

REVISIÓN EVENTUAL – En acción de grupo / REVISIÓN EVENTUAL - Competencia de la Sala Especial de Decisión del Consejo de Estado

Corresponde a la Sala conocer de la solicitud de revisión eventual presentada respecto de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 29 de noviembre de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, los artículos 272 y 274 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como los artículos 13 y 29 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019, Reglamento Interno del Consejo de Estado

FUENTE FORMAL: LEY 1285 DE 2009 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 36 A / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 272 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 274 / ACUERDO 080 DE 2019 – ARTÍCULO 13 / ACUERDO 080 DE 2019 – ARTÍCULO 29

SOLICITUD DE GRUPO DEMANDANTE PARA QUE NO SE REVOQUE CONDENA – Improcedente / FIJAR HONORARIO DE ABOGADOS – Escapa de la finalidad del mecanismo eventual de revisión

Sobre el punto, la Sala precisa que tal petición escapa del objeto del mecanismo de revisión eventual, el cual, en los términos del artículo 272 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tiene como finalidad unificar jurisprudencia para lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica. (...) En ese entendido, no hay lugar a emitir pronunciamiento en relación con la petición de los miembros del grupo demandante pues, se reitera, tal solicitud escapa del objeto del mecanismo de revisión eventual

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 272

MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN – Origen / REVISIÓN EVENTUAL – Finalidad / REVISIÓN EVENTUAL – Procedencia

El mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares fue creado por la Ley 1285 de 2009, la cual a través de su artículo 11 adicionó el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia (...) el mecanismo de revisión eventual tiene como objetivo unificar jurisprudencia, por lo que esta Corporación se encuentra facultada para elegir para selección o no las providencias –autos o sentencias- que finalicen el proceso, según el tema, con el fin de que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos fácticos y jurídicos (...) En cuanto a su procedencia, el artículo 273 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que el mismo puede ser presentado en contra de las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante esta Corporación, en los siguientes casos: 1. Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales. 2. Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 272 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 273 / LEY 1285 DE 2009 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 36 A

PERJUICIO MORAL POR PÉRDIDA DE BIENES MATERIALES – Forma de acreditarlos en acciones de grupo / INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES – Aplicación de la figura de la presunción / PRESUNCIÓN DE LA AFECTACIÓN MORAL – Casos en los que resulta aplicable / ACREDITACIÓN DE PERJUICIO MORAL – Carga de la prueba

[L]a jurisprudencia del Consejo de Estado ha presumido la afectación moral en ciertos eventos que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, demuestran que el afectado con determinado daño ha de padecerlo, como son aquellos en los que se presenta una afectación de los derechos personalísimos de las víctimas y hay lugar a inferir el padecimiento moral. (...) Concretamente, resaltó que se trata de una presunción *iuris tantum* que ha sido reconocida tradicionalmente y que se mantiene en los casos de muerte para los familiares de la víctima, y para el directamente afectado y su núcleo familiar cuando se trate de lesiones personales. De igual manera, señaló como posibilidad adicional para presumir el daño moral aquellos casos relacionados con el desplazamiento forzado fruto del conflicto armado e, incluso, en eventos relativos a la privación injusta de la libertad (...) determinó como parámetro general que, en principio, el daño moral debe estar plenamente acreditado. Aceptó la posibilidad de aplicar la presunción de la afectación moral únicamente en casos puntuales de agravios a derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad y la dignidad humana, *“producto del análisis de las reglas de la experiencia y para evitar gravar a las víctimas con cargas excesivas”*. Adicionalmente, como pauta específica estableció que al tratarse de afectaciones a bienes o al derecho de propiedad, es obligación del interesado demostrar que tal daño trascendió del ámbito netamente material, ya que *“no toda pérdida material representa una afectación en la psiquis de quien la padece, susceptible de ser indemnizada”*. Así las cosas, es claro para esta Sala que en aquellos eventos en el que se pretenda la indemnización del perjuicio moral por daño o deterioro total o parcial de bienes materiales, el reclamante cuenta con la carga ineludible de acreditar la ocurrencia esa afectación de carácter moral, a través de los medios de prueba procedentes para el efecto, sin que le esté permitido al juez aplicar la figura de la presunción de los mismos

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 272 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 273 / LEY 1285 DE 2009 / LEY 270 DE 1996 – ARTÍCULO 36 A

