

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá D.C, veintinueve (29) de julio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 660012331000200000519 01 (31.304)

Actor: Antonio José Osorio Giraldo y otros.

Demandados: Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional

Asunto: Acción de reparación directa (Sentencia)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 29 de octubre de 2004¹ proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales de Antioquia, Risaralda, Caldas y Choco, que resolvió no acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 9 de junio de 2000²⁻³, la Sociedad, Antonio José Osorio G. & Cia S.C.S. y Antonio José Osorio Giraldo, Teresa García de Osorio, Antonio José Osorio García, Gloria Patricia Osorio García, Adriana Osorio García, Mónica Osorio García, Mariana Lema Osorio⁴, Manuela Vallejo Osorio⁵, Manolo Vallejo Osorio⁶, Lucas Osorio Benjumea⁷, Antonia Osorio Benjumea⁸, Héctor Vallejo Tangarife y Beatriz Elena Benjumea por intermedio de apoderado judicial, presentaron demanda de reparación directa,

¹ Fls.127-146 C.P

² Fls.28-36 C.1

³ Mediante escrito de 11 de octubre de 2000, se adicionó la demanda en cuanto a las pruebas solicitadas. (Fls. 60-62 C.1)

⁴ Actúa por intermedio de sus padres Carlos Arturo Lema Salazar y Gloria Patricia Osorio García según poder que obra a Fls.9 C.1

⁵ Actúa por intermedio de sus padres Héctor Vallejo y Adriana Osorio García Osorio García según poder que obra a Fls.10-11 C.1

⁶ Actúa por intermedio de sus padres Héctor Vallejo y Adriana Osorio García Osorio García según poder que obra a Fls.10-11 C.1

⁷ Actúa por intermedio de sus padres Antonio José Osorio García y Beatriz Elena Benjumea según poder que obra a Fls.8 C.1

⁸ Actúa por intermedio de sus padres Antonio José Osorio García y Beatriz Elena Benjumea según poder que obra a Fls.8 C.1

contenida en el artículo 86 del C.C.A., solicitó que se declare administrativamente responsable al Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los perjuicios materiales y morales a ellos causados *“por el daño antijurídico que se les causó (artículo 90 de la C.N) por la omisión de la fuerza pública en la prestación del servicio con ocasión del hurto calificado y agravado presentado en el establecimiento de comercio Compraventa La Guitarra”*.

1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó condenar a la parte demandada a pagar a su favor las siguientes condenas⁹:

1.- Por concepto de perjuicios materiales a título de daño emergente a favor de la sociedad Antonio José Osorio G & Cia., o quien representa sus derechos, la suma de \$131.910.940 correspondiente al valor de la mercancía hurtada.

2.- Por concepto de perjuicios materiales a título de lucro cesante a favor de la sociedad Antonio José Osorio G & Cia., o quien representa sus derechos la suma de \$316.584.000 derivada del 10% de rentabilidad que le generaba la Compraventa “La Guitarra”.

3.- Por concepto de perjuicios materiales a favor del señor Antonio José García la suma de \$135.320.000 derivada del daño antijurídico que se le causó en su establecimiento de comercio denominado *“Sarabana Tienda Musical, ubicado en la ciudad de Manizales, como consecuencia de la omisión en la prestación del servicio con ocasión del hurto calificado agravado ocurrido en el establecimiento de comercio denominado Compraventa la Guitarra de propiedad de la sociedad Antonio José Osorio G & Cia., S.C.S”*.

4.- Por concepto de perjuicios morales a favor de cada uno de las *“personas naturales demandantes”*, el equivalente en pesos a 1000 gramos oro.

1.3. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora expuso los hechos que la Sala sintetiza así¹⁰:

⁹ Fls.28-29 C.1

¹⁰ Fls.29-31 C.1

El día 12 de junio de 1998, siendo aproximadamente las 12:45 p.m., diez personas, identificadas como miembros de la Fiscalía General de la Nación y de la Policía Nacional ingresaron al interior de la Compraventa La Guitarra, ubicada a 20 metros del Comando de Policía del municipio de la Virginia – Risaralda, saquearon la caja fuerte y las vitrinas de dicho establecimiento de comercio y posteriormente abandonaron el lugar en un vehículo *“monza amarillo que tenían estacionados a unos sesenta metros aproximadamente del Comando de Policía”*.

Una vez se retiró el último de los asaltantes, las personas que se encontraban dentro del establecimiento salieron con el fin de solicitar ayuda al tiempo que el señor Antonio José Osorio Giraldo hizo un tiro al aire con el fin de llamar la atención de la Policía Nacional, sin que ello produjera su reacción a pesar de estar el Comando de Policía al frente de dicho negocio.

2. El trámite procesal

2.1- Admitida la demanda¹¹¹² y notificado el Ministerio de Defensa – Policía Nacional¹³, el asunto se fijó en lista.

2.2.- El Ministerio de Defensa – Policía Nacional contestó la demanda¹⁴, presentó excepciones y se opuso a las pretensiones por cuanto los hechos acontecidos obedecieron a conductas ilícitas de terceras personas que no comprometen la responsabilidad de la Administración.

De igual forma propuso el ente demandado como excepciones: (i) el hecho de un tercero, por los argumentos anteriormente expuestos; (ii) la falta de causalidad entre la falla de la Administración y el daño, por cuanto no existe ninguna relación de causalidad entre la actuación del Estado y el hecho ocurrido; y (iii) la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la demandada no fue la autora del ilícito.

¹¹ Fls. 39-40 C.1.

¹² El Tribunal Administrativo de Primera Instancia, mediante auto de 2 de noviembre de 2000, admitió la adición de la demanda. (Fls. 65 C.1)

¹³ Fl. 42 C. 1.

¹⁴ Fls.48-59 C.1

2.3.- Una vez decretadas y practicadas las pruebas, se citó a las partes a audiencia de conciliación¹⁵, la cual se llevó a cabo el 11 de julio de 2003¹⁶ y se declaró fallida.

2.4.- Posteriormente, se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión¹⁷, oportunidad que fue aprovechada por aquellas, pero éste último no rindió su concepto.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Como se anotó *ad initio* de esta providencia, el 29 de octubre de 2004 la Sala de Descongestión para los Tribunales de Antioquia, Risaralda, Caldas y Choco negó las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión el *A quo* manifestó:

“No aportado a este proceso el certificado del registro mercantil correspondiente al establecimiento de comercio Compraventa la Guitarra de la Virginia, no obtiene la información esta Sala para saber quién estaba inscrito como su propietario y si en realidad para el día del hurto de que se habla en este proceso la sociedad Antonio José Osorio G & Cía., S.C.S., era la propietaria de un establecimiento público denominado como se dijo antes.

No demostrada la propiedad del precitado establecimiento de comercio por parte de la sociedad indicada, no podrá la Sala acceder a las pretensiones de la demanda, por no probar los demandantes, incluida la Sociedad actora como las personas naturales accionantes en este proceso la legitimación en la causa por activa; porque como se dijo en el expediente solo obra un certificado de registro mercantil del establecimiento de comercio Compraventa La Guitarra de la Virginia, cuya propietaria es la señora Teresa García de Osorio, desde el 29 de septiembre de 1998; pero no aparece certificado de registro mercantil de quién fue el propietario para el día de los hechos, 12 de junio de 1998.

Lo anterior hará que no se accedan a las pretensiones de la demanda y sea declarada de oficio la falta de legitimación en la causa por activa. Esto hace que no haya necesidad de pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la demandada”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

¹⁵ Fls.80 C.1

¹⁶ Fls.84-86 C.1

¹⁷ Fl.101 C. 1.

El 15 de diciembre de 2004 el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación¹⁸ en el que solicitó que se revoque la providencia proferida por el *A quo* y que de acuerdo con los medios probatorios que obran en el plenario, tenga por acreditado que para la época de los hechos la Sociedad Antonio José Osorio G y Cía., S.C.S era la propietaria de la Compraventa “La Guitarra”.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, guardo silencio.

En consideración a que el expediente entró para elaboración del fallo 6 de noviembre de 2007¹⁹ y no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a desatar la alzada previas las siguientes

V. CONSIDERACIONES

Para resolver lo pertinente, la Sala, retomando la problemática jurídica propuesta por los actores, precisará el alcance de los conceptos adoptados como *ratio decidendi* para sustentar su decisión, los cuales expondrá bajo el siguiente esquema:

1. Competencia
2. Legitimación en la Causa de la sociedad Antonio José Osorio G & CIA S.C.S.
- 3.- Valoración de la prueba trasladada
- 4.- Valoración probatoria de las declaraciones extraproceso.
5. Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado
 - 5.1. Daño antijurídico
 - 5.1.1 El daño en sentido general.
 - 5.1.2 La noción de daño antijurídico.
 - 5.1.3 Ausencia de daño antijurídico en el caso concreto.
 - 5.1.3.1 Obligación del juez de interpretar el negocio jurídico, establecer el esquema negocial utilizado por las partes contratantes e integrar el negocio jurídico puesto bajo su conocimiento.

¹⁸ Fls.149-153 C.P

¹⁹ Fls.165 C.P

5.1.3.1.1 Esquema negocial utilizado por los demandantes para desarrollar la actividad comercial ejecutada mediante el establecimiento de comercio denominado “La Guitarra”

5.1.3.1.2 Elementos esenciales del contrato de compraventa y el pacto de retroventa.

5.1.3.1.3 El contrato de mutuo y la prenda con tenencia.

5.1.3.2 Riesgo de la pérdida de la cosa empeñada.

5.1.3.3 Carácter personal del daño.

5.1.3.4 Propiedad de los bienes que se encontraban en las vitrinas – en exhibición para la venta.

5.1.3.4.1 Ineficacia de pleno derecho.

5.1.3.4.2 Nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o inmoralidad.

5.1.3.5 Rentabilidad del 10% derivada de los contratos de mutuo y prenda con tenencia.

5.1.3.6 Daño alegado por Antonio José Osorio García, correspondiente al cierre de su establecimiento comercial denominado Sarabanda Tienda Musical.

