ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / APELACIÓN DE LA SENTENCIA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / FALLA EN EL SERVICIO DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / RETENCIÓN DE VEHÍCULO / INVESTIGACIÓN PENAL / PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / VALORACIÓN DEL ELEMENTO MATERIAL PROBATORIO / ADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA / DEFICIENCIA PROBATORIA / APELANTE ÚNICO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA NON REFORMATIO IN PEJUS / CONFIRMACIÓN DE LA SENTENCIA / LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS / ACTUALIZACIÓN DE LA CONDENA DE PRIMERA INSTANCIA

[L]os cargos de censura planteados en contra del fallo de primera instancia y que encuentran relación con la valoración de los medios de prueba por parte del a quo no tiene vocación de prosperidad, porque es evidente que el material probatorio fue valorado correctamente y, además, en esta instancia no obran elementos demostrativos distintos y/o adicionales que permitan llegar a una conclusión diferente a la expuesta en el fallo impugnado. [...] [P]ara la Sala la explotación económica en este caso, a falta de material probatorio idóneo para su evaluación, constituye una mera eventualidad, ya que no puede acudirse a la aplicación de la presunción de salario mínimo legal vigente y, además, no existe plena certeza de que el vehículo tuviera una vida útil máxima de 20 años. En efecto, se verificó cada uno de los elementos de prueba allegados al plenario y relacionados con la impugnación y ninguno de ellos tiene la fuerza demostrativa aludida por el apelante. En particular, porque omitió sus deberes de llevar la contabilidad de un comerciante, de conformidad con el Código de Comercio. Si bien para la Subsección habrían reparos en la forma en la que el a quo determinó el perjuicio, pues aludió a la presunción del salario mínimo para liquidar el perjuicio y no tuvo en cuenta materialmente la vida útil que le restaba al automotor, lo cierto es que aquella indemnización reconocida en primera instancia no puede ser objeto de disminución, dada la condición de apelante único que ostenta el actor. Así las cosas, en el caso concreto habría lugar a fijar la indemnización en un valor inferior a la reconocida en el fallo [...]; no obstante, de proceder en tal sentido se estaría vulnerando el principio de la non reformatio in pejus, lo cual resultaría improcedente por la condición de apelante único que ostenta la parte actora. Por esta razón, la Sala se limitará a confirmar dicho punto de la sentencia impugnada.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CONTABILIZACIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos. [...] En el presente asunto la responsabilidad patrimonial que se impetra en la demanda se originó en los daños que se alegaron sufridos por el demandante con ocasión de la cancelación de la matrícula de propiedad del vehículo de servicio público de pasajeros [...]. Este hecho adquirió firmeza [...] cuando se confirmó la decisión mediante la cual se declaró la prescripción de la acción penal y se conservó aquella orden de anulación del permiso del automotor, de conformidad con el artículo 187 de la Ley 600 de 2000. De este modo, dado que la demanda se presentó el [...], resulta evidente que la misma se interpuso dentro de la oportunidad prevista por la ley.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 136 NUMERAL 8 / LEY 446 DE 1998 - ARTÍCULO 44

RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / CARGAS PROCESALES / APELANTE / REQUISITOS DE LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN / ALCANCE DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

[L]a Sala debe destacar que la apelación se encuentra limitada a los aspectos indicados por la parte en su recurso, dado que, a través de aquel se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia presentó para tomar su decisión con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente: “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme (...)”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 350

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el objeto del recurso de apelación y su alcance, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, rad. 17160, C. P. Mauricio Fajardo Gómez; sentencia de 6 de abril de 2018, rad. 46005, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

PRUEBA DOCUMENTAL / REGISTRO FOTOGRÁFICO / AUTORIZACIÓN DE LA FOTOGRAFÍA / FECHA DE LA FOTOGRAFÍA / FOTOGRAFÍA / RECONOCIMIENTO FOTOGRÁFICO / VALOR PROBATORIO DE LA FOTOGRAFÍA

[L]as fotografías antes relatadas solo dan cuenta del registro de unas imágenes tomadas a un vehículo, sin que hayan sido ratificadas por un testigo debidamente - como más adelante se aclarará-, o pueda establecerse de manera fehaciente la identidad del rodante y mucho menos el origen, el lugar o la época exacta a la que corresponden dichos registros, por lo que carecen de mérito probatorio para acreditar los hechos a los que alude el impugnante.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio de las fotografías cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006, rad. 28459, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

DECLARACIÓN DEL TESTIGO SOSPECHOSO / TESTIGO SOSPECHOSO / TESTIMONIO SOSPECHOSO / VALORACIÓN DE LA DECLARACIÓN DEL TESTIGO SOSPECHO

A juicio de la Sala, por la relación de subordinación laboral con el demandante, el testigo puede ser considerado como sospechoso; no obstante, en virtud del deber del juez de valorar las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica, sin que ello en modo alguno implique que deba ser descartado de plano, sino que debe

apreciarse de manera más rigurosa, deben contrastarse sus dichos con las demás pruebas obrantes en el expediente y con observancia de las circunstancias de cada caso.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el valor probatorio del testigo sospechoso, cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 24 de abril de 2020, rad. 54142, C. P. Marta Nubia Velásquez Rico.

CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA / CARGA PROCESAL DE LAS PARTES DEL PROCESO / OMISIÓN DE CARGAS PROCESALES / REGLAS DE LA CARGA DE LA PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA POR EL ACCIONANTE / DEFICIENCIA PROBATORIA

En primer lugar, conviene resaltar que la Sala se encuentra vedada para solventar deficiencias probatorias de las partes y, en particular, la plasmada por el extremo activo de la litis, toda vez que “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, aquella constituye una carga que los interesados deben asumir si pretenden que se profiera un fallo favorable a sus pretensiones. Si bien es cierto que la parte demandante solicitó el decreto de un dictamen pericial en la demanda y que su solicitud no fue acogida [...], lo cierto es que contra esa decisión procedían los recursos ordinarios, de los cuales no se hizo uso. En efecto, se precisa, de conformidad con el artículo 181 del Decreto 01 de 1984, la providencia que niegue el decreto de una prueba pedida oportunamente será susceptible del recurso de apelación [...]. Por lo anterior, para la Sala, la parte actora debe asumir las consecuencias de no ejecutar los actos procesales correspondientes a sus intereses, al punto de que su ejercicio pasivo representó el no decreto del dictamen pericial solicitado y la no aportación de medios de pruebas en la diligencia testimonial para corroborar los dichos del testigo. Por esta razón, no es de recibo la solicitud del Ministerio Público en cuanto a que debía decretarse una prueba de segunda instancia, dado que no es posible, en esta instancia, solventar las deficiencias probatorias de las partes, máxime cuando han acaecido con aquiescencia de una de ellas.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTÍCULO 177 / CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTÍCULO 181

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D. C., veintitrés (23) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 13001-23-31-000-2012-00403-01(56522)

Actor: UBALDO ANTONIO ARISTIZÁBAL BUITRAGO

Demandado: NACIÓN - FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / RÉGIMEN SUBJETIVO – Falla del servicio / Ámbito de competencia del ad quem / apelante único – perjuicios / cargas probatorias.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de agosto de 2015, por Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Descongestión No. 002, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Se demanda la responsabilidad extracontractual de la Nación-Fiscalía General de la Nación y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, por la cancelación de la matrícula del vehículo de servicio público de propiedad del demandante. Esta decisión tuvo como génesis una investigación penal llevada en contra de varios funcionarios del ente territorial por los delitos de falsedad ideológica en documento público, toda vez que habrían otorgado varios permisos y registros sobre la misma placa.

II. ANTECEDENTES

1.- La demanda

Mediante demanda presentada el 13 de junio de 2012 (fls. 1 - 16 c. 1), el señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago, a través de apoderado judicial (fol. 17 c. 1), en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias -Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte-, por los perjuicios de orden material y moral que, afirmó, le fueron irrogados como consecuencia de la cancelación de la matrícula del vehículo de servicio público de su propiedad, la cual fue ordenada por la Fiscalía 13 Seccional de Cartagena.

En concreto, la parte demandante solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

Primero: Que se condene a la demandadas el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena – DATT-, representado legalmente por el doctor Edilberto Mendoza Goez, o por quien haga sus veces al momento de la notificación, al Distrito de Cartagena de Indias representado legalmente por el señor Campo Elis Teheram Dix o por quien haga sus veces al momento de la notificación y a la Fiscalía General de la Nación, representado legalmente por Vivian Morales, o por quien haga sus veces al momento de la notificación a reconocer y pagar al demandante Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago, en su condición de propietario de vehículo de las siguientes características: placas del vehículo UAK-898, marca: Chevrolet, modelo: 1999, clase: buseta, carrocería: cerrada, servicio: público, moto no. 625571, chasis No. 9GCNPR 65PXB103306, serial No. 9GCNPR 65PXB10330, color: blanco y rojo los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia y a causa de acción y omisión como falla del servicio de la decisión de la Fiscalía Seccional No. 13 de Cartagena, quien con fundamento a la denuncia de oficio del Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena -DATT-, la Fiscalía Seccional No. 13 de Cartagena con resoluciones de fechas 14 de octubre del 2004, inicialmente resuelve proferir resolución de acusación contra los sindicados contra la cual se presentaron recurso de apelación por los defensores de los sindicados y para la fecha de 25 de noviembre de 2009, se resuelve con fundamento a la resolución apelada decretar la prescripción, conforme lo establecido en la parte motiva sobre la instrucción en comento y se da la aplicabilidad de lo ordenado en el proveído de 14 de octubre de 2004 donde se ordena la cancelación de las matrículas que ampara la circulación de los vehículos de servicios (sic) públicos detallados en lista precedente, posteriormente la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena – Bolívar procede a resolver recurso de apelación y subsidio el de apelación interpuesto por la doctora Betty Castro Espinosa y el doctor Juan Antonio Royero Martínez, quienes fungen en esta actuación como apoderado del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, mediante resolución de fecha 26 de abril de 2011 decide confirmar la resolución proferida por el Fiscal Trece Seccional de esta ciudad, con fecha 11 de agosto del 2010 dentro del radicado No. 97926 decisiones anteriores que deja en firme (sic) cancelar la matrícula del vehículo de placas UAK-898 del demandante ocasionado (sic) los daños y perjuicios solicitados.

Segundo: Que como consecuencia y en virtud de lo anterior declaren y condene (sic) a la demandada (...) a pagar al demandante Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago por lo que se afectó y que se demuestra (sic) en el proceso y de los documentos aportados que más adelante se relacionan en el capítulo del (sic) pruebas de la demanda por lo que solicito como daños y perjuicios lo siguiente:

I. Daños morales: Que comprenden todo (sic) los sufrimientos padecidos y recibidos por el demandante Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago en su calidad de propietario del vehículo afectado con las siguientes características (...) con la cancelación de la matrícula del vehículo desde el día 25 de noviembre de 2009 hasta el día 25 de junio de 2012, los estimo de la siguiente forma:

Los daños morales del afectado (...) en su calidad de propietario del vehículo de placas UAK-898 se estima en la cantidad de (100 SMMLV) (...).

II. Perjuicios materiales: Que corresponden a los siguientes:

A) *Daño emergente: Comprende todos los gastos generados de parqueadero, los gastos de papelería, gastos de transporte y desplazamiento en la ciudad de Medellín-Cartagena, gastos de correo aéreo, gastos en proceso, cotización de gastos para reparar el vehículo como latonerías, pintura, trabajo eléctrico, mecánica, tapicería, compra de siete llantas, gastos de asesoría jurídica con el abogado doctor Ramón Pérez Betancur, para que en mi nombre y representación presentaron escrito en la investigación solicitando fotocopias del proceso que cursó en la Fiscalía Seccional No. 13 de Cartagena No. 97926 y en el cual se ordenó la cancelación de la matrícula del mencionado vehículo, donde no era parte pero que dicha decisión me afectó porque el vehículo archivado y sin producir el diario con lo que dependía económicamente el demandante y su familia, como también los presentar (sic) la solicitud de audiencia de conciliación prejudicial ante el señor Procurador, perjuicios mencionados como daño emergente los estimo así: (...) Diez y siete millones de pesos moneda corriente (\$17'000.000.00).*

B) *Lucro cesante: Que comprende lo dejado de recibir por el afectado por concepto de lo producido diario del vehículo automotor (...) durante los últimos nueve (9) años de vida útil, por los 24 días trabajados mensualmente a razón de \$250.000.00 por nueve (9) años, se estima la suma de seiscientos cuarenta y ocho millones de pesos moneda corriente (\$648'000.000.00) o la suma que se pruebe dentro del proceso (...).*

Que las demandadas (...) reconocer y pagar (sic) al demandante (...) los daños y perjuicios ocasionados desde el día 24 de septiembre de 2011 hasta la fecha de la sentencia y se condene a pagar las costas y agencias en derecho, que se causen como consecuencia de la acción instaurada por los demandantes (sic) (...).

Segundo. Que la liquidación de los perjuicios se basa con observación de la indexación o corrección monetaria, conforme a lo dispuesto en el art. 178 del CCA y deberá actualizar (sic) sin solución de continuidad desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento del pago total de la reparación del mismo, las sumas reconocidas como resultado de esta acción devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia (...).

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró lo siguiente¹:

El señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago, en su calidad de propietario del vehículo de servicio público de placas UAK-898, marca Chevrolet, resultó afectado porque el automotor fue matriculado “con la misma placa de otro rodante” en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a pesar de que había cumplido con todos los requisitos legales. Dicha actuación del ente territorial le impidió desplegar su actividad económica, máxime si se consideraba que al rodante le quedaban 9 años de vida útil².

En efecto, el 24 de septiembre de 2011, el señor Aristizábal Buitrago, quien venía prestando el servicio público de pasajeros desde el 27 de noviembre de 1998, tramitó la renovación de su tarjeta de operación ante el Departamento

¹ La Sala realizará una lectura integral del libelo y condensará los aspectos relevantes del caso puesto a su consideración, dado que la narración de los hechos y el sustento jurídico resulta confuso.

² Se mencionó que la vida útil del rodante era de aproximadamente 20 años.

Administrativo de Tránsito y Transporte -DATT-, pero le fue negada, a pesar de que cumplía con todas las exigencias, tales como el pago de impuestos al departamento de Bolívar; gastos de administración y vinculación a la Empresa de Transporte Pemape S.A.; adquisición de seguros, revisión tecnomecánica, entre otros.

La autoridad de tránsito negó la solicitud, porque la Fiscalía Seccional 13 de Cartagena había decretado la cancelación de la matrícula de propiedad del demandante, mediante resolución del 11 de agosto de 2010. La causa penal se habría iniciado en contra de los funcionarios del DATT por los delitos de estafa y falsedad ideológica en documento público y privado, porque matricularon varios vehículos con la misma placa, entre ellos, el de propiedad del señor Aristizábal Buitrago.

El señor Aristizábal Buitrago nunca tuvo injerencia o conocimiento del funcionamiento interno del DATT. Tampoco tenía conocimiento del proceso penal, puesto que nunca fue vinculado a dicha causa. Por estas razones, se afirmó, se le vulneraron sus derechos, pues, de un lado, no pudo seguir operando su vehículo y, de otro, se le afectó su derecho al debido proceso.

La parte demandante atribuyó a las demandadas la responsabilidad, porque su vehículo de servicio público no pudo seguir operando y, por tanto, se le cercenó su sustento económico. Así, los demandados eran responsables por la falla en el servicio derivada de la retención del automotor. También mencionó lo siguiente:

La causa eficiente del daño sufrido fue el auto que decretó la detención preventiva que se constituyó en privación injusta con la inmovilización del vehículo de mi poderdante no fue causado por dolo o culpa de él, sino por las "pruebas fehacientes" que no resistieron el embate de la verdad por ello, como consecuencia, deviene el Estado la obligación de indemnizar a tercero (sic), porque hubo providencia que estableció la sentencia que ordenó la entrega del rodante a mi poderdante después de ocho (8) años, lo que lleva en equidad a compensarlo económicamente (fol. 11 c. 1).

2.- El trámite de primera instancia

La demanda fue admitida mediante providencia de 25 de febrero de 2013, la cual se notificó en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público (fls. 142-144, c. 1).

El Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias contestó la demanda en la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como razones de su defensa, manifestó que fueron las decisiones que se tomaron en el proceso penal las que ordenaron la cancelación de las matrículas de los vehículos que tenían doble registro y, por tanto, era responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación los hechos deprecados por el actor. El Departamento de Tránsito y Transporte de Cartagena se limitó a acatar la decisión judicial y, por ende, debían declararse las excepciones que denominó falta de relación causal e inexistencia del daño antijurídico³. Finalmente, solicitó que se declarara la caducidad de la acción, dado que la orden de cancelación se había efectuado en la resolución del 11 de agosto de 2010, por lo que la demanda no era oportuna (fls. 170 – 182 c. 1).

Mediante providencia de 22 de julio de 2014, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y, en auto de 27 de marzo de 2015, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 210, 223 c. 2).

En esa oportunidad, la parte actora se limitó a reiterar lo expuesto en su escrito de demanda. El Distrito Especial y Turístico de Cartagena de Indias, después de insistir en los argumentos de la contestación, solicitó que se declarara su falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que su actuación en los hechos se limitó a ejecutar la orden impartida por la Fiscalía 13 Seccional, por lo que no fue por causa de su acción u omisión que se canceló la matrícula del vehículo de propiedad del señor Aristizábal Buitrago (fls. 235-242, 243-246 c. 2).

La Nación-Fiscalía General del Nación y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

3.- La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 28 de agosto de 2015 (fls. 249 - 287 c. ppal), el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Descongestión No. 002, accedió parcialmente a

³ El *a quo*, en providencia de 24 de julio de 2014 -entre otras decisiones-, tuvo por no contestada la demanda por parte de la Fiscalía General de la Nación, toda vez que el escrito fue allegado por fuera del término otorgado para el efecto (fls. 210-212 c. 2).

las pretensiones de la demanda. Consideró que el libelo debía estudiarse en el marco de un error judicial, toda vez que fueron las resoluciones de 14 de octubre de 2004 y la del 11 de agosto de 2010, las que ordenaron la cancelación de la matrícula del vehículo de servicio público, sin que se hubiera vinculado al proceso penal al señor Aristizábal Buitrago. Así lo dijo:

La decisión de cancelación de la matrícula del vehículo de placas UAK-898 tomada por el DATT, obedeció a lo resuelto por la Fiscalía Seccional Trece de Cartagena, que mediante las resoluciones fechadas 14 de octubre de 2004 y 11 de agosto de 2010, ordenó dicha cancelación, causándole un perjuicio al señor Ubaldo Aristizábal quien en ningún momento fue notificado ni enterado de la investigación penal llevada en contra de funcionarios y ex funcionarios del DATT, en el que se vio envuelto su vehículo, como consecuencia de falsificación (sic) de documentos públicos al interior de dicha entidad (fol. 273 c. ppal).

En efecto, consideró el *a quo* que el error judicial en el que incurrió el operador judicial en el proceso penal, y que significó la cancelación de la matrícula del vehículo de servicio público, se debió a que ninguno de los sindicatos en el punible se le asignó la configuración de la falsedad del caso concreto del actor, por lo que si bien se podía mantener la decisión sobre otros automotores⁴, lo cierto es que no tenía base probatoria ni argumental sobre el del demandante. Esto, aunado a la falta de notificación de los terceros de buena fe, como lo era el actor, ya que se demostró que, en ese proceso penal, la Fiscalía 13 Seccional de Cartagena sí le dio la oportunidad de intervenir a otros afectados con la medida. También absolvió al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, por cuanto se limitó a expedir el acto por medio del cual dio cumplimiento al fallo judicial. Así lo dijo:

[E]l error jurisdiccional que en esta sede se le endilga a la Fiscalía General de la Nación se encuentra acreditado con la violación del debido proceso del actor, que le negó la posibilidad de intervenir en la investigación penal a efectos de interponer recursos contra las decisiones que ordenaron la cancelación de la matrícula de su vehículo de servicio público de placa UAK-898, que entre otras cosas, dichas providencias -resoluciones del 14 de octubre de 2004 y 11 de agosto de 2011- se limitaron a cancelar la matrícula de dicho vehículo, sin soportar la decisión en cuanto al caso 54, entendiéndose la falsedad encontrada en los vehículos UA-0435 y UAK 898 (fol. 277 c. 1).

Finalmente, en cuanto a la excepción de caducidad, el Tribunal de primera instancia concluyó que no había lugar a su configuración, porque la cancelación

⁴ La investigación determinó que hubo varios registros fraudulentos de vehículos en el ente territorial. Por esta razón, dentro de la misma causa penal se ordenó la cancelación de varias matrículas de operación. Este punto, conforme a las pruebas que obran en el proceso, se dejará claro en la parte motiva de la providencia.

de la matrícula del vehículo solo vino a quedar en firme el 26 de abril de 2011, por lo que la demanda presentada el 13 de junio de 2012 era oportuna.

Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad de la demandada, el Tribunal *a quo* accedió al reconocimiento de perjuicios materiales en los siguientes términos:

Primero: Declarar no probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la apoderada del Distrito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Absolver al Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena, de la responsabilidad endilgada por la parte actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero: Declarar administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios causados al señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Condenar a la Nación-Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar por concepto de daño material en la modalidad de daño emergente la suma de tres millones ochocientos cuarenta y siete mil novecientos cincuenta y cinco pesos m/cte. (\$3'847.955 m/cte.) y por lucro cesante la suma de sesenta y nueve millones seiscientos ochenta y cinco mil novecientos setenta y nueve pesos m/cte. (\$69'685.979) al señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago.

Quinto: Negar las demás pretensiones de la demanda.

Sexto: Sin costas en esta instancia.

Séptimo: Cúmplase la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Octavo: En firme esta providencia, por Secretaría comuníquese a las partes en la forma y términos previstos en el artículo 173 del C.C.A.

Noveno: Una vez en firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

4.- El recurso de apelación

De manera oportuna⁵, la parte demandante expresó su inconformidad con el fallo de primera instancia y solicitó que fuera modificado. Discutió, en concreto, que en la demanda se solicitó el decreto de un dictamen pericial para calcular el perjuicio material *-lucro cesante-* irrogado al señor Aristizábal Buitrago, pero el *a quo* omitió decretarlo en el auto de pruebas. Además, del testimonio del señor José Manuel

⁵ El recurso fue presentado y sustentado el 1 de octubre de 2010, esto es, dentro del término otorgado para tal fin, habida cuenta de que aquel fenecía el 10 de ese mismo mes y año.

Garrido Rodríguez, administrador del vehículo de servicio público, y “las fotos” aportadas al expediente, era factible deducir que el lucro cesante por el tiempo que le quedaba de vida útil al automotor ascendía a \$498'750.000. Con todo, en caso de no poderlo cuantificar, se debía hacer uso de las facultades oficiosas en materia de pruebas⁶. El siguiente fue el razonamiento:

[S]e solicitaba las pruebas pericial (sic) en su acápite de la solicitud de pruebas (...), pero el Despacho omitió decretar la prueba que se encontraba solicitada en la demanda visible a folio 14 (...) el objeto de la prueba es demostrar los perjuicios materiales como lucro cesante (sic) dejado de recibir por el demandante conforme los hechos de la demanda, con la que se pretendía confirmar los hechos y pretensiones de la demanda (sic), ya que teniéndose en cuenta la forma como se tasó la cuantía razonada en la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación y la misma cuantía en la demanda de reparación directa (sic) (...).

[Q]ue los valores solicitados en las pretensiones de la demanda fueron realizados con fundamentos (sic) a la información suministrada por la Empresa de Transporte Pemape S.A., donde se encontraba afiliado el vehículo de servicio público (...) y por el señor José Manuel Garrido Rodríguez (...) quien rindió testimonio visible a folio 262 a 265 del expediente como persona experta en el asunto y como administrador del vehículo de servicio público (...) (sic) con funciones de administrador y manejar (sic) los bienes representados en los vehículos busetas de servicio público y rentas del poderdante, recaudar sus producidos y celebrar con relación a ellos toda clase de contratos de administración o de disposición, a nivel personal, poder general conferido por el demandante al testigo (...) con fecha de 21 de abril de 2009, ante la Notaría Cuarta del Circulo Notarial de Cartagena, visible a folio 131 del expediente, que al momento de presentación de la demanda se anexaron los documentos con los cuales, no solo se demuestra el daño material solicitado por el demandante y la responsabilidad administrativa y patrimonialmente (sic) de las demandadas (...).

[C]omo se puede apreciar en las fotos aportadas al expediente como pruebas que (sic) el mencionado rodante solo había cumplido con la mitad de uso de su vida útil, es decir, que si el vehículo de placas UAK-898 le fue cancelada su matrícula el día 24 de septiembre de 2011 y tenía en cuenta que la vida útil del vehículo (...) por mandato de la Ley 105 de 1993 art. 6, es por regla general de veinte (20) años, es decir, según lo anterior, y con el fin de garantizar las ganancias desaprovechadas por el demandante como lucro cesante durante el periodo desde el 24 de septiembre de 2011 hasta la fecha de 24 de septiembre de 2019, a razón de un tarifa diaria de la suma de \$250.000 (...) el tiempo en la suma (sic) de \$498'750.000.00 (...) que según lo anterior el despacho no solo cometió un error aritmético al cuantificar el tiempo que faltó de vida útil del rodante, como se explicó anteriormente, sino que también omitió la solicitud de la prueba pericial (...) a pesar de equivocarse en el contenido aritmético de vida útil del vehículo del demandante, pero si al momento (sic) de resolver de fondo las pretensiones de la demanda y según criterio del despacho, que manifiesta que ante la falta de pruebas válidas que permitan acreditar el monto de lo dejado de percibir mensualmente por el señor Aristizábal Buitrago por cuenta de la cancelación de la matrícula de su vehículo tipo buseta que no le permitió seguir prestando servicio público de transporte de pasajero donde devengaba un lucro cesante a la conducción del

⁶ Al igual que la demanda, el recurso de la parte actora no es preciso y, además, confuso en cuanto a sus argumentos, por lo que se realizarán transcripciones *in extenso* del mismo.

mismo, esto no es cierto, ya que el demandante no conducía el vehículo de su propiedad, ya que como es reconocido en la ciudad, es un empresario del transporte con varios vehículos (...).

[A]l momento de dictar sentencia el despacho ante la imposibilidad (sic) de cuantificar correctamente los tiempos de vida útil del rodante y su valor de producido durante su operación diaria de la prestación del transporte de pasajero (...) se debió ordenar practicarla de oficio (...) (fls. 289-298 c. ppal).

5.- Trámite en segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante auto de 20 de enero de 2016⁷ y admitido por esta Corporación el 3 de marzo de ese mismo año. Posteriormente, mediante providencia de 23 de junio siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 305, 310-311, 317c. ppal).

La parte actora reiteró en su totalidad lo manifestado en el recurso de apelación (fls. 332-341 c. ppal).

La Nación-Fiscalía General de la Nación manifestó que se debía revocar la decisión de primera instancia, porque no estaba demostrada su responsabilidad, en la medida en que el actor no había interpuesto los recursos de ley en contra de la providencia contentiva del error. A su turno, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia, en cuanto resultó favorable a sus intereses (fls. 318-322,342-346 c. ppal).

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se modificara la sentencia de primera instancia accediendo a las pretensiones de la demanda, para lo cual se debía ordenar *“la práctica de una prueba excepcional en segunda instancia”* cuya finalidad era la de tasar los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante (fls. 347-353 c. ppal).

III. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

⁷ Mediante providencia de 26 de octubre de 2015, el Tribunal *a quo* fijó fecha para la celebración de la audiencia de conciliación, de que trataba el art. 70 de la Ley 1395 de 2010. La diligencia se celebró el 20 de enero de 2016 con la comparecencia de la parte actora, únicamente (fls. 303, 305 c. ppal).

El Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, por tratarse de un proceso de doble instancia, debido a la cuantía, según lo dispuesto en el artículo 129 del Decreto 01 de 1984⁸, dado que la pretensión mayor sin tener en cuenta los perjuicios morales⁹ (\$648.000.000) excede los 500 salarios mínimos mensuales vigentes¹⁰ a la fecha de la presentación de la demanda -13 de junio de 2012-¹¹.

2.- Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo¹², modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

Para computar el término de caducidad en el presente asunto conviene poner de presente los siguientes hechos:

El 14 de abril de 2004, la Fiscalía 13 Seccional de Cartagena profirió resolución de acusación en contra de varios funcionarios del ente territorial, por su supuesta participación en los delitos de falsedad en documento público y privado y estafa, dado que habrían otorgado varios cupos para prestar el servicio público de pasajeros en aquella municipalidad sobre una misma placa¹³. En esta misma decisión, entre otras, el ente investigador ordenó la cancelación de la matrícula del

⁸ Esta norma resulta aplicable al caso concreto, toda vez que la Ley 1437 de 2011 entró en vigencia el 2 de julio de 2012 (art. 308).

⁹ Art. 198 de la Ley 1450 de 2011.

¹⁰ A la fecha de presentación de la demanda 500 SMMLV equivalían a \$283'350.000.

¹¹ De conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, la competencia se determina según la norma vigente al momento de la presentación de la demanda.

¹² Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: *“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior”*.

¹³ El punible acaeció, según el ente acusador, porque se habrían *“utilizado carpetas de vehículos viejos que no presentan en el sistema de trámite alguno en los últimos años (pagos de impuestos, multas, revisión, reposición de placas, etc...) con el fin de cancelar sus matrículas y dar paso a un nuevo rodante por reposición de equipo. Para ello se falsifica la firma del último propietario inscrito (en ocasiones se adultera la diligencia de reconocimiento de firma y contenido del documento que aparecer en el reverso del FUN usado para gestionar el traspaso y/o cancelación de matrícula), en todos los trámites relacionados con la cancelación del carro viejo, apostando incluso fotocopia de la cédula de ciudadanía del propietario falsificada y denuncia por pérdida de los documentos del carro”* (fol. 23 c. 1).

vehículo UAK-898, de propiedad del señor Ubaldo Antonio Aristizábal (fls. 21-53 c. 1).

El 11 de agosto de 2010, la Fiscalía 13 Seccional de Cartagena declaró la prescripción de la acción penal en favor de los sindicatos; no obstante, dispuso *“dar aplicabilidad a lo ordenado en el proveído de 14 de octubre de 2004, donde se ordena la cancelación de las matrículas que amparan la circulación de los vehículos”*. Posteriormente, el 26 de abril de 2011, la Fiscalía Tercera Delegada ante el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cartagena confirmó en todos sus puntos la decisión antes reseñada (fls. 94-100, 101-110 c. 1).

En el presente asunto la responsabilidad patrimonial que se impetra en la demanda se originó en los daños que se alegaron sufridos por el demandante con ocasión de la cancelación de la matrícula de propiedad del vehículo de servicio público de pasajeros de placas UAK-898. Este hecho adquirió firmeza el 26 de abril de 2011, cuando se confirmó la decisión mediante la cual se declaró la prescripción de la acción penal y se conservó aquella orden de anulación del permiso del automotor, de conformidad con el artículo 187¹⁴ de la Ley 600 de 2000.

De este modo, dado que la demanda se presentó el 13 de junio de 2012 (fol. 16 c. 1), resulta evidente que la misma se interpuso dentro de la oportunidad prevista por la ley¹⁵.

3. El objeto de la impugnación y el alcance del estudio de segunda instancia

Previo a abordar el análisis de fondo resulta necesario señalar que, a pesar de la imprecisa redacción que presentó el recurso de apelación¹⁶, la Sala entiende que el actor pretende discutir únicamente los perjuicios reconocidos en primera instancia y, en particular, el que se relacionó con el lucro cesante. Por esta razón, la impugnación sólo se dirige a que se modifique la sentencia en ese punto específico.

¹⁴ *“La que decide los recursos de apelación o de queja contra las providencias interlocutorias, la consulta, la casación, salvo cuando se sustituya la sentencia materia de la misma y la acción de revisión quedan ejecutoriadas el día en que sean suscritas por el funcionario correspondiente”*.

¹⁵ En el proceso obra la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad a folios 125-127 c. ppal.

¹⁶ Tal como se puede apreciar de la transcripción realizada en el acápite correspondiente a los antecedentes de esta providencia.

En efecto, la impugnación mencionó que el *a quo* se equivocó al valorar el material probatorio relacionado con el perjuicio por lucro cesante, porque **i)** no decretó el dictamen pericial, cuyo objeto era determinar lo dejado de percibir por la cancelación de la matrícula del vehículo; **ii)** no valoró el testimonio del señor José Manuel Garrido Rodríguez, administrador del vehículo de servicio público, y “*las fotos*” allegadas al proceso; y, en todo caso, **iii)** debían decretarse pruebas de oficio y, finalmente, **iv)** no liquidó el perjuicio de conformidad con la vida útil del automotor.

Agréguese a lo dicho que, en el escrito de alegatos de conclusión, la Nación-Fiscalía General de la Nación solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia; no obstante, aquella no era la oportunidad para controvertir los elementos de la responsabilidad. Por el contrario, toda vez que no interpuso recurso de apelación, es claro que manifestó tácitamente su conformidad con la responsabilidad endilgada, por lo que no se hará ninguna consideración al respecto.

En ese sentido, la Sala debe destacar que la apelación se encuentra limitada a los aspectos indicados por la parte en su recurso, dado que, a través de aquel se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia presentó para tomar su decisión con sus propias consideraciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean ante la segunda instancia¹⁷. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, que establece lo siguiente: “*El recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o la reforme (...)*”¹⁸.

En efecto, la Subsección debe destacar que el recurso de apelación que se ha planteado en este caso, para efectos de su resolución, se ha de entender limitado a los aspectos indicados previamente, consideración que cobra mayor significado en el *sub lite* si se tiene presente que la responsabilidad de la Nación-Fiscalía General de la Nación por la ocurrencia del hecho dañoso y las circunstancias de

¹⁷ Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de abril de 2009, exp. 17.160, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de Sección Tercera, sentencia de 6 de abril de 2018, exp. 46.005, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

tiempo, modo y lugar no fueron controvertidas por ninguna de las partes, de manera que ninguna precisión se efectuará en relación con los elementos que configuran la responsabilidad de esa entidad, ni respecto de las pretensiones que resultaron denegadas y no fueron apeladas, pues se tratan de puntos de la *litis* que han quedado fijados con la decisión que profirió el Tribunal *a quo*¹⁹.

4.- Análisis probatorio

En términos generales la apelación se circunscribió a que el fallo de primera instancia no valoró adecuadamente el material probatorio obrante en el plenario, por lo que, por un aspecto meramente práctico, se analizarán los medios de prueba que tienen relación con la indemnización por lucro cesante reconocida en primera instancia y, en concreto, a los aludidos en la impugnación, así:

4.1.- Los registros fotográficos

En el folio 139 del cuaderno 1, obran un total de 7 fotografías en las que se observa un vehículo automotor de color rojo y blanco, con placa UAK-898. De estos registros, según la parte demandante, era posible identificar los elementos necesarios para establecer el lucro dejado de recibir por la inutilización del rodante.

Del material probatorio reseñado no es posible identificar cuándo fueron tomadas, ni el estado en el que se recibió el automotor y, además, aquellas no resultan útiles para demostrar el lucro cesante aludido en la demanda. Tampoco se demostró la fecha en la que aquellas imágenes fueron registradas, por lo que las fotos no prueban, en realidad, la condición del automotor y mucho menos la explotación económica.

Así, las fotografías antes relatadas solo dan cuenta del registro de unas imágenes tomadas a un vehículo, sin que hayan sido ratificadas por un testigo debidamente - *como más adelante se aclarará*-, o pueda establecerse de manera fehaciente la identidad del rodante y mucho menos el origen, el lugar o la época exacta a la que

¹⁹ Este criterio fue expuesto, también, por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia de 26 de enero de 2011, expediente: 20.955, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

corresponden dichos registros²⁰, por lo que carecen de mérito probatorio para acreditar los hechos a los que alude el impugnante.

4.2.- La prueba testimonial

En declaración de 19 de noviembre de 2014, rendida ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, el señor José Manuel Garrido Rodríguez, quien se identificó como “administrador durante 6 años” del señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago, afirmó que el vehículo, para la fecha de su retención, estaba en buenas condiciones y que producía \$250.000 pesos diarios; no obstante, cuando fue interpelado por dicho monto, manifestó que “en el momento no cuento con una prueba, pero yo tengo certeza de que eran \$250.000 diarios”. Así lo dijo:

[P]ara ese entonces la entrega del vehículo eran \$250.000 pesos, el cual para el propietario del vehículo ha sido un caos, pues ya no hay entrada de sustento por parte del vehículo (...). Preguntado. Usted manifiesta que el vehículo tipo buseta con placas No. UAK-898, marca Chevrolet, modelo 1999, se encontraba en buenas condiciones, puede establecer a este Despacho, si el mismo era un vehículo nuevo, usado y cuánto tiempo de uso tenía? Contestó. Para la época de los hechos el vehículo tenía 12 años de utilización, pero el mismo tenía una vigencia para continuarse utilizando (...) el vehículo dejó de prestar el servicio el 24 de septiembre de 2011 y la ruta asignada al mismo era Socorro-Jardines (...) Preguntado. Manifiesta usted en respuesta anterior, que la cuota diaria del servicio prestado por el rodante era en aquel tiempo de \$250.000 diarios, además de su dicho, puede usted corroborar o reafirmar que realmente ese era el valor diario recibido por el propietario por el trabajo del vehículo. Contestó. En el momento no cuento con una prueba, pero yo tengo certeza de que eran \$250.000 (fls. 262-264 c. ppal).

A juicio de la Sala, por la relación de subordinación laboral con el demandante, el testigo puede ser considerado como sospechoso; no obstante, en virtud del deber del juez de valorar las pruebas con arreglo a las reglas de la sana crítica, sin que ello en modo alguno implique que deba ser descartado de plano, sino que debe apreciarse de manera más rigurosa, deben contrastarse sus dichos con las demás

²⁰ En relación con el tema ya la Sala se ha referido en los siguientes términos: “Debe advertirse que para acreditar los daños ocasionados a la vivienda se aportaron con la demanda unas fotografías (fls. 12-17 c. 1 y 177-185 c. de pruebas), las cuales, sin embargo, no tienen mérito probatorio porque no existe certeza de que correspondan a los daños causados al inmueble de que se trata en este proceso, es decir, sólo son prueba de que se registró una imagen, pero no es posible determinar su origen, ni el lugar y la época en que fueron tomadas, dado que no fueron reconocidas por los testigos ni cotejadas con otros medios de prueba dentro del proceso”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de diciembre de 2006, exp. 28.459, M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

pruebas obrantes en el expediente y con observancia de las circunstancias de cada caso²¹.

Al respecto, no obra ninguna prueba en el expediente que corrobore lo expresado por el testigo, al punto de que en la misma declaración manifestó no tener prueba de aquello que mencionó. Dicha situación fue suficiente para que el *a quo* desestimara el monto que señaló para efecto de la liquidación del perjuicio. Así lo dijo:

Comoquiera que sobre las ganancias dejadas de percibir por el actor por la privación del uso y goce de su vehículo automotor solo obra un testimonio que asegura que el vehículo estaba explotado comercialmente, y arrojaba la suma de \$250.000 diarios, en el plenario no se allegó ninguna otra prueba que respalde lo dicho por el declarante, por lo que tal hecho no está acreditado (fol. 284 c. ppal).

Bajo ese contexto, para la Subsección es claro que, a falta de material probatorio que corrobore los dichos del testigo, la declaración no resulta suficiente para establecer el ingreso base producido por el vehículo en su actividad económica en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

4.3.- El dictamen pericial y las facultades oficiosas en materia probatoria

En primer lugar, conviene resaltar que la Sala se encuentra vedada para solventar deficiencias probatorias de las partes y, en particular, la plasmada por el extremo activo de la litis, toda vez que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, aquella constituye una carga que los interesados deben asumir si pretenden que se profiera un fallo favorable a sus pretensiones.

Si bien es cierto que la parte demandante solicitó el decreto de un dictamen pericial en la demanda y que su solicitud no fue acogida en el auto de 22 de julio de 2014, mediante el cual se dio apertura a la fase probatoria, lo cierto es que contra esa decisión procedían los recursos ordinarios, de los cuales no se hizo uso. En efecto, se precisa, de conformidad con el artículo 181 del Decreto 01 de 1984, la providencia que niegue el decreto de una prueba pedida oportunamente será susceptible del recurso de apelación (fls. 14, 210-212 c. 1).

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de abril de 2020, exp. 54.142, M.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Así las cosas, a pesar de contar con los medios para impugnar la decisión desfavorable a sus intereses, el extremo activo de la litis se limitó a admitir conformidad con aquella, al punto de que, en escrito de 2 de marzo de 2015, le solicitó al operador judicial que dictara auto para correr traslado para alegar de conclusión (fol. 234 c. 1)²².

En este punto, debe precisarse que, junto al recurso de apelación, la parte actora allegó un certificado de ingresos del señor Ubaldo Antonio Aristizábal; solicitó que se oficiara a la Empresa de Transporte Pemape S.A., para que certificara el producido diario de los vehículos de servicio público y, finalmente, pidió que se decretara el dictamen pericial solicitado en la demanda (fls. 313-315 c. ppal).

Dicha solicitud fue negada en auto de 5 de mayo de 2016²³, dado que las solicitudes de la parte actora no se enmarcaban en los supuestos del artículo 214 del Decreto 01 de 1984. En efecto, aquellos medios de prueba no fueron allegados, solicitados, ni decretados en primera instancia; no se dejaron de practicar sin culpa de la parte que los solicitó, ni versaron sobre hechos acaecidos con posterioridad a la oportunidad procesal de primera instancia y, por último, no se trataba de documentos que por fuerza mayor o caso fortuito no pudieron ser allegados. En contra de esta decisión tampoco se interpuso recurso, el cual era procedente por disposición del artículo 183²⁴ *ibídem*.

Por lo anterior, para la Sala, la parte actora debe asumir las consecuencias de no ejecutar los actos procesales correspondientes a sus intereses, al punto de que su ejercicio pasivo representó el no decreto del dictamen pericial solicitado y la no aportación de medios de pruebas en la diligencia testimonial para corroborar los dichos del testigo. Por esta razón, no es de recibo la solicitud del Ministerio Público en cuanto a que debía decretarse una prueba de segunda instancia, dado que no es posible, en esta instancia, solventar las deficiencias probatorias de las partes, máxime cuando han acaecido con aquiescencia de una de ellas.

²² El escrito dijo lo siguiente: *"le manifiesto que teniendo en cuenta que fueron practicadas todas las pruebas y que se encuentra vencido en exceso el término legal para el periodo de pruebas, le solicito que se dicte auto de correr traslado para los alegatos de conclusión dentro del proceso de la referencia"*.

²³ Esta providencia no fue impugnada por los medios procesales que disponía el demandante.

²⁴ *"Súplica. El recurso ordinario de súplica procederá en todas las instancias contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente"*.

5.- Solución del caso concreto

Del análisis antes expuesto, para la Subsección es dable concluir que al proceso no fueron allegados medios de prueba suficientes para establecer el perjuicio por lucro cesante deprecado en la demanda, dado que **i)** las fotografías carecen de valor probatorio y, además, no son útiles para probar el menoscabo; **ii)** los dichos del testigo, cuya valoración debe ser más exigente por su relación laboral con el demandante, no tienen sustento en otros medios de pruebas; **iii)** el operador judicial de segunda instancia no puede solventar deficiencias probatorias y, en particular, para decretar el dictamen pericial solicitado.

Por lo dicho, los cargos de censura planteados en contra del fallo de primera instancia y que encuentran relación con la valoración de los medios de prueba por parte del *a quo* no tiene vocación de prosperidad, porque es evidente que el material probatorio fue valorado correctamente y, además, en esta instancia no obran elementos demostrativos distintos y/o adicionales que permitan llegar a una conclusión diferente a la expuesta en el fallo impugnado.

Agréguese a lo dicho que en la impugnación el demandante narró que “[*era*] reconocido en la ciudad, es un empresario del transporte con varios vehículos” (fol. 293 c. 1) y, por ende, es claro para la Subsección que la actividad que desplegaba el actor, de forma habitual y reconocida en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, es propia del ejercicio de un comerciante y, por tanto, de la celebración de actos de comercio, de conformidad con los artículos 10²⁵ y 20²⁶ del Código de Comercio.

Bajo ese contexto, entre otras, el señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago tenía la obligación de “llevar la contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales”; no obstante, al expediente no fueron allegados dichos registros que, además, constituían plena prueba, en sede judicial y extrajudicial,

²⁵ “Comerciantes - concepto - calidad. Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona”.

²⁶ “Actos, operaciones y empresas mercantiles - concepto. Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 2) La adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos; 11) Las empresas de transporte de personas o de cosas, a título oneroso, cualesquiera que fueren la vía y el medio utilizados (...)”.

de la contabilidad de su actividad mercantil, en los términos de los artículos 19 y 68²⁷ del Código de Comercio.

Para la Sala, por la actividad mercantil que desplegaba el actor, es evidente que debía demostrar las sumas que supuestamente devengaba por la prestación del servicio público de transporte, a través de sus libros de contabilidad, en los términos que se establecían en las normas comerciales; sin embargo, como se expresó en el análisis probatorio, es claro que no fueron traídos al proceso. Dicha situación implica que, si bien no hay tarifa legal al respecto, lo cierto es que omitió traer medios de prueba relevantes para la resolución del caso traído a la jurisdicción.

Además, en el expediente no obran otras pruebas que permitan establecer los menoscabos dejados de percibir por el actor con ocasión de la cancelación de la matrícula del vehículo de su propiedad. Por esta razón, para el cálculo del monto a indemnizar, el Tribunal Administrativo de Bolívar mencionó que debía aplicarse el “*criterio de depreciación*”, dado que se trataba de un vehículo modelo 1999, respecto del cual, de conformidad con la Ley 105 de 1993, la vida útil era de 20 años, la cual podía prolongarse por remodelación o transformación; no obstante, no estaba demostrado el estado del vehículo para el año 2011. Así, consideró que el actor devengaba al menos un salario mínimo mensual vigente por dicha actividad. De ahí que utilizara dicho valor como base de liquidación y el tiempo que le quedaba todavía al automotor de vida útil. Así lo dijo el *a quo*:

Sin embargo, ante la falta de pruebas válidas que permitan acreditar el monto de lo dejado de percibir mensualmente por el señor Aristizábal Buitrago, por cuenta de la cancelación de la matrícula de su vehículo tipo buseta que no le permitió seguir prestando el servicio de transporte, la Sala considera que, en la medida en que está comprobado que el señor Aristizábal Buitrago devengaba un lucro gracias a la conducción del mismo, es posible inferir que lo dejado de percibir mensualmente debía equivaler, al menos, a un salario mínimo legal mensual (...).

Para la liquidación debe tenerse en cuenta que el vehículo automotor distinguido con la placa UAK-898 (...) es modelo 1999, siendo su vida útil hasta el año 2018, y se encuentra por fuera de servicio desde el 24 de septiembre de 2011, por lo que se liquidará es esta fecha hasta el 31 de diciembre de 2018, esto es, por el lapso de siete (7) años, tres (3) meses y tres (3) días, para un total de 87,1 meses (fol. 284 c. ppal).

²⁷ “Validez libros y papeles de comercio. Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente”.

Esta demostrado que el vehículo de servicio público, tipo bus, de placas UAK-898, cuyo propietario era el señor Ubaldo Antonio Aristizábal, era modelo año 1999, de conformidad con licencia de tránsito 1472503 (fol. 19 c. 1); no obstante, aquello no resultaba suficiente para efectos de acreditar las ganancias recibidas con ocasión de su actividad comercial.

En efecto, en este caso no se está indemnizando un valor derivado de una relación laboral presunta que se ejerciera por razón o con ocasión de que el actor se encontrara en una edad productiva, sino un monto derivado de la explotación de un bien mueble –automotor-, de ahí que le correspondía demostrar, a través de los medios de pruebas útiles, pertinentes y conducentes, los réditos que daba el ejercicio de la actividad económica de servicio de transporte de pasajeros, situación que, como se explicó en el análisis probatorio, no está debidamente demostrada.

Ahora, de conformidad con la jurisprudencia reiterada²⁸ y unificada²⁹ de esta Sección, el perjuicio material a indemnizar, en la modalidad de lucro cesante, debe ser cierto y, por ende, edificarse en situaciones reales, existentes al momento de ocurrencia del evento dañino, toda vez que el perjuicio eventual o hipotético, por no corresponder a la prolongación real y directa del estado de cosas producido por el daño, no es susceptible de reparación.

Bajo ese contexto y en relación con el cargo conforme se liquidó erróneamente la vida útil del automotor, es claro para la Sala que su estimación, conforme el artículo 6³⁰ de la Ley 103 de 1995, era de 20 años. Por esta razón, el cálculo realizado por el *a quo* estuvo acorde a la posibilidad que tenía el actor de seguir explotando su vehículo hasta el tiempo que se enuncia en dicha norma. No obstante, el tiempo al que hace referencia la norma en cita es el de “*vida útil máxima*”, el cual incluso puede ser objeto de una extensión de 10 años más si se

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de: i) 4 de diciembre de 2006, radicación: 13168, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez; ii) 12 de febrero de 2014, radicación: 31583, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y iii) de 29 de mayo de 2014, C.P. Hernán Andrade Rincón, radicación: 35930, entre otras.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, M.P. Hernán Andrade Rincón (E), radicación: 36.149.

³⁰ “*La vida útil máxima de los vehículos terrestres de servicio público colectivo de pasajeros y/o mixto será de veinte (20) años. Se excluyen de esta reposición el parque automotor de servicio público colectivo de pasajeros y/o mixto (camperos, chivas) de servicio público colectivo de pasajeros y/o mixto del sector rural, siempre y cuando reúnan los requisitos técnicos de seguridad exigidos por las normas y con la certificación establecida por ellas*”.

cumplen con los requisitos de transformación del vehículo, de conformidad el parágrafo 2³¹ del artículo 6° de la Ley 103 de 1995.

Lo anterior se precisa porque, al fijarse un plazo máximo de vida útil, la norma no menciona que todos los vehículos integrantes del parque automotor de un ente territorial puedan llegar a cumplir estos términos, máxime si se tiene en cuenta la destinación y uso que se le da a este tipo de rodantes. De ahí que, para esta Sala, deban demostrarse otros elementos que conlleven a tener certeza de que el vehículo de propiedad del actor estaba en condiciones óptimas para poder haber sido explotado por los 7 años y 3 meses que aún le quedaban para que se venciera el plazo máximo enunciado en la Ley 103 de 1995.

Por lo anterior, se considera hipotético que el automotor de placa UAK-898, en efecto, hubiera sido explotado hasta dicho término máximo -20 años-, pues de ello dependía de que reuniera los requisitos técnicos para la operación y, en particular, que se mantuviera en buen estado, hechos sobre los cuales no obra prueba en el expediente.

Con todo, para la Sala es pertinente mencionar que el vehículo de propiedad del actor no fue retenido de manera definitiva, sino que le fue cancelada la matrícula de operación. Por esta razón, el actor no podía explotar económicamente su vehículo en relación con el servicio público de pasajeros; no obstante, ello no significaba que se le hubiera cercenado completamente la posibilidad de utilizarlo en otras actividades cuando le fue entregado. En efecto, este asunto no se trata de un caso en el cual se hubiera destruido el rodante ni de que existiera plena certeza de que no podría ser explotado pecuniariamente.

Todo lo dicho cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, carga que la parte demandante no cumplió.

En suma, para la Sala la explotación económica en este caso, a falta de material probatorio idóneo para su evaluación, constituye una mera eventualidad, ya que

³¹ *“El Ministerio de Transporte definirá, reglamentará y fijará los requisitos para la transformación de los vehículos terrestres que vienen operando en el servicio público de pasajeros y/o mixto, de tal forma que se les prolongue su vida útil hasta por diez (10) años y por una sola vez, a partir de la fecha en que realicen la transformación”.*

no puede acudirse a la aplicación de la presunción de salario mínimo legal vigente y, además, no existe plena certeza de que el vehículo tuviera una vida útil máxima de 20 años. En efecto, se verificó cada uno de los elementos de prueba allegados al plenario y relacionados con la impugnación y ninguno de ellos tiene la fuerza demostrativa aludida por el apelante. En particular, porque omitió sus deberes de llevar la contabilidad de un comerciante, de conformidad con el Código de Comercio.

Si bien para la Subsección habrían reparos en la forma en la que el *a quo* determinó el perjuicio, pues aludió a la presunción del salario mínimo para liquidar el perjuicio y no tuvo en cuenta materialmente la vida útil que le restaba al automotor, lo cierto es que aquella indemnización reconocida en primera instancia no puede ser objeto de disminución, dada la condición de apelante único que ostenta el actor.

Así las cosas, en el caso concreto habría lugar a fijar la indemnización en un valor inferior a la reconocida en el fallo 28 de agosto de 2015; no obstante, de proceder en tal sentido se estaría vulnerando el principio de la *non reformatio in pejus*, lo cual resultaría improcedente por la condición de apelante único que ostenta la parte actora. Por esta razón, la Sala se limitará a confirmar dicho punto de la sentencia impugnada.

6.- Actualización de la condena

Para la Sala no es posible acceder al aumento solicitado en el recurso de apelación por la parte demandante por las razones expuestas, pero se considera procedente actualizar las sumas reconocidas por el Tribunal Administrativo de Bolívar, así:

i) Lucro cesante

$$Ra = Rh \times \frac{\text{índice final (marzo de 2021)}}{\text{índice inicial (agosto de 2015)}}$$

$$Ra = \$69'685.979 \times \frac{107.12}{85.78}$$

$$Ra = \$87'022.173$$

Total perjuicio por lucro cesante: ochenta y siete millones veintidós mil ciento setenta y tres pesos (\$87'022.173).

ii) Daño emergente

$Ra = Rh \times \frac{\text{índice final (marzo de 2021)}}{\text{índice inicial (agosto de 2015)}}$

$$Ra = \$3'847.955 \times \frac{107.12}{85.78}$$

$$Ra = \$4'805.234$$

Total perjuicio por lucro cesante: cuatro millones ochocientos cinco mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$4'805.234).

7.- Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, subrogado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A

MODIFICAR el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia recurrida, esto es, la proferida en el proceso de la referencia el 28 de agosto de 2015 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Descongestión No. 002, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de caducidad de la acción, propuesta por la apoderada del Distrito de Cartagena, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al Distrito de Cartagena – Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de Cartagena, de la responsabilidad endilgada por la parte actora, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación-Fiscalía General de la Nación, de los perjuicios causados al señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la Nación-Fiscalía General de la Nación a reconocer y pagar por concepto de daño material en la modalidad de daño emergente la suma de cuatro millones ochocientos cinco mil doscientos treinta y cuatro pesos (\$4'805.234) y por lucro cesante la suma de ochenta y siete millones veintidós mil ciento setenta y tres pesos (\$87'022.173) al señor Ubaldo Antonio Aristizábal Buitrago.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil, y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 539 de 22 de febrero de 1995, modificado por el art. 1 del Decreto 4689 de 21 de diciembre de 2005. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado que ha venido actuando.

SEXTO: Sin condena en costas.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

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

NOVENO: Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se suscribe en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite

validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/evalidador>.

DÉCIMO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente

MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente

JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO