

Como conclusión, se tiene que corresponde al demandante probar la legitimación material por activa, cuestión que en el presente caso no se cumplió pues no allegó prueba tendiente a demostrar la titularidad o posesión del bien que resultó afectado por los hechos motivo de la acción.

Ante lo anterior, resulta procedente declarar de oficio probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa, para lo cual se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

### **5. Condena en Costas**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte *"a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación"*, y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará al pago de las costas a la Parte Demandante, las cuales serán liquidadas por el Juez de primera instancia de acuerdo con lo señalado en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia de fecha treinta (30) de marzo de dos mil



13001-33-33-008-2015-00566-01

diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedara así:

**"PRIMERO:** DECLARASE probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa y en consecuencia DENIÉGUENSE las pretensiones de la demanda."

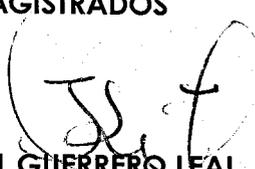
**SEGUNDO:** Condenar en Costas a la Parte Demandante, en los términos de los artículos 365 y 366 del CGP las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia.

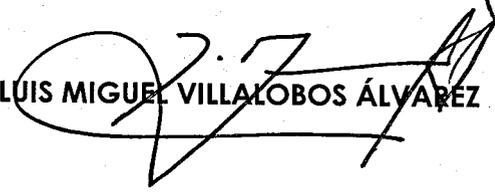
**TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

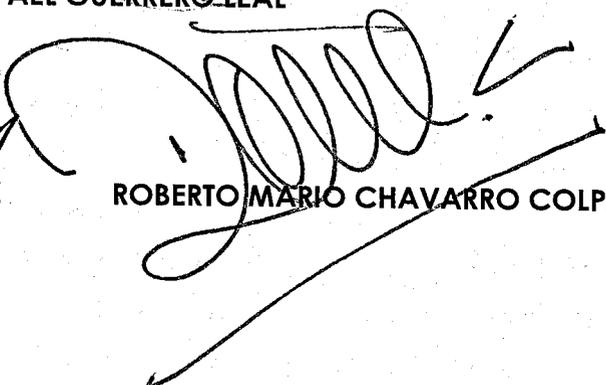
**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
**JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**