6. Conclusión.

7. Costas.

1. Competencia

En atención a lo previsto en los artículos 120 del Código Contencioso Administrativo y 1º 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 contra la sentencia del 29 de octubre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión para los Tribunales de Antioquia, Risaralda, Caldas y Choco.

Adicionalmente, comoquiera que la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación tuvieron lugar para el año 2004, la norma aplicable, a efectos de determinar la segunda instancia, es el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 2000, fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$26.390.000, la cual se determina por el valor de las pretensiones sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue por concepto de perjuicios materiales, la suma equivalente a \$448.494.940, para la Sociedad Antonio José Osorio G & Cía o quien represente sus intereses.

2. Legitimación en la Causa de la sociedad Antonio José Osorio G & CIA S.C.S.

En atención a los motivos de la apelación, procede la Sala a analizar como presupuesto previo, la legitimación en la causa por activa para determinar si le asistía o no la razón al *A quo* para negar las pretensiones al no encontrar demostrada la propiedad del establecimiento de comercio denominado “La Guitarra”.

En primer lugar, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, en sentido amplio, la jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la “calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”²⁰, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas.

Conforme con el criterio básico que informa el instituto de la legitimación en la causa, en esa materia específica, la función legislativa está circunscrita a determinar qué sujetos se encuentran jurídicamente habilitados o autorizados para promover el proceso, para intervenir en él y para contradecir las pretensiones de la demanda; función que debe ejercer teniendo en cuenta la naturaleza de la actuación de que se trate y los fines o propósitos que con ella se persiguen.

Por su parte, esta Corporación ha sostenido que la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones.

Entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada.

Al respecto, no sobra recordar lo dicho por la Sala en tal sentido, a saber:

“La legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Cuando ella falte bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada”²¹.

Ahora bien, también ha dicho la Sala que la legitimación en la causa puede ser de hecho cuando la relación se establece entre las partes por razón de la pretensión procesal, es decir de la atribución de una conducta que el demandante hace al demandado en su demanda, o material frente a la participación real de las personas en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que dichas personas hayan demandado o hayan sido demandadas, por lo cual la ausencia de esta clase de legitimación, no constituye una excepción de fondo porque no enerva la pretensión procesal en su contenido sino que es una condición anterior y necesaria para dictar sentencia de mérito, sin que el estar legitimado en la causa otorgue el derecho a ganar, lo que sucede aquí es que si la falta recae en el demandante el demandado tiene derecho a ser absuelto, no porque él haya probado un hecho 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 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, y, por eso, el demandado debe ser absuelto²².

En consecuencia, como la legitimación en la causa es un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable en relación con las pretensiones de la parte actora, por ende, es menester determinar si los demandantes allegaron la prueba conducente sobre la calidad con que se presentaron al proceso, pues de lo contrario, no estarían legitimados para reclamar perjuicios por los daños que adujeron²³.

Así las cosas, en el caso de autos la Sociedad Antonio José Osorio G & Cía se presentó al proceso como propietaria del establecimiento de comercio “La Guitarra”; no obstante, el Tribunal de Primera Instancia consideró que dicha calidad no se encontraba demostrada dentro del proceso por cuanto no obraba su certificado de registro mercantil y en

²¹ Sentencia del 23 de octubre de 1990. Expediente No. 6054.

²² Consejo de Estado, Sentencia del 11 de noviembre de 2009, Rad. 18.163. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

²³ En este sentido véase Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de agosto de 2006, Exp. 19.611. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

consecuencia encontró que la misma no se encontraba legitimada para obrar dentro del proceso.

Sin embargo, considera la Sala que los argumentos del Tribunal no son de recibo por cuanto, si bien es cierto que para acreditar la titularidad del establecimiento de comercio se requiere el certificado de la cámara de comercio, se debe precisar que éste no es el único medio probatorio para demostrar aquella circunstancia, ya que se puede acudir a otra prueba, en ausencia de éste, en virtud a que la misma no se encuentra sujeta a tarifa legal alguna.

En este orden de ideas, observa la Sala que para la época de los hechos, la sociedad Antonio José Osorio G & Cía era la propietaria del establecimiento de comercio “La Guitarra”, encontrándose de esta manera legitimada para obrar en el presente proceso, de conformidad con los siguientes medios probatorios:

- Copia auténtica de las anotaciones registradas en la minuta de guardia de la Policía Nacional el 12 de junio de 1998 a las 5:00 p.m., en donde consta que la compraventa “La Guitarra” es de propiedad de la sociedad Antonio José Osorio G & Cía²⁴.
- Certificado expedido el 6 de junio de 2000 por la Fiscalía General de la Nación – Fiscalía 28 Delegada ante los Juzgados del Circuito de Virginia en el que consta que en dicha entidad se adelantó una investigación por los hechos acaecidos el 12 de junio de 1998, en la compraventa “La Guitarra” de propiedad de la Sociedad Antonio José Osorio G & Cía²⁵.
- Oficio de 23 de julio de 2001 proferido por la Cámara de Comercio de Pereira y dirigido al Tribunal Administrativo de Risaralda en el que consta²⁶:

“(…) En respuesta a su oficio de la referencia recibido por nosotros en julio de 2001, nos permitimos remitir fotocopia del documento de venta del establecimiento de comercio, Compraventa La Guitarra de propiedad de la sociedad Antonio José Osorio G & Cía”.

3.- Valoración de la prueba trasladada

²⁴ Fls.27-32 C.2

²⁵ Fls.27 C.1

²⁶ Fls.17 C.2

En cuanto a las pruebas que la Sala valorará, se advierte que se allegó²⁷ copia del proceso penal que se llevó a cabo en el Juzgado 159 de Instrucción Penal Militar por los hechos acaecidos el 12 de junio de 1998 a solicitud únicamente de la parte demandada.

Teniendo en cuenta esto, la Sala con relación a la eficacia probatoria de la prueba trasladada se sostiene en el precedente según el cual cabe valorarla a instancias del proceso contencioso administrativo, siempre que se cumpla lo exigido en el artículo 185 del C.P.C., esto es, que se les puede dotar de valor probatorio y apreciar sin formalidad adicional en la medida en que el proceso del que se trasladan se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aduce o, con su audiencia, por cuanto se protege el derecho de contradicción y publicidad de la prueba, el cual solo se dará en la medida en que las partes tengan conocimiento de ellas.

Ahora bien, en el presente caso la Sala considera que ambas partes tienen pleno conocimiento del material probatorio contenido en el sumario que se trasladó de la jurisdicción penal, de manera que se garantiza el derecho de contradicción y publicidad de la prueba.

En este sentido, el precedente de la Sala sostiene que las pruebas recaudadas podrán ser valoradas y apreciadas, pese a que se hayan practicado sin citarse o intervenir alguna de aquellas en el proceso de origen y, no hayan sido ratificadas en el proceso al que se trasladan, ya que se puede considerar contrario a la lealtad procesal *“que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, bien sea por petición expresa o coadyuvancia pero que, en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión”*²⁸.

Cuando se trata de prueba documental, específicamente, se podrá trasladar de un proceso a otro en original (evento en el que se requerirá el desglose del proceso de origen y que se cumpla lo exigido en el artículo 185 C.P.C), o en copia auténtica (evento en el que se deberá cumplir lo consagrado en los artículos 253 y 254 del C.P.C).

²⁷ Se allegó mediante oficio de 9 de agosto de 2001 por parte del Juzgado 159 de Instrucción Penal Militar. Fls.33 C.2

²⁸ Sentencias de 21 de febrero de 2002. Exp.12789; 9 de junio de 2010. Exp.18078.

De esta manera, la Sala valorará las pruebas practicadas dentro del proceso contencioso administrativo y aquellas trasladadas del proceso penal, conforme a los fundamentos señalados.

4.- Valoración probatoria de las declaraciones extraproceso.

Con relación a las **declaraciones extra proceso**²⁹ que obran dentro del proceso, tendientes a esclarecer los hechos acontecidos el día 12 de junio de 1998, el Código de Procedimiento Civil establece:

***“Artículo 298.-** Modificado. Dec. 2282 de 1989, art. 1º, mod. 129. Con el fin de allegarlos a un proceso, podrá pedirse que se reciban testimonios anticipados únicamente a personas que estén gravemente enfermas, con citación de la parte contraria en la forma prevista en el artículo 318 y en los numerales 1º, 2º y 3º del 320.*

La solicitud deberá formularse ante el juez de la residencia del testigo, y el peticionario expresará bajo juramento, que se considerará prestado por la presentación del escrito, que el testigo se encuentra en la circunstancia mencionada, e informará el lugar donde puede citarse a la persona contra quien pretende hacer valer la prueba.

Cuando el peticionario manifieste también bajo juramento prestado de igual manera, que ignora dónde puede citarse a la presunta contraparte, se aplicará el artículo 318.

El juez rechazará de plano la recepción de testimonios extraproceso para fines judiciales, cuando la solicitud no cumpla los requisitos exigidos en los incisos anteriores.

Los testimonios que se reciban con violación de este artículo no podrán ser apreciados por el juez”.

Adicionalmente, debe preverse que el anterior ordenamiento procesal civil consagraba la posibilidad de que los testimonios recibidos fuera del proceso podían ser apreciables por el juez, siempre que se cumplieran los requisitos de la ratificación, de conformidad con el artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, que disponía:

***“Artículo 229.-** Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 106. Ratificación de testimonios recibidos fuera del proceso. Sólo podrán ratificarse en un proceso las declaraciones de testigos:*

1. Cuando se hayan rendido en otro, sin citación o intervención de la persona contra quien se aduzcan en el posterior.

²⁹ Sentencia de 12 de noviembre de 2014. Exp.: 27578

2. Cuando se hayan recibido fuera del proceso en los casos y con los requisitos previstos en los artículos 298 y 299.

Se prescindirá de la ratificación cuando las partes lo soliciten de común acuerdo, mediante escrito autenticado como se dispone para la demanda o verbalmente en audiencia, y el juez no la considera necesaria.

Para la ratificación se repetirá el interrogatorio en la forma establecida para la recepción del testimonio en el mismo proceso, sin permitir que el testigo lea su declaración anterior.”

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ha manifestado que:

“(…) para que se pueda apreciar un testimonio que ha sido rendido por fuera el proceso es imperioso, en primer lugar, que se trate de aquellos eventos a los que se refieren los numerales 1 y 2 del artículo 229 del C de P. C. y, en segundo orden, debe cumplirse con el trámite de ratificación que estipula la misma norma, trámite del cual se podrá prescindir únicamente cuando el juez considere que es innecesario y las partes concuerden en ello, voluntad que éstas deberán manifestar verbalmente en audiencia, o mediante escrito autenticado.

12.2.5.1. Por un lado, de manera estándar y siguiendo las reglas procesales transcritas, se ha manifestado que el testimonio practicado por fuera del proceso puede hacerse valer en un trámite judicial posterior, si y sólo si se cumplen las siguientes condiciones: (i) que la declaración haya sido recibida como prueba anticipada en los términos de los artículos 298 y 299 del Código de Procedimiento Civil, o en un proceso judicial diferente; (ii) que la declaración se haya recibido con audiencia o por solicitud de la parte contra la cual se pretende hacer valer en el proceso posterior; y, finalmente, (iii) que el testimonio sea ratificado en el nuevo trámite, según los parámetros que para tal efecto se establecen en el artículo 229 ibídem.

(…)

(…) las declaraciones juramentadas trasladadas al proceso contencioso desde otro trámite judicial – o recopiladas de forma extraprocesal-, sólo son apreciables si se ratifican o cuando las partes han tenido la oportunidad de controvertirlas en el momento de su recopilación”³⁰.

No obstante lo anterior, la Sala prevé que actualmente los artículos 188 y 222 del nuevo Código General del Proceso permitieron que “*las declaraciones extraprocesales que se aporten con la demanda pueden ser valoradas sin necesidad de que sean ratificadas (…)* aun cuando no hayan sido practicadas con audiencia de la entidad demandada (...)”. En este sentido, aunque la norma citada no es aplicable al caso concreto, por cuanto es posterior a la práctica de las declaraciones extra proceso sobre las cuales se

³⁰ Consejo de Estado, sentencia de 11 de septiembre de 2013, Exp. 20.601, MP. Danilo Rojas Betancourth.

discute e, incluso, es posterior a la presentación e iniciación del proceso que aquí se debate³¹, también es claro que ella recoge el giro que en materia probatoria ha dado nuestro derecho procesal e ilumina la interpretación o valoración que el Juez Contencioso Administrativo, dentro del Estado Social de Derecho debe hacer de la prueba, en atención a los principios de prevalencia del interés sustancial o material de los derechos subjetivos³² sobre el simplemente formal o procesal.

En este sentido la Corte Constitucional, en reciente sentencia de unificación, manifestó:

“El Juez del Estado Social de Derecho es uno que ha dejado de ser el “frio funcionario que aplica irreflexivamente la ley”³³, convirtiéndose en el funcionario - sin vendas- que se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender vigilante, activo y garante de los derechos materiales³⁴”³⁵

Por su parte, con relación a la valoración de las declaraciones extra proceso dentro del proceso contencioso administrativo, el Consejo de Estado ha avanzado en el sentido de señalar que:

“Aun cuando se ha predicado que la validez de las declaraciones extra juicio allegadas dentro de un proceso judicial se encuentra sujeta a la citación de la parte contraria, a la posterior ratificación de las mismas o a aquellos casos en los que exclusivamente la ley les habilita como prueba sumaria -como garantía procesal que milita a favor de la parte contraria en virtud del derecho de contradicción y de defensa-, éstas pueden ser tenidas en cuenta, en los eventos en que hayan sido de pleno conocimiento de la parte demandada, ya sea desde el agotamiento de la vía gubernativa, o en el debate judicial mismo.”³⁶

En el mismo sentido, en pronunciamiento más reciente, la Subsección B de la Sección Tercera, también sostuvo que:

“(…) los documentos que contengan testimonios de terceras personas, por haberse vertido ante el juez, en otro proceso o extraprocesalmente, sin intervención de la parte contra quien se aducen o bien por haberse producido sin otra intervención que la del otorgante, deben ser valorados por el fallador sin necesidad de ratificarlos (...) no es posible sostener que, en todos los casos, la

³¹ Al respecto debe preverse que el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 estableció: “Artículo 40. Modificado por el art. 624, Ley 1564 de 2012. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.”

³² Al respecto debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 103 del C.C.A.

³³ Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2009

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-159 de 2007

³⁵ Corte Constitucional, sentencia de tutela SU-768 del 16 de octubre de 2014.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 15 de febrero de 2012, Rad. 11001-03-15-000-2012-00035-00(AC), M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

prueba deba ser objeto de ratificación o que siempre la contraparte deba tener la posibilidad de contrainterrogar en el mismo momento, como tampoco que determinada prueba deja de serlo porque la contraparte no fue citada, pues, en todos los casos, lo esencial tiene que ver con que quien no participó en su formación, tenga acceso, con igualdad probatoria y posibilidad, a oportunidades reales y efectivas de contradicción. (...)”³⁷

Así las cosas, la Sala valorará las declaraciones extra proceso obrantes en el plenario, pero lo hará parcialmente, en el sentido de dar validez a las declaraciones que se dirigen a acreditar lo sucedido el día 12 de junio de 1998, toda vez que estos hechos incorporan situaciones que fácilmente podían ser percibidas por los declarantes.

5. Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

En relación con la responsabilidad del Estado³⁸, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización”³⁹ erigiéndola como garantía de los derechos e intereses de los administrados⁴⁰ y de su patrimonio⁴¹, sin distinguir su condición, situación e interés⁴². Como bien se sostiene en la doctrina,

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2013, Exp. 27.521, M.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ 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.

⁴¹ “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.

⁴² 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 general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée. Paris, 1947.

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁴³; 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”⁴⁴.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁴⁵, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁴⁶ tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

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 cual se analizará el caso a resolver.

5.1. Daño antijurídico⁴⁷

⁴³ “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.

⁴⁴ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

⁴⁵ “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.

⁴⁶ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

⁴⁷ SANTOFIMIO Gamboa Jaime Orlando, La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática, Universidad Externado de Colombia; BREWER Carias Allan, Estudios sobre control de convencionalidad, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana 2015. (en proceso de publicación).

Es preciso examinar los elementos de la responsabilidad, donde especial interés reviste la consideración del daño antijurídico, y no de cualquier daño, debiendo tenerse en cuenta tanto la esfera material [o fenoménica] como la jurídica, y especialmente la valoración de tres momentos para establecer la concreción de la antijuridicidad del daño: peligro, amenaza y daño. Se constituye en un avance el entendimiento de la amenaza como un momento que en las dos esferas pueda permitir la consideración de la antijuridicidad de un hecho que potencial y probablemente va a producir un daño o vulneración, o que de materializarse sería más gravoso. Una vez determinado el daño antijurídico, ha de considerarse el segundo elemento, esto es, el juicio de imputación, que en sus dos ámbitos permite dilucidar diferentes problemáticas, y afirmar la aplicación de los criterios de motivación (que no son rígidos), según cada caso en concreto. Y, finalmente, se debe tener en cuenta como tercer elemento la reparación del daño antijurídico imputable a la administración pública, partiendo de la idea no solo de una compensación económica⁴⁸, sino de la reparación en función de los derechos vulnerados, y del carácter colectivo o socializador que puede alcanzar.

5.1.1 El daño en sentido general.

El Daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación sólo es aquel que reviste la característica de ser *antijurídico*. En este sentido, el daño sólo adquirirá el carácter de *antijurídico* y en consecuencia será indemnizable, si cumple una serie de requisitos como lo son, el de ser personal, cierto y directo, tal y como lo explica Mazeaud:

“Es un principio fundamental del derecho francés, aun cuando no esté formulado en ningún texto legal, que, para proceder judicialmente, hay que tener un interés: «Donde no hay interés, no hay acción». Una vez establecido el principio, ha surgido el esfuerzo para calificar ese interés que es necesario para dirigirse a los

⁴⁸ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T.I., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, pp.190 y 191. “[...] La obligación de indemnización de daños tiende a proporcionar una compensación a aquel que en virtud de ciertos hechos ha sufrido un daño o un menoscabo económico en sus bienes. Tal compensación representa en este supuesto una exigencia de la justicia conmutativa (*justitia conmutativa*, a diferencia de la justicia distributiva, *justitia distributiva*) cuando una persona distinta al perjudicado puede ser declarada responsable del acontecimiento dañoso”.

tribunales: debe ser cierto, debe ser personal. Pero se agrega: debe ser «legítimo y jurídicamente protegido» [...]»⁴⁹.

Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁵⁰. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁵¹⁻⁵², esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:

“[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia⁵³”.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁵⁴. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual⁵⁵.

5.1.2 La noción de daño antijurídico.

⁴⁹ MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Parte primera. Volumen I. Introducción al estudio del derecho privado, derecho objetivo y derechos subjetivos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p.510.

⁵⁰ CHAPUS, René, *Responsabilité Publique et responsabilité privée*., ob., cit., p.507.

⁵¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁵² COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁵³ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

⁵⁴ CHAPUS. *Responsabilité Publique et responsabilité privée*., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”.

⁵⁵ HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

Se considera como tal, la afectación, menoscabo, lesión o perturbación a la esfera personal (carga anormal para el ejercicio de un derecho o de alguna de las libertades cuando se trata de persona natural), a la esfera de actividad de una persona jurídica (carga anormal para el ejercicio de ciertas libertades), o a la esfera patrimonial (bienes e intereses), que no es soportable por quien lo padece bien porque es irrazonable, o porque no se compadece con la afirmación de interés general alguno.

Así pues, daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica⁵⁶, o puede que se irrogue a pesar de no existir una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual⁵⁷ y del Estado impone considerar dos componentes:

a) El alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”⁵⁸, o la “lesión de un interés o con la alteración ‘*in pejus*’ del bien idóneo para satisfacer aquel o con la

⁵⁶ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, T.I., cit., p.191. Desde la perspectiva del derecho civil de las obligaciones se concibe: “[...] Es consustancial al ser humano el que éste responda de sus acciones y de las consecuencias de éstas necesaria u objetivamente previsibles; ello significa que no puede desligarse de su acción ni de las consecuencias a él imputables considerándolas como algo externo a él, sino que en su propia conciencia las ha de admitir como suyas y ha de “tomarlas a su cargo”, ha de responder de ellas. Y ello porque todos sus actos están sometidos a una ley, o más exactamente a varias, como la de su propia estimación, el respeto a la persona de otro y a la comunidad, cuya observancia o inobservancia de él depende. El que infringe las leyes de la moral o del ordenamiento jurídico y mediante esta violación daña a otro, está obligado conforme a la moral y al Derecho natural a reparar el daño causado. Por lo tanto, el fundamento de la obligación de indemnizar los daños está en este caso en el acto propio, culpable y antijurídico”.

⁵⁷ PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones públicas)”, en *AFDUAM*, N° 4, 2000, p. 185: “el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En homenaje al Prof. Luis H. Farias Mata)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pp. 278 y 279: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”.

⁵⁸ LARENZ, Karl, *Derecho de obligaciones*, citado en DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*, t. V, Thomson-Civitas, Navarra, 2011, p. 329.

pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”⁵⁹; y

b) Aquello que derivado de la actividad, de la omisión o de la inactividad de la administración pública no sea soportable, bien i) porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”⁶⁰, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos⁶¹, y iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general⁶², o de la cooperación social⁶³.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la “antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima”⁶⁴.

⁵⁹ SCOGNAMIGLIO, R., en *Novissimo Digesto italiano*, citado ibíd., p. 329.

⁶⁰ PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, cit., p. 186: “que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”.

⁶¹ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimpr., Alianza, Madrid, 2001, pp. 152 y 153: “¿Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] [E]l hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”.

⁶² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, en BREWER-CARÍAS, Allan; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Convencionalidad y responsabilidad del Estado*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

⁶³ RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed., 1ª reimpr., Fondo de Cultra Económica, Bogotá, 1996, p. 279; este presupuesto es idóneo para orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepten esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a ‘lo racional’: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”.

⁶⁴ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002: “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

Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”⁶⁵.

De igual modo, se considera que el “artículo 90 de la Carta, atendiendo las 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”⁶⁶.

La jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”⁶⁷.

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”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, Nº 4, 2000, p. 168: es preciso advertir que una revisión de la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual permite encontrar posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuri[di]cidad”.

⁶⁵ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual, Navarra, Aranzadi, 2011, p. 297: sin embargo, cabe advertir, con apoyo en la doctrina iuscivilista, que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”.

⁶⁶ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, cit., p. 168: “Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales ‘debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuri[di]cidad’”.

⁶⁷ COLOMBIA, Corte Constitucional, sentencias C-333 de 1996 y C-832 de 2001. 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

Ha de quedar claro que se trata de 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”⁶⁸. Dicho daño ha de ser cierto, presente o futuro, determinado o determinable⁶⁹, anormal⁷⁰, y debe estarse ante una situación jurídicamente protegida⁷¹.

Cabe advertir que la Carta Política de 1991 introduce el concepto de daño antijurídico, cuya delimitación pretoriana no ha sido completa, y ha suscitado confusiones, en particular con el concepto de daño especial, al entender que la carga no soportable es asimilable a la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que no puede admitirse y debe llevar a reflexionar a la jurisprudencia y a la academia sobre la necesidad de precisar el contenido y alcance del daño antijurídico, que sin duda alguna se enriquece desde una visión casuística. En reciente jurisprudencia de la Subsección C de la Sección Tercera (sentencia de 29 de agosto de 2012, Exp. 24779), el Consejo de Estado consideró que el daño antijurídico

“(...) consiste y se expresa en las lesiones o secuelas padecidas como [sic] por Mauricio Andrés López Giraldo como consecuencia de las quemaduras ocurridas en el incendio producido el 29 de octubre de 1997, el cual reviste un carácter anormal, ya que excedió los inconvenientes propios o intrínsecos a la prestación del servicio de educación, y a los que cabe exigir como cargas ordinarias de soportabilidad a todo educando, y representó la vulneración de los derechos del

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”. Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-285 de 2002 y C-918 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista, que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, cit., p. 297.

⁶⁸ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, exp. 9550, C.P.: Julio César Uribe Acosta, en donde se agrega: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle 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”.

⁶⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG.

⁷⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, exp. 12166, C.P.: María Elena Giraldo Gómez: “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”.

⁷¹ COLOMBIA, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, exp. 1999-02382 AG.

menor (entendido por tal a tenor del artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño a “todo ser humano menor de 18 años de edad”) a la vida e integridad personal, y por conexidad a la salud, como garantías que en el marco del artículo 93 de la Carta Política son las mínimas que deben ser tuteladas y protegidas en toda su extensión, sin que se afecte su núcleo, ejercicio y eficacia, tal como se consagra en la Convención sobre los Derechos del Niño⁷² (norma internacional ratificada por el Estado Colombiano), especialmente el artículo 3.1 (todas las medidas concernientes a los niños tomadas por instituciones públicas atenderán al “interés superior del niño”).

5.1.3 Ausencia de daño antijurídico en el caso concreto.

En el *sub judice* la Sala observa que la parte demandante solicitó que se declare administrativamente responsable al Ministerio de Defensa – Policía Nacional de los perjuicios materiales y morales a ellos causados “*por el daño antijurídico que se les causó (artículo 90 de la C.N) por la omisión de la fuerza pública en la prestación del servicio con ocasión del hurto calificado y agravado presentado en el establecimiento de comercio Compraventa La Guitarra*”.

De manera que, de conformidad con los postulados teóricos antes expuestos y con la pretensión así planteada, corresponde a la Sala revisar como primer presupuesto de la responsabilidad la configuración del daño antijurídico, la cual, sólo en el evento de verificarse, abrirá paso al juicio de imputación o, cuya ausencia es suficiente para la negación de las pretensiones indemnizatorias.

En el *sub judice* la parte actora no identifica claramente cuál es el interés jurídico tutelado que aduce como vulnerado para la configuración del daño y su antijuridicidad, en atención a lo cual la Sala observa que los demandantes derivan la solicitud de pago de perjuicios de la pérdida de los elementos hurtados, y así solicitan el reconocimiento del “el valor de la mercancía hurtada”, frente a lo cual argumentan que la sociedad Antonio José Osorio G & Cia S.C.S., adquirió la propiedad de dichos elementos, en virtud del contrato de compraventa con pacto de retroventa celebrado con la clientela del establecimiento de comercio “La Guitarra”.

Al respecto, los hechos 3) y 8) de la demanda sostienen que “*Lo hurtado estaba representado en \$10.000.000 de pesos en dinero efectivo, alhajas de oro, relojería, que*

⁷² Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 44/25, de 20 de noviembre de 1989, la que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

sustrajeron”; pero, en sentido diverso el testigo Saúl León⁷³, quien informó que para la época de los hechos prestaba asesoría contable y tributaria en la compraventa “La Guitarra” y que “observando los daños causados pude comprobar la total desaparición de los objetos de oro y de relojería, suma aproximada de compra de los 70 a 80 millones de pesos y de venta más o menos, con un 30%, lo cual se podría acercar a los 110 millones de pesos”.

Asimismo Saúl León argumentó “que la mercancía hurtada en esos momentos era de propiedad de la compraventa, la cual se había negociado con los diferentes usuarios por medio de un contrato de compraventa con pacto de retroventa. Llegándose a un acuerdo por medio de este contrato de forma bilateral donde se pacta costo y plazo para redimir la mercancía (...)”.

Sin embargo, la Sala también observa que la sociedad demandante solicitó el pago del 10% de intereses correspondientes a la rentabilidad producida por los contratos suscritos con la clientela del establecimiento de comercio “La Guitarra”.

Al efecto, la Sala encuentra que el día 26 de abril de 2002 se practicó el dictamen pericial suscrito por los peritos Luis Alfonso Ospina Sánchez y Martha Lucía Dávila Martínez⁷⁴, con el objeto de determinar el monto de los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante ocasionados a la sociedad Antonio José Osorio G & Cía y Antonio José Osorio García.

Con relación a los perjuicios materiales ocasionados a la sociedad Antonio José Osorio G & Cía S.C.S., los peritos manifestaron, en primer lugar, que la sociedad “*no presenta libros oficiales de contabilidad, ni sistema contable organizado, sin ningún aval de contador público titulado, libros de mayor y balance, movimientos auxiliares que (...) de acuerdo con las normas de auditoría generalmente aceptadas en Colombia, esta documentación no proporciona una seguridad razonable, por no cumplir con los requisitos legales vigentes*”, en razón a lo cual es obvio que los valores arrojados por el dictamen pericial no pueden valorarse dentro del plenario.

Sin embargo, en ausencia de los documentos antes relacionados, los peritos a fin de cumplir con el objeto del dictamen, acudieron a revisar los “*contratos suscritos entre la*

⁷³ Fls.40 - 44 C.2

⁷⁴ Fls. 123-138 C.2

compraventa “La Guitarra” y los clientes”, de los cuales no se dejó prueba dentro de la experticia.

No obstante dentro de la descripción que de dichos contratos se efectúa por parte de los peritos, la Sala observa que tales contratos se suscribieron bajo la denominación de *“contratos de compraventa con pacto de retroventa”* y que de las características de cada uno de ellos se estableció que tales contratos especifican *“el tipo de mercancía, número de contrato, valor prestado por ella, valor de los intereses correspondientes al 10% mensual, tiempo de duración, el cual era de tres meses y se prorrogaba a medida se fueran pagando los respectivos intereses”*

Con relación a lo anterior, la Sala observa que resulta absolutamente contradictorio que de un lado la parte actora alegue la propiedad de los bienes hurtados para hacer recaer el daño antijurídico sobre el derecho a la propiedad y así detentar el valor de cada uno de ellos, y de otro lado, alegue la obtención de una rentabilidad mensual del 10% por concepto de intereses derivados de los mismos contratos, presuntamente, de *“compraventa con pacto de retroventa”*.

5.1.3.1 Obligación del juez de interpretar el negocio jurídico, establecer el esquema negocial utilizado por las partes contratantes e integrar el negocio jurídico puesto bajo su conocimiento.

Cuando se trata de establecer los derechos y las obligaciones que surgen en favor y a cargo de las partes en razón de un negocio jurídico, corresponde al juzgador emprender tres grandes labores para la verificación correspondiente.

La primera es la interpretación del negocio jurídico celebrado que tiene por objeto fundamental constatar el acuerdo al que llegaron las partes, verificar los efectos que estos le señalaron a su convenio y la incorporación de estas comprobaciones al negocio.

La segunda es la calificación del negocio celebrado, que no es otra cosa que su valoración jurídica, esto es, determinar cuál fue el esquema negocial empleado por los disponentes, precisar las repercusiones jurídicas que de ese esquema se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo.

La tercera es la integración del negocio jurídico que consiste en incorporarle toda aquella regulación que no tiene su fuente en el acuerdo de las partes sino en la ley y en general en las restantes fuentes del derecho externas al contrato, tales como los principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos o costumbres como también se les llama.

En lo que atañe a la integración de la ley al contrato debe decirse que han de incorporarse no sólo las normas legales imperativas sino también las dispositivas, teniendo en cuenta que las primeras tienen que anidarse de manera ineludible e inmediata en el contrato, independientemente del querer de las partes, mientras que las segundas han de integrarse a falta de estipulación o de acuerdo en contrario de los contratantes, razón por la que en este último caso se dice que estas normas supletivas colman los vacíos dejados por los disponentes pero sólo aquellos que no puedan ni deban ser llenados con los criterios de la hermenéutica negocial, pues en este evento se estaría entonces frente a una labor de interpretación y no a una de integración contractual.

En síntesis, la precisión de los derechos y de las obligaciones que surgen en favor y a cargo de los contratantes supone que el juzgador realice las siguientes tareas fundamentales: interpretar el acto, valorarlo jurídicamente y finalmente integrarle todos los preceptos extranegociales que le correspondan.

Con otras palabras, el juez debe empezar por enterarse de qué fue lo que convinieron las partes (interpretar), proseguir con la valoración jurídica de lo pactado (calificando el acto, constatando los efectos jurídicos que de él se derivan e incorporando estas consecuencias jurídicas al acuerdo), para finalmente concluir con la integración de las disposiciones externas al contrato que le correspondan (normas imperativas, normas supletivas, principios generales del derecho, la equidad y los usos normativos).

Ahora, estas labores cobran mayor trascendencia en la actividad del juzgador cuando hay discrepancias entre las partes sobre el verdadero esquema negocial por ellos empleado puesto que ante tales divergencias es aquel quien está llamado a puntualizarlo con autoridad y de manera vinculante y definitiva para los contendientes.

5.1.3.1.1 Esquema comercial utilizado por los demandantes para desarrollar la actividad comercial ejecutada mediante el establecimiento de comercio denominado “La Guitarra”

En todo contrato, y en general en todo negocio jurídico, se distinguen *“las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales”* y son de la esencia aquellas *“sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente.”*⁷⁵

Esta previsión normativa, que no es otra cosa que la reproducción de la elaboración que hicieron los glosadores y los comentaristas a partir de la Metafísica de Aristóteles y que luego fue traída por Pothier,⁷⁶ nos indica y permite aseverar que la configuración de un negocio jurídico depende de que se reúnan, entre otras exigencias, aquellos elementos estructurales que se consideran como de su esencia.

Entonces, si la presencia de esos elementos esenciales son los que le dan el ser al respectivo negocio, obvio es concluir que su identificación como esquema negocial depende, más que del *nomen iuris*, del hallazgo y constatación de ellos.

Así las cosas, la prueba de que un determinado negocio jurídico se ha celebrado dependerá también de que se acredite con el pertinente medio probatorio que la expresión del designio negocial ha recaído sobre los correspondientes elementos esenciales.

Con otras palabras, la celebración de un negocio jurídico no aparecerá demostrada si sólo se acredita que hubo un designio negocial respecto de una figura que únicamente se identifica por su nombre, o por éste y una parte de sus elementos esenciales, pero no se acredita que ese designio recayó sobre todos los elementos que lo estructuran e identifican aunque su *nomen iuris* no se mencione.

5.1.3.1.2 Elementos esenciales del contrato de compraventa y el pacto de retroventa

⁷⁵ Artículo 1501 del Código Civil.

⁷⁶ Cfr. F. ALARCON ROJAS. *La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 183-186, 202.

En el caso de autos, como ya se dijo, la demandante sostiene la existencia de una serie de contratos por ella denominados “compraventa con pacto de retroventa”, de donde pretende acreditar la propiedad en cabeza suya de los bienes hurtados, cuyo valor reclama a título de daño emergente.

Sin embargo, como se viene diciendo, en consideración a que lo importante para acreditar la existencia de determinada modalidad contractual no es la denominación otorgada por las partes sino la verificación de los elementos esenciales propios del tipo contractual adoptado, lo fundamental en este evento será, precisamente, acreditar los elementos esenciales del contrato aducido, esto es, de la compraventa – con – pacto de retroventa.

Con relación al contrato de compraventa con pacto de retroventa debe preverse que éste no es más que una *“venta sometida a una condición resolutoria,⁷⁷”* de lo cual forzoso es concluir que, en un primer escenario, lo que se debe acreditarse, fundamentalmente, si lo que se alega es la propiedad de los bienes objeto de hurto, son los elementos esenciales del contrato de compraventa y, posteriormente, el pacto de la cláusula de retroventa, esto es, de la estipulación por medio de la cual *“el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare o en defecto de esta estipulación lo que haya costado la compra”⁷⁸.*

En este sentido debe preverse que el artículo 1849 del Código Civil define la compraventa como un contrato en virtud del cual una persona, denominada vendedor, se obliga a *“dar”* a otra, llamada comprador, una cosa a cambio de un precio en dinero.

Por su parte el artículo 905 del Código de Comercio señala que la compraventa es un contrato en virtud del cual una persona, denominada vendedor, se obliga para con otra, llamada comprador, a *“transmitir la propiedad de una cosa”*, obligándose esta a su vez a pagar por ella un precio en dinero.

Así las cosas, son elementos de la esencia del contrato de compraventa el acuerdo de voluntades sobre la cosa objeto de la venta y el precio que por ella se pacta.

⁷⁷ BONIVENTO FERNÁNDEZ José Alejandro. Los principales contratos civiles. Pág. 181.

⁷⁸ Artículo 1939 Código Civil.- Por el pacto de retroventa el vendedor se reserva la facultad de recobrar la cosa vendida, reembolsando al comprador la cantidad determinada que se estipulare o en defecto de esta estipulación lo que haya costado la compra.

Entonces, bajo la figura negocial de la “compraventa con pacto de retroventa” el comprador adquiere a título de venta el dominio o propiedad de una cosa pero bajo la condición de retrovenderla al vendedor inicial, cuando éste dentro del plazo estipulado decida volver a adquirirla.

Nótese entonces que en este evento el comprador paga el precio de la cosa y mediante la tradición se hace dueño de ella, aunque se insiste, con la obligación de venderla a su anterior propietario, si éste así lo decide. Pero lo importante para efectos del caso sometido a consideración de la Sala es que en tanto el comprador se hace dueño de la cosa y ha pagado su precio, lo cierto es que no existe bajo la naturaleza de este modelo contractual una causa jurídica para que el adquiriente devengue un interés mensual del vendedor.

Lo anterior no ocurre cuando en realidad la figura negocial se corresponde con el contrato de mutuo, garantizado a su vez con el contrato de prenda con tenencia.

Así las cosas, para la Sala es evidente que los contratos suscritos por la demandante no corresponden a un contrato de compraventa entre tanto que en ellos no se verifican los elementos esenciales de este tipo contractual, entre tanto que no se observa que la sociedad demandante haya pagado el precio de los bienes hurtados y, en consecuencia, no se hizo dueña de ellos.

Del mismo modo, tampoco podría hablarse de un pacto de retroventa, pues el término de duración pactado se estipuló para el pago de la suma de dinero prestada, el cual se hizo depender del pago de los intereses, en los que se fundamenta la petición por lucro cesante.

5.1.3.1.3 El contrato de mutuo y la prenda con tenencia

Con relación al contrato de mutuo, en primer lugar, debe tenerse en cuenta que la actividad desarrollada por la demandante a través de su establecimiento de comercio “La Guitarra”, por supuesto, es de carácter comercial. En este sentido, debe preverse que el contrato de mutuo mercantil se halla regulado en los artículos 1163 a 1169 del Código de Comercio.

No obstante para efectos de tener un concepto claro del contrato de mutuo, es necesario trasladarse al Código Civil, el cual establece en su artículo 2221 que el contrato de mutuo *“es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad”*.

Ahora bien, con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los artículos 1163 a 1165 del Código de Comercio, esto es, el pago de intereses y la restitución de lo prestado, las partes pueden pactar la celebración de un contrato accesorio, pero autónomo, denominado “contrato de prenda”.

De conformidad con el artículo 2409 del Código Civil *“por el contrato de empeño o prenda se entrega una cosa mueble a un acreedor para la seguridad de su crédito”*, el cual se perfecciona con la entrega de la cosa empeñada según lo dispuesto por el artículo 2411⁷⁹ del Código Civil, característica que lo clasifica como un contrato de carácter real.

Sin embargo, el artículo 1200 del Código de Comercio introdujo una novedad frente a la normatividad civil, en cuanto permite que se dé en empeño una cosa mueble sin tenencia⁸⁰ del acreedor o con tenencia del acreedor⁸¹, característica esta que conlleva a clasificar el contrato de prenda mercantil dentro de los denominados contratos consensuales.

A la sazón, en el *sub examine* es importante tener en cuenta que de conformidad con los artículos 2420 y 2419 del Código Civil, el acreedor prendario recibe la cosa o prenda⁸² a título de mero tenedor y tiene la obligación de guardarla y conservarla como lo haría un buen padre de familia, para restituirla una vez que el deudor cumpla el contrato principal, esto es, una vez que pague el préstamo.

⁷⁹ Artículo 2411 del Código Civil.- Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor.

⁸⁰ Respecto de la prenda sin tenencia del acreedor, el artículo 1207 del Código de Comercio estableció: *“salvo las excepciones legales, podrá gravarse con prenda, conservando el deudor la tenencia de la cosa, toda clase de muebles necesarios para una explotación y destinados a ella o que sean resultado de la misma explotación”*, la cual se constituye mediante instrumento privado, según lo previsto por el artículo 1208 de la misma normatividad.

⁸¹ En este sentido, se tiene que según lo dispuesto por el artículo 1204 del Código de Comercio, el contrato de prenda con tenencia se perfecciona por el acuerdo de las partes y en este sentido se diferencia de la prenda civil, en la medida que ésta última se perfecciona con la entrega de la cosa.

⁸² *La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”*.

Es así que la modalidad contractual que en la realidad vinculaba a la demandante con su clientela no era la de compraventa sino la del contrato de mutuo, a su vez, garantizado con otro contrato accesorio, esto es, un contrato de prenda con tenencia.

Es por eso que aunque el establecimiento de comercio se denomina “Compraventa La Guitarra”, lo cierto es que el negocio allí desarrollado no se identifica con el de una compraventa sino con aquél que es propio de las casas de empeño o prenderías como, adecuadamente lo llama el demandante – Antonio José Giraldo, quien en la denuncia presentada en Fiscalía 28 Delegada ante los Juzgados del Circuito de Virginia – Risaralda, refiere el establecimiento de comercio como “la prendería”⁸³.

Asimismo, los agentes de la estación de policía dentro de las anotaciones efectuadas en los libros de minuta, identificaron el establecimiento de comercio como “la prendería”⁸⁴ y, también los testimonios obrantes dentro del plenario para referir el establecimiento de comercio lo distinguen como “la prendería”⁸⁵.

De lo anterior se deduce que tanto la comunidad como las autoridades, e incluso, los empleados del establecimiento de comercio y los mismos demandantes, identificaban la actividad allí realizada, esto es, la de mutuo garantizado mediante prenda con tenencia, y en consecuencia la llamaban “la prendería”, sobre la cual, además, refirieron que se trata de “una prendería de más de 60 años de estar funcionando en ese mismo lugar”⁸⁶.

⁸³ Fls.1-2 C.5, Al respecto, Antonio José Giraldo, socio gestor y representante legal de la sociedad propietaria del establecimiento de comercio, manifestó: “Entonces nos cogieron a todos los que estábamos adentro: a un muchacho relojero que se llama Alonso, un muchacho Fredy – empleado de la prendería (...) y ahí en la prendería quemé un tiro al aire (...) Yo ya me estuve en la prendería y eche de ver que se habían robado”.

⁸⁴ Fls.27-32 C.2. Al respecto, los agentes anotaron “frente de la prendería parqueó un bus al parecer de transporte”

⁸⁵ Fls.85-86 C.2., declaración rendida por el testigo Wilson de Jesús Foronda Rodríguez; Fls.86-88 C.2 y 23-24 C.4 , testimonio de Joaquín Alonso Ramírez Betancurth; Fls.94-98 C.2, testimonio de Gabriela de Jesús Hoyos, Fls.4 C.3.testimonio de Rosa Elena Osorio Muñoz; Fls.5 C.3 y 20-22 C.4, testimonio de Godfredy Bedoya Flores; Fls.14-15 C.3, testimonio de José Manuel Patiño Munera; Fls.25 C.3, 5 C.4 y 72-75 C.4, testimonio de José Ancizar Rojas Largo; Fls.26 C.3 y 7 C.4, testimonio de José Hilario Flores; Fls.30-31 C.4, testimonio de Duberley Maya Murillo; Fls.59-60 C.4, Mari Luz Ramírez Cardona; Fls.86-88 C.2 y 23-24 C.4, testimonio de Joaquín Alonso Ramírez Betancurth; Fls.85-86 C.2, testimonio de Hernando López Yepes; Fls.64-65 C.2, testimonio de Leonel Alberto Vargas; Fls.66-68 C.2, testimonio de Cesar Augusto Gómez Castro.

⁸⁶ Fls. 103-104 C.2, testimonio de Ariel de Jesús Osorio

De lo anterior la Sala concluye que la demandante nunca adquirió la propiedad de los bienes que aduce como interés lesionado por el hurto acaecido el 12 de junio de 1998; por el contrario, lo que se encuentra acreditado es que la sociedad recibió los bienes objeto de hurto a título de tenencia derivada de un contrato de prenda que, a su vez, garantizaba el contrato de mutuo del cual devengaba el 10% de intereses mensuales.

Así las cosas, no se encuentra configurado el daño antijurídico - “lesión al derecho de propiedad” de los demandantes.

5.1.3.2 Riesgo de la pérdida de la cosa empeñada

Teniendo en cuenta que la demandante no es propietaria de los bienes hurtados, porque simplemente ostentaba la tenencia de las cosas empeñadas, debe anotarse que en cuanto al riesgo de la pérdida de la cosa empeñada rige la regla - “*res perit domino*” del derecho romano, según la cual la cosa perece para su dueño (deudor), quien conserva su derecho de acción contra el acreedor prendario cuando la pérdida hubiere sobrevenido por incumplimiento en sus obligaciones de guarda y conservación de la cosa.

Entonces, se reitera, el riesgo de la pérdida de la cosa empeñada está en cabeza del propietario de la misma, de manera que la prenda perece para su dueño, como ocurrió en el caso de autos, donde los deudores en su calidad de propietarios soportan la pérdida de los bienes empeñados, aunque, se insiste, con acción contra el acreedor prendario cuando éste haya incumplido sus obligaciones de guarda y conservación, caso en el cual éste último se verá abocado a indemnizar los perjuicios padecidos por sus deudores, esto es, la pérdida de los bienes empeñados.

Dicho de otra forma, como la cosa se perdió para los deudores de la demandante, en realidad fueron los propietarios de los bienes empeñados quienes sufrieron personalmente la violación del derecho a la propiedad – derecho que se encuentra jurídicamente protegido, entre otras normas del ordenamiento civil, por el artículo 58 de la Constitución Nacional. Propiedad que, se reitera no estaba radicada en cabeza de los demandantes.

5.1.3.3 Carácter personal del daño

Al respecto, debe preverse que es un principio elemental del derecho de la responsabilidad “que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita la reparación”⁸⁷, y así lo demuestra un poco de historia sobre el carácter personal del daño, frente a lo cual es oportuno aludir al profesor Juan Carlos Henao quien con cita del Consejo de Estado Francés sostiene que “para obtener en justicia la reparación de un perjuicio, no es suficiente un interés, sino que se ha de acreditar un derecho lesionado”⁸⁸.

Entonces, para fundamentar el interés indemnizatorio es necesario que el perjuicio provenga de un derecho que haga parte de las instituciones jurídicas establecidas y protegidas por el ordenamiento jurídico – como bien puede serlo el derecho al a propiedad que como se dijo, en el caso de autos está en cabeza de terceras personas quienes no demandaron su reparación.

Sin embargo, en atención a la concepción actual sobre el carácter personal del daño, también debe preverse que tienen derecho a solicitar reparación las personas que derivaban una utilidad cierta y directa del interés lesionado⁸⁹, en el *sub judice* del derecho de propiedad que se encontraba en cabeza los deudores de la sociedad demandante (acreedora prendaria).

5.1.3.4 Propiedad de los bienes que se encontraban en las vitrinas – en exhibición para la venta.

Al respecto la parte demandante aduce que fueron hurtados bienes de su propiedad, los cuales adquirió porque los clientes no los retiraban, de manera que se encontraban a la venta en las vitrinas del establecimiento.

Ahora bien, aunque nos encontramos en un escenario de prenda mercantil y en atención a que este contrato no está definido por el código de comercio, la Sala se remitió al concepto contemplado en la normatividad civil y al efecto se dijo que mediante esta figura negocial el deudor en un contrato de mutuo entrega una cosa mueble a su acreedor para la seguridad de su crédito o mutuo e igualmente se señaló que en

⁸⁷ HENAO Juan Carlos, El Daño – Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Ed. Universidad Externado de Colombia 1998, pág. 88.

⁸⁸ HENAO Juan Carlos, obra citada, pág. 89; con cita del Consejo de Estado Francés, 11 de mayo de 1928, S. 1923.3.97.

⁸⁹ Henao Juan Carlos, obra citada, Pág. 93.

materia comercial dicha prenda puede darse sin tenencia del acreedor o con tenencia del acreedor.

Asimismo se enseñó que el acreedor prendario recibe la cosa o prenda⁹⁰ a título de mero tenedor y tiene la obligación de guardarla y conservarla como lo haría un buen padre de familia, para restituirla una vez que el deudor cumpla el contrato principal, esto es, una vez que pague el préstamo.

Pues bien, con relación a la tenencia de la cosa en manos del acreedor, resta señalar la disposición contenida en el artículo 1203 de la codificación mercantil, según el cual *“toda estipulación que, directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta, tienda a permitir que el acreedor disponga de la prenda o se la apropie por medio distintos de los previstos en la ley, no producirá efecto alguno”*.

5.1.3.4.1 Ineficacia de pleno derecho

Visto lo anterior, es evidente que el artículo 1203 del C.Co., estipula la fórmula *pro non scripta* o ineficacia de pleno derecho para los eventos en que el acreedor prendario, *“directa o indirectamente, en forma ostensible u oculta”*, tiende o permite, mediante una estipulación contractual, a disponer de la prenda o apropiarse de ella, colorario de lo cual castiga o sanciona tal estipulación con la consecuencia de no producir efecto alguno.

Con relación al fenómeno de la ineficacia de pleno derecho, forzoso es recurrir al estudio realizado por el profesor Fernando Alarcon Rojas, quien la define y explica bajo las siguientes conclusiones:

“(…) La fórmula pro non scripta o ineficacia de pleno derecho es una sanción in limine con que el ordenamiento castiga a las cláusulas o pactos que violan sus normas imperativas y que consiste en que en los expresos casos señalados en la ley, el específico acto transgresor y únicamente este, se borra de pleno derecho de la realidad jurídica y se tiene como si no se hubiera realizado.

(…)

Sin embargo, el que opere de pleno derecho no impide que pueda ser atestada o constatada de oficio o a petición del interesado, por el juez o por el funcionario de la administración facultado para ello.

⁹⁰ La cosa entregada se llama prenda. El acreedor que la tiene se llama acreedor prendario”.

De oficio puede y debe hacerlo el juez porque con su decisión estará reconociendo una situación jurídica que ha sido el resultado de la protección del interés público.

(...)

La fórmula pro non scripta protege el orden público y esa protección consiste en que el acto no produce ningún efecto porque el poder de la norma misma lo borra automáticamente, no cabe menos concluir que debe desaparecer cualquiera situación de hecho que hubiera surgido en razón de él porque de lo contrario se desnaturalizaría la ineficacia de pleno derecho ya que resultaría paradójicamente produciendo algún efecto el acto vicioso.

Y si no se permitirá que la parte o partes conocedoras del vicio pidiera la atestación de la ineficacia, de hecho el acto terminaría produciendo efectos para ellos y la prohibición en últimas equivaldría a que la fórmula se diera muerte a sí misma.

Luego, en síntesis, la efectiva protección del orden público mediante la fórmula pro non scripta sólo se alcanzará si se permite que aun los contratantes sabedores de la ineficacia puedan solicitar su contestación.

Ahora, si cualquier interesado puede solicitar que se ateste la fórmula pro non scripta incluyendo a las partes del acto que conocían el vicio, y si hay lugar a repetir lo que se haya dado o pagado en razón de un acto ineficaz de pleno derecho, resulta obvio que cualquiera de las partes del acto puede oponerse a dar lo que la otra le exija en razón de él.

Así que entonces la ineficacia de pleno derecho puede ser propuesta como acción o como excepción.

La fórmula pro non scripta también produce el deber de reparar los daños causados a los terceros que creyeron de buena fe exenta de culpa en los efectos de la ilegal estipulación y siempre y cuando que el error no constituya una equivocación sobre un punto derecho porque en este caso se estaría en presencia de una mala fe presunta que no puede ser desvirtuada.

En la fórmula pro non scripta el acto es borrado por su ilicitud y es por ésta razón que no admite saneamiento alguno ni el transcurso del tiempo puede llevarlo a la realidad jurídica.

En efecto, se sana lo que tiene existencia viciosa pero en la ineficacia de pleno derecho lo vicioso se elimina in limine por el poder del ordenamiento mismo, así que no queda nada por sanear puesto que hay autocomposición del orden jurídico.

Y como esa autocomposición persigue preservar el negocio puesto que está edificada sobre el favor negotii, resulta obvio que lo que no se borró carecerá de vicios y en consecuencia no habrá materia sobre la que recaiga el saneamiento.

Ahora, si por saneamiento se entiende la posibilidad de ratificar, mucho menos podrá sanearse la ineficacia de pleno derecho porque la voluntad del disponente no puede prevalecer sobre la voluntad imperativa de la Ley que señala que el acto ha de ser eliminado.

Y en relación con el negocio del cual hacía parte lo que se tuvo por no escrito, desde luego que no puede hablarse de saneamiento alguno porque la ineficacia nada tiene que ver con él ya que sólo impacta en la parte que es contraria al orden jurídico.

Si la ineficacia de pleno derecho fuera saneable, la ratificación o el transcurso del tiempo podrían hacer subsistir el acto contrario a la normatividad, pero se ha visto que tal cosa no ocurre porque el orden jurídico por sí y ante sí impide esa subsistencia.

De otro lado, si el transcurso del tiempo no torna en eficaz esa cláusula o ese pacto que se borró por su ilicitud, es conclusión obligada que la fórmula pro non scripta es imprescriptible y que lo tanto puede pedirse en cualquier tiempo su atestación.

(...)

Pero un recto entendimiento de la fórmula pro non scripta nos conduce a concluir que como ella no destruye todo el negocio jurídico, las estipulaciones que hayan sido tenidas por no escritas y que sean necesarias para la ejecución del acto dispositivo deben ser instituidas mediante la labor de la integración negocial, que dista mucho de ser igual a una labor de saneamiento.

Y es que no debe olvidarse que el negocio jurídico no se integra exclusivamente por las normas imperativas y por las reglas que los disponentes han determinado sino que se incorporan también preceptos que son ajenos al querer de las partes y que no son imperativos, tal como acontece con las normas supletivas que ante el silencio de las partes concurren a edificar el respectivo negocio.

*Pero además la buena fe, la costumbre y la equidad son factores que al igual que aquellos, contribuyen a constituir el contenido del negocio.
(...) ⁹¹”.*

Así las cosas, la Sala encuentra viable concluir que el artículo 1203 del C.Co., expresamente prohíbe que el acreedor prendario se apropie o disponga de la cosa entregada en prenda, ya sea mediante la apariencia de un contrato diferente, como se evidencia en el caso de autos, mediante la apariencia de un contrato de compraventa con pacto de retroventa, por tratarse de una conducta abiertamente contraria al orden público y las buenas costumbres.

Colorario de lo anterior, en el escenario que aquí se ha analizado, la Sala no puede reconocer derecho alguno a los demandantes, por cuanto es evidente que el acreedor prendario encubrió el verdadero esquema negocial bajo la apariencia de otro para apropiarse o disponer de los bienes entregados en prenda, en razón a lo cual, ellos se hallaban exhibidos en las vitrinas del establecimiento “La Guitarra”.

⁹¹ ALARCON Rojas Fernando, La ineficacia de pleno derecho en los negocios jurídicos, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2011, pág. 161-171

5.1.3.4.2 Nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o inmoralidad

Asimismo, con relación a los hechos que antes se han evidenciado, debe tenerse en cuenta el aforismo “*Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*”, que alude a aquel principio conforme al cual nadie puede alegar en su favor su propia torpeza y tiene por finalidad impedir que las resultas de una determinada acción judicial sean favorables al demandante cuando éste apoya sus pretensiones en su propia torpeza o inmoralidad⁹².

Este principio tuvo sus orígenes remotos en el derecho romano clásico a través de la “*conditio ob turpem vel injustam causam*” conforme a la cual si se presentaba la ilicitud o inmoralidad de un determinado acto, se ordenaba al *accipiens* restituir lo pagado al demandante; pero en caso de que éste tuviera conocimiento de la ilicitud o inmoralidad no tenía derecho a que se le restituyera suma alguna a su favor⁹³.

Ya en la edad media el Derecho Canónico perfiló el principio y lo acuñó en el aforismo “*Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans*” que vino a ser finalmente parte de aquel otro según el cual “*in pari causa turpitudinem cessat repetitio*”, es decir que en igualdad de ilicitudes o inmoralidades, cesa la repetición⁹⁴.

Actualmente dicho principio se encuentra previsto especialmente en los artículos 1525 y 1746 del Código Civil, disposiciones conforme a las cuales se prohíbe restituir lo pagado con ocasión de un contrato, cuando éste ha sido declarado nulo por objeto o causa ilícitos y ésta circunstancia ha sido conocida por las partes

Por otro lado, la aplicación de éste principio se concreta en general afirmando que nadie puede alegar su propio dolo o culpa para obtener una ventaja o provecho de tal comportamiento, como se pretende en el caso de autos.

5.1.3.5 Rentabilidad del 10% derivada de los contratos de mutuo y prenda con tenencia

⁹² FELIPE NAVIA ARROYO. *Reflexiones sobre la máxima Nemo Auditur*. En *Homenaje a Fernando Hinestrosa Liber Amicorum*, t. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993., p. 317

⁹³ Ibidem, Pág. 318 y 319.

⁹⁴ Ibidem, p. 319.

Como antes se dijo, en el caso de autos se encuentra efectivamente probada la existencia de los contratos de mutuo suscritos entre la demandante y la clientela del establecimiento de comercio “La Guitarra”, garantizados mediante contratos de prenda con tenencia y sometidos al pago de intereses remuneratorios por valor del 10% mensual.

Al respecto, vale la pena mencionar, que el artículo 1163 del Código de Comercio prevé que *“salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo”*.

Asimismo, debe preverse que el artículo 884 del Código de Comercio en su redacción original vigente para la época de los hechos, establecía que *“Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será del doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses”*⁹⁵

Ahora bien, el cobro de intereses también se encuentra regulado por el artículo 72 de la Ley 45 de 1990 que, como sanción por el cobro de intereses en exceso, establece:

“Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos, el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción. Parágrafo. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, cuando se trate de entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, ésta velará porque las mismas cumplan con la obligación de entregar las sumas que de conformidad con el presente artículo deban devolverse”.

En síntesis, aunque el artículo 884 del Código de Comercio legitima el pacto de intereses, también establece como sanción para quienes sobrepasan los montos del bancario corriente o del moratorio *“con la pérdida de todos los intereses”*.

⁹⁵ No obstante, el citado artículo 884 fue modificado por el artículo 111 de la Ley 510 de 1999 (no aplicable para la época de los hechos), que estableció: “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria”

Adicionalmente, la Ley 45 de 1990 también sanciona el pacto de intereses remuneratorios lesivos con la pérdida del acreedor de todos los intereses cobrados en exceso más una suma igual. Sin embargo es de anotar que esta normatividad, cobija específicamente a la intermediación financiera, esto es, al sector financiero, de manera que no deviene aplicable al caso concreto, por cuanto aquí se trata de una actividad comercial ordinaria – no financiera- en donde corresponde aplicar la norma general, esto es el Código de Comercio – art. 884, en su redacción original vigente para la época de los hechos.

En el caso concreto la Sala observa que para la fecha de los hechos la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) fijó el interés bancario corriente efectivo anual⁹⁶ en un porcentaje de 39.51 que dividido en 12 meses de la anualidad arroja una tasa mensual de 3.29%, de donde claramente se evidencia que el interés fijado por la demandante en los contratos de mutuo celebrados con la clientela de “La Guitarra”, esto es el 10% mensual, excede en más del doble el interés fijado por la Superintendencia.

Dicho lo anterior, en consideración a que los intereses pactados por la sociedad demandante sobrepasan el monto del interés corriente fijado por la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), es evidente que la demandante incurre en la conducta sancionada por la legislación mercantil – art. 884 del C.C., con la pérdida todos los intereses.

De manera que la utilidad que la parte actora reportaba del derecho lesionado (propiedad de terceros), no está amparada por el ordenamiento jurídico y, contrario sensu, por mandato legal se encuentra obligada a perderla.

5.1.3.6 Daño alegado por Antonio José Osorio García, correspondiente al cierre de su establecimiento comercial denominado Sarabanda Tienda Musical.

Al respecto la Sala observa los siguientes medios probatorios:

⁹⁶ <http://www.notinet.com.co/indices/interes9798.htm>

- Testimonio rendido por Adriana Patricia Duque el 4 de septiembre de 2001, quien afirmó haber trabajado con Antonio José Osorio García en 1998 en su tienda musical “Zarabanda” y manifestó⁹⁷:

“(…) Preguntado: Díganos cómo se enteró del robo que mencionó en anterior respuesta y cómo reaccionó el señor Antonio José Osorio García ante ese hecho? Contestó: Me enteré porque en ese tiempo empecé a trabajar con Antonio José García en Manizales, me di cuenta que le habían hecho un robo hacía dos meses en la Virginia a la Compraventa de su papá, creo que también se llama Antonio Osorio. Don Antonio José Osorio García reaccionó con angustia porque eso implicaba muchas cosas porque el papá ya tiene su edad, hablo del hijo del señor de la compraventa que es Osorio pero no le conozco el segundo apellido. Ya observé que Antonio José Osorio García empezó a trasladarse hacía la Virginia y a dejar el negocio acá solo y el negocio de acá empezó para atrás, la plata que resultaba en el almacén de acá tocaba trasladarla hacia la Virginia y a consecuencia de eso el almacén de Manizales se tuvo que cerrar porque ya estábamos ilíquidos (...)”.

- Testimonio rendido por Leonel Alberto Vargas el 4 de septiembre de 2001, quien dijo ser amigo de Antonio José Osorio García y manifestó⁹⁸:

“(…) Preguntado: Sabe usted la razón por la cual dicho establecimiento de comercio fue cerrado. Contestó: Hasta donde tengo entendido no lo cerraron sino que lo cambiaron, (...)”.

- Testimonio rendido por Gabriela de Jesús Hoyos, quien afirmó haber “trabajado con Don José desde hace 37 años” y manifestó⁹⁹:

“(…) Preguntado: En dónde se encuentra laborando en la actualidad el señor Antonio José Osorio García, es decir, el hijo de Antonio José Osorio Giraldo. Contestó: Está en la compraventa del papá. (...) Preguntado: Sabe usted si él tiene el negocio que nos manifestó tener en Manizales. Contestó. No señor, ya no lo tiene, lo poquito que tenía lo invirtió en la compraventa. (...)”.

De otra parte encuentra la Sala el dictamen rendido por los peritos Luis Alfonso Ospina Sánchez y Martha Lucía Dávila Martínez¹⁰⁰, con relación a “Sarabanda Tienda Musical”, manifestaron abstenerse de rendir la experticia “a efectos de no incurrir en error grave, respecto a cifras que carecerían de sustento legal y de las cuales no podamos dar las respectivas aclaraciones”.

⁹⁷ Fls.58-60 C.2

⁹⁸ Fls.64-65 C.2

⁹⁹ Fls.86-88 C.2

¹⁰⁰ Fls. 123-138 C.2

Lo anterior en atención a que *“revisados los libros de contabilidad del año 1997, registrados en la Cámara de Comercio de Manizales: balance prueba, que no ofrece mayor información sobre utilidades; libros caja diario, libros auxiliares - Del año 1998, presentó el libro de mayor y balance con sello de la Cámara de Comercio, este libro no es suficiente para su análisis”*

Del mismo modo consideraron los peritos que el demandante - Antonio José Osorio García y propietario del establecimiento de comercio les informó:

“que tuvo que terminar su negocio a finales de junio de 1999 por falta de capital de trabajo, por embargo de Bancolombia, además que ya no estaba de tiempo completo en su negocio por tener que asumir otras responsabilidades referentes a la compraventa “La Guitarra” pero no presenta libros contables correspondientes al periodo enero a junio de 1999, mediante los cuales podamos analizar el estado de la empresa a esa fecha referente a las utilidades, ventas, pérdidas e inventarios al terminar con su negocio, tampoco nos presenta copia del crédito otorgado por Bancolombia para conocer el monto y la fecha del préstamo.

Nos comenta que el negocio “Sarabanda Tienda Musical” lo cedió al señor Javier Gómez Ramírez dueño del local, para pagar en parte las deudas contraídas con éste señor. Pero no aporta ningún documento público o privado, referente a ese traspaso, venta o enajenación, referente al monto, prima local, inventarios existentes al momento del traspaso, mediante los cuales podamos realizar nuestro trabajo”.

Ahora bien, la Sala también quiere anotar que, aunque la parte actora solicitó aclaración del dictamen pericial frente a la razón por la cual *“no fue posible cuantificar ningún perjuicio en el establecimiento de comercio Sarabanda Tienda Musical”,* en dicha solicitud el demandante no desmintió ni objetó las afirmaciones hechas por los peritos, quienes en aclaración se limitaron a señalar:

“Como lo informamos en nuestro anterior trabajo su propietario nos informa que tuvo que terminar con su negocio a finales de junio de 1999, por falta de capital de trabajo, por embargo de Bancolombia, además, que ya no estaba de tiempo completo en su negocio por tener que asumir otra responsabilidad a la compraventa “la guitarra” de propiedad de la familia pero solo presenta del año 1998 el libro de mayor y balance, este solo libro no es suficiente para su análisis; no presenta los libros contables correspondientes al periodo enero a junio de 1999, mediante los cuales podamos analizar el estado de la empresa a esa fecha

referente a utilidades ventas, pérdidas e inventarios al terminar con su negocio. Tampoco nos presentó copia del crédito otorgado por Bancolombia para conocer el monto y fecha del préstamo”.

Así las cosas, con relación al material probatorio antecedente, la Sala encuentra que los testigos se contradicen entre sí, y aunque algunos apuntan a afirmar situaciones favorables a las pretensiones del demandante, lo cierto es que las manifestaciones contenidas en el dictamen pericial ponen en duda tales testimonios, impidiendo que la Sala alcance el grado de certeza que requiere para la acreditación del daño antijurídico aquí alegado, el cual debe revestir el carácter de cierto, como se dijo en la parte conceptual de esta providencia.

6. Conclusión

En el *sub examine* no se encuentra acreditada la configuración del daño antijurídico alegado por los demandantes, en atención a lo cual resulta inane la realización de un juicio de imputación contra la entidad demandada, así como el pronunciamiento frente a los perjuicios solicitados en la demanda.

7. Costas

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 29 de octubre de 2004 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda¹⁰¹, por los motivos expuestos en esta providencia.

¹⁰¹ FIs. 127-146 C.P

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: DEVUÉLVASE inmediatamente el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Presidente de la Subsección

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado ponente