NOTA DE RELATORÍA: Sobre las pautas que deben tenerse en cuenta en materia de perjuicios morales ver expediente 05001-23-31-000-2003-03502-02, Consejero ponente doctor Ramiro pazos Guerrero, sentencia del 1 de octubre de 2019

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL – Concepto / PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL – Como criterio para la modulación de las condenas impuestas al Estado / SOSTENIBILIDAD FINANCIERA – Alcance

El concepto de sostenibilidad fiscal fue introducido a la normativa colombiana mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política (...) [E]ste principio está dirigido a generar una disciplina en las finanzas públicas, con el objeto de que a futuro se reduzca el déficit fiscal, limitando la brecha entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Así mismo, (...) la sostenibilidad financiera se traduce en el instrumento a partir del cual se busca alcanzar progresivamente los objetivos y fines

esenciales del Estado. (...) [L]a sostenibilidad financiera constituye un criterio orientador que debe conducir a todas las ramas y órganos del poder público dentro de un marco de colaboración armónica, en los términos de la modificación realizada por el Acto Legislativo 03 de 2011 al artículo 334 de la Constitución Política

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 339 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 346

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la sostenibilidad fiscal como herramienta para la consecución de los fines del Estado ver Corte Constitucional C-870 de 2014

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL - Alcance / INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL - Trámite / INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL - Conocimiento / INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL - No es desistible

En virtud de la consagración constitucional de este principio, el Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo un mecanismo a partir del cual se busca proteger la sostenibilidad financiera cuandoquiera que la misma se pueda ver afectada. Así, a través de su artículo 1° se incorporó el incidente de impacto fiscal en el artículo 334 de la Constitución Política, según el cual el procurador general de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, deberán hacer uso de este instrumento cuando con ocasión de una sentencia proferida por una máxima corporación judicial se vislumbre una consecuencia adversa sobre las finanzas públicas. El trámite de este incidente fue regulado a través de la Ley 1695 de 2013, en cuyo artículo 2° se dispuso que procedería en contra de las sentencias o autos posteriores, proferidos por las altas cortes, cuando se afecte la sostenibilidad fiscal. Su conocimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° *ibidem*, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado cuya providencia es objeto del incidente. Este mecanismo es de carácter obligatorio, por lo que según el artículo 10° de la norma en comento, una vez sea notificado el auto que ordena su admisión no es posible desistir del mismo

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011 / LEY 1695 DE 2013 – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334

INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL – Objeto

El objeto del incidente de impacto fiscal consiste, principalmente, en determinar si procede la modulación de la decisión que, en concepto del solicitante, afecta la sostenibilidad financiera. Por tal razón, resulta necesario que en la solicitud se enuncien (i) las posibles consecuencias que tendría la providencia en las finanzas públicas, (ii) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias, (iii) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella en un marco de sostenibilidad fiscal y, adicionalmente (iv) anexar el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el caso concreto

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011 / LEY 1695 DE 2013 – ARTÍCULO 2 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la constitucionalidad de la Ley 1695 de 2013 ver C- 870 de 2014

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la calidad constitucional del incidente de impacto fiscal ver Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2014. Expediente IJ 25000-23-26-000-1999-00002-05. Demandante: Procuraduría General de la Nación. M.P. Enrique Gil Botero

PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA – Definición / PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA – Rango constitucional

[A]unque no se ha dado una definición concreta en la Constitución o la Ley, se traduce en el equilibrio que debe existir entre los recursos propios del Estado y los gastos que pueden ser atendidos con ellos, para evitar incurrir en un déficit de tipo fiscal que ponga en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas. Dada la importancia de este principio, adquirió rango constitucional mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que modificó el artículo 334 de la Carta Política, en el sentido de disponer que el Estado debía intervenir en la explotación de los recursos naturales, la utilización de los bienes y la administración de los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía y conseguir, *“en un marco de sostenibilidad fiscal”*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 03 DE 2011 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334

MECANISMO EVENTUAL DE REVISIÓN – Solo procede respecto de sentencias

[E]s de vital importancia que la alegación del solicitante esté debidamente fundamentada en los soportes que dan cuenta de los presuntos efectos negativos que la ejecución de la sentencia tendría sobre las finanzas públicas. En este punto, es necesario resaltar que el mecanismo únicamente procede frente a sentencias -o autos proferidos con posterioridad a ella-, dictados por una alta corte, y su conocimiento le corresponderá justamente a la corporación a la que pertenezca el magistrado ponente de la decisión. Tal precisión cobra relevancia porque, como se dijo en líneas anteriores, el incidente de impacto fiscal no puede ser presentado frente a una providencia dictada por los jueces o tribunales, aun si con la misma se pudiera afectar la sostenibilidad fiscal. Con todo, la Sala entiende que esta circunstancia obedece a la trascendencia económica que pueden conllevar las controversias puestas en conocimiento de las altas cortes, justamente por la cuantía de los procesos asignados a estas máximas corporaciones

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 334

CONSEJO DE ESTADO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA SEXTA ESPECIAL DE DECISIÓN

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá D.C., tres (3) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 13001-33-33-013-2012-00033-02(AG)REV

Actor: MARLENE RODRÍGUEZ ARRIETA Y OTROS

Demandado: DISTRITO DE CARTAGENA Y OTROS

Referencia: REVISIÓN EVENTUAL – ACCIÓN DE GRUPO

Temas: Perjuicios morales por pérdida de bienes materiales. Principio de sostenibilidad fiscal.

FALLO

Procede la Sala a pronunciarse sobre la solicitud de revisión eventual presentada por el Distrito de Cartagena respecto de la providencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 272 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, previas las siguientes consideraciones.

I. La demanda de acción de grupo

La señora Marlene Rodríguez Arrieta y otros (proceso 2012-00033) y la señora Maida Esther Pérez Castro y otros (proceso (2012-00162), interpusieron acción de grupo en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y CORVIVIENDA, por la omisión en tomar medidas preventivas para evitar el deslizamiento de tierra ocurrido en el año 2011 en el barrio San Francisco, sector Las Lomas y Sinaí, como consecuencia de las lluvias y de una falla geológica presente en dicho lugar, y por permitir el asentamiento humano en esa zona.

Como pretensiones formularon las siguientes:

Demanda 2012-00033.

“1. Declarar administrativamente responsable al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y CORVIVIENDA, de los perjuicios causados a los moradores y habitantes, damnificados, perjudicados, afectados o víctimas producto de la falta o

falla en el servicio de las entidades demandadas como consecuencia de la falla geológica que viene ocasionándose en el barrio San Francisco de la ciudad de Cartagena desde el año 1998, detectada en los estudios realizados por INGEOMINAS y AGUAS DE CARTAGENA que conllevaron a la expedición del Decreto 0282 de 7 de mayo de 1999, emanado de la Alcaldía Mayor de Cartagena de Indias, en el cual se decretó como zona de alto de riesgo gran parte del barrio San Francisco de esta ciudad.

2. Condenar y ordenar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias a:

2.1. Comprar las viviendas al precio de mercado para el metro cuadrado construido en estrato dos (2).

2.2. Que con fundamento en la Ley 2 de 1991 y el Decreto 2190 de 2009, y atendiendo los parámetros dados por dichas normas, aquellas viviendas cuyos avalúos irregulares, por cierto, arrojen una suma muy baja, se les compren sus viviendas o mejoras por el precio máximo de una casa de interés social, es decir 135 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como mínimo, más las mejoras voluptuosas que el bien tenga o se le hayan hecho para su embellecimiento o comodidad del núcleo familiar que la habita o habitaba.

2.3. A los grupos familiares que en la misma casa o vivienda tenían construcciones independientes donde habitaban los familiares cercanos del grupo familiar principal, e igualmente parejas, uniones maritales de hecho, que por no tener vivienda o mejoras propias, convivían con sus padres, hermanos, familiares y amigos cercanos en el mismo techo, es ello en una misma mejora o vivienda, se les (sic) entregue a cada grupo familiar una compensación económica para [que] ellos puedan solucionar su problemática de vivienda. Dicha compensación será ponderada por el Juez del conocimiento.

3. Condenar a las accionadas a cancelar a cada integrante del grupo la suma equivalente a 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como consecuencia del peligro inminente, la violación flagrante de sus derechos humanos, no haber atendido las recomendaciones realizadas por INGEOMINAS y AGUAS DE CARTAGENA y por ende el Decreto 0282 de 7 de mayo de 1999, emanado de la Alcaldía Mayor de Cartagena, en el cual se decretó como zona de alto riesgo gran parte del barrio San Francisco de esta ciudad y además se ordenaron una serie de medidas para mitigar y evitar una catástrofe mayor, como la ocurrida a finales del año 2010 y 2011.

4. Condenar a las accionadas a pagar a los comerciantes y madres comunitarias el valor de los daños y perjuicios causados a su actividad económica en atención que sus negocios en el primer caso, y el no poder seguir atendiendo a los menores en el segundo, les ha causado (sic)

5. Condenar a la parte demandada a pagar a los moradores y habitantes del barrio San Francisco los perjuicios ocasionados por las alteraciones de las condiciones de existencia, pues la vida habitual de estos, pues debieron abandonar sus residencias, donde tenían sus lazos de amistad y parentela.

6. Condenar a la demandada al pago de las costas para ellos (sic) se tendrá en cuenta lo dispuesto en los numerales 5 y 6 de la Ley 472 de 1998.”

Demanda 2012-00162.

“1. Se declare al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y a CORVIVIENDA administrativamente responsables de los daños y perjuicios acaecidos a raíz de la negligencia en no haber gestionado o realizado las medidas y las obras necesarias para evitar las pérdidas irreparables de las viviendas y otros bienes muebles de los habitantes del barrio San Francisco de esta ciudad, noviembre de ese año, y que se extendieron en parte del año 2011.

2. Que como consecuencia de lo anterior se ordene:

2.1. A las entidades demandadas pagar la suma de \$9.408.000.000, suma esta ponderada de las indemnizaciones individuales correspondientes a los daños materiales posible de ser cuantificados como son el de las viviendas destruidas, de los lucros cesantes y daños emergentes, tanto de los propietarios como de los poseedores.

2.2. Se cancelen perjuicios morales a razón de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los miembros del grupo demandante y de sus respectivas familias, además del daño material en su modalidad de lucro cesante y daño emergente correspondiente.

2.3. Que las sumas sean debidamente indexadas como lo establece el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

2.4. Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos que señala la Ley 1437 de 2011, y por tanto, se paguen los intereses dispuestos en dicha normativa.”

II. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, mediante fallo del 2 de diciembre de 2016, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR PROBADA LA FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., CORVIVIENDA y de la llamada en garantía Royal & Sun Alliance Seguros (Colombia) S.A., por las razones dadas en este fallo.

SEGUNDO. ACEPTAR la solicitud de exclusión del grupo que fuera presentada por la señora Maida Esther Pérez Castro.

TERCERO. DECLARAR responsable a la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como representante judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE en liquidación, y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a título de omisión, por no haber determinado la calidad y estabilidad de los terrenos donde se erigía el barrio San Francisco, permitiendo asentamientos humanos en la zona, lo que a la postre conllevó a la remoción en masa que implicó la desaparición de este barrio.

Como consecuencia de la anterior declaración, **ORDENAR** a la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como representante judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE en liquidación, y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, indemnizar a las personas que conforman el grupo, y que fueron establecidas en los considerandos de esta sentencia, así:

3.1. Pagar a cada uno de los integrantes del grupo que fue establecido en esta sentencia, la suma equivalente a setenta (70) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria del fallo, a título de perjuicios de orden moral.

3.2. Pagar, por concepto de perjuicios de orden material, las siguientes sumas de dinero a las personas que se relacionan:

(...)

3.3. Ordenar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias desalojar a las personas que aún viven en la zona de riesgo del barrio San Francisco, y proceder a cercar el lugar tomando las medidas policivas necesarias para evitar que nuevos asentamientos humanos se den en dicha zona.

Para lo anterior tendrá el término de seis (6) meses contados a partir de la ejecutoria de este fallo.

CUARTO. Los requisitos que deben cumplir los beneficiarios que han estado ausentes del proceso a fin de que puedan reclamar la indemnización correspondiente, en los términos establecidos en el artículo 61 de la Ley 472 de 1998 se encuentran señalados en la parte considerativa de la sentencia, para lo cual deberán concurrir en el término que señala el artículo 55 de la misma ley.

QUINTO. El monto de la indemnización de orden pecuniario, es ello la correspondiente a perjuicios morales y materiales, se entregará por la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como representante judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE en liquidación, y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, en los términos que señala el artículo 65 numeral 3° de la Ley 472 de 1998.

SEXTO. CONDENAR a la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como representante judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE en liquidación, y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, cancelar a favor de la parte actora costas y agencias en derecho. La liquidación de las mismas será realizada por la Secretaría, en los términos que señala el Código General del Proceso, una vez se encuentra en firme la presente providencia.

SÉPTIMO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

(...)¹

¹ Folios 302 a 584 del cuaderno anexo del expediente.

Para llegar a la anterior conclusión, explicó que de acuerdo con los estudios realizados por la Universidad de Cartagena, toda la zona de ladera que comprende el Cerro de La Popa, entre la que se encuentra el barrio objeto de la acción de grupo, es susceptible a la remoción en masa por las condiciones naturales de la misma y, por lo tanto, no era apta para la construcción de viviendas ni asentamientos humanos.

Agregó que la presencia de personas en el sector, quienes construyeron sus viviendas sin ningún tipo de condicionamiento técnico, y que lo hicieron ante la vista de las autoridades sin que estas adoptaran medida alguna al respecto, provocó la desestabilización de los taludes naturales, y por tanto, la caída en masa del terreno, como ocurrió entre el 2010 y el 2011.

Resaltó que los hechos omisivos a cargo del Distrito de Cartagena, como encargado del territorio, su regulación y utilización, eran evidentes pues permitió el asentamiento, inicialmente ilegal, y luego bajo procesos de autoconstrucción en terrenos que no eran aptos para ello.

Sostuvo que estaba demostrada la desidia de las autoridades al iniciar soluciones de vivienda por el entonces Instituto de Crédito Territorial, junto con el consentimiento silencioso que permitió la llegada de nuevos pobladores mediante procesos de invasión, a los cuales incluso se les brindaron los servicios públicos domiciliarios básicos, pavimentación de calles y obras civiles públicas.

Mencionó que la gran mayoría de dichos predios se encontraban identificados catastralmente y se les estableció un valor para el cobro del impuesto predial y valorización, lo cual mostraba que el ente territorial consideraba que la zona era urbanizable para efectos fiscales, sin cumplir con el mínimo que le asistía para determinar si era apta para el asentamiento humano.

Indicó que de acuerdo con el informe de la Universidad de Cartagena, el proceso de remoción en masa que afectó el barrio San Francisco no era imprevisible y pudo haberse evitado, ya que tenía más de 20 años de estarse presentando.

Agregó que si desde el año 1999 la autoridad distrital hubiere ejercido el poder policivo y demás competencias propias, al realizar estudios en el sector, evitar el aumento del nivel poblacional, hacer obras de ingeniería necesarias para reforzar taludes y terrazas, reforestar la zona para detener el proceso de erosión del Cerro de La Popa, ejecutar proyectos de reubicación y, en síntesis, hacer primar el bienestar general, no se estaría ante la presente situación.

Precisó que dichas omisiones, junto con la grave ola invernal de los años 2010 y 2011, conllevaron el derrumbe de la mayoría de viviendas en esa zona, la pérdida de muebles y enseres, el cierre de establecimientos de comercio y el desplazamiento de la población a otros sectores.

En cuanto a la responsabilidad de las entidades demandadas, estableció que las fallas por omisión eran atribuibles tanto al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena

de Indias, en lo que corresponde a las viviendas no dadas por el Instituto de Crédito Territorial, como a este último hoy representado por el Ministerio de Vivienda, pues fue la autoridad que estuvo encargada del proceso inicial de urbanización del barrio San Francisco.

III. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 29 de noviembre de 2018, modificó el numeral tercero del fallo de primera instancia en el sentido de declarar solidariamente responsables tanto al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

Lo anterior, al considerar que dicho ministerio representaba judicialmente al Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE, entidad que asumió los activos, pasivos, derechos y obligaciones del Instituto de Crédito Territorial, quien fue encontrada responsable del daño ocasionado a los demandantes al no realizar los estudios y análisis pertinentes previos a la urbanización de la zona, a pesar de tener a su cargo la planificación y construcción del barrio San Francisco, así como la compra y venta de los predios a los habitantes del sector.

Adicionalmente, se estableció que el listado de 1669 personas a las que se les reconoció la indemnización en primera instancia era insuficiente, por lo que ordenó el pago tanto a las 2469 personas que figuraban como titulares o jefes de núcleos familiares, como a los 3585 integrantes de dichos núcleos, de acuerdo con el último censo realizado en el barrio San Francisco.

De igual manera, se advirtió que no había lugar al reconocimiento de indemnización alguna por alteración de las condiciones de existencia, debido a que ese tipo de perjuicio desapareció de la jurisprudencia colombiana.

Sobre el punto de los perjuicios morales, destacó que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que aquellos no pueden ser presumidos cuando sean causados por la pérdida de las cosas, sino que su indemnización está supeditada a su plena acreditación dentro del proceso, pues la presunción solo está permitida en los casos de muerte, lesiones personales y daño a la salud.

Agregó que, no obstante lo anterior, esta Corporación ha cambiado su posición al admitir la presunción del daño moral en casos de desplazamiento forzado, considerando que el desplazamiento se produce debido a que las personas tienen que abandonar su domicilio en razón al riesgo que observan y que puede afectar su vida e integridad personal, peligro que se deriva de la amenaza directa por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia.²

² Para el efecto, citó la providencia del 15 de agosto de 2007, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado dentro de la acción de grupo con radicado 79001-23-31-000-2003-00385-01, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Con base en ello, consideró que los hechos objeto de la presente acción de grupo guardaban relación con tal postura, pues los habitantes del barrio San Francisco sufrieron un desplazamiento no voluntario con ocasión de la falla geológica que produjo la pérdida de sus viviendas, debido a la omisión del Distrito de Cartagena en actuar oportunamente para contrarrestar los efectos del fenómeno natural.

Sostuvo que la destrucción de las viviendas y la pérdida de los bienes de los accionantes es una situación que provoca sentimientos de tristeza, aflicción, desilusión, desesperación e incertidumbre, pues no tener a donde ir o a quien recurrir, y tener que desplazarse de forma repentina y sin planificar a otro lugar desconocido para habitar, genera un desarraigo que pudo afectar derechos fundamentales como la dignidad humana, vivienda digna y mínimo vital.

Por tal razón, concluyó que era dable presumir la ocurrencia del perjuicio moral en los demandantes, pues dada la importancia que la vivienda digna tiene para el ser humano y que es parte de su proyecto de vida, es incuestionable que su pérdida involuntaria acarrea aflicción y frustración en el individuo.

En tal medida, ordenó el reconocimiento de dichos perjuicios en favor de cada una de las 2469 personas registradas como propietarias y poseedoras en una cuantía de 40 s.m.m.l.v., y a los 3585 integrantes de los núcleos familiares el valor de 20 s.m.m.l.v. para cada uno, en atención a que su afectación moral pudo tener menor intensidad que la de los titulares del derecho de dominio o posesión.

Por último, se determinó que no estaban acreditados los perjuicios materiales relativos al desarrollo de actividades comerciales y se confirmó el fallo de primera instancia en lo demás.³

En virtud de lo anterior, en la parte resolutive del fallo se dispuso:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia apelada, el cual quedará así:

DECLARAR SOLIDARIAMENTE responsable a la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como representante judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE en liquidación, y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, a título de omisión, por no haber determinado la calidad y estabilidad de los terrenos donde se erigía el barrio San Francisco, permitiendo asentamientos humanos en la zona, lo que a la postre conllevó a la remoción en masa que implicó la desaparición de este barrio.

Como consecuencia de la anterior declaración, **ORDENAR** solidariamente a la Nación – Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como representante judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR INURBE en liquidación, y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, indemnizar a cada una de las personas damnificadas, relacionadas en el numeral 5.1.9

³ Folios 593 a 645 del Anexo 1 del expediente.

del acápite de hechos probados de la presente providencia, e informadas por la Oficina Asesora Para la Gestión del Riesgo de Desastres del Distrito de Cartagena, como damnificadas del barrio San Francisco, y contenidos en el CD que se adjunta a la presente providencia, en donde el listado de titulares o jefes de núcleos familiares se inicia con el señor ABEL ENRIQUE MORELS y termina con DEIVIS TAPIA ARÉVALO y el listado de los miembros de dichos núcleos se inicia con el señor GREGORIO GÓMEZ PÉREZ y termina con CÉSAR ENRIQUE ÁLVAREZ CASTILLO, así:

PERJUICIO INMATERIAL

3.1. Pagar a cada uno de los 2469 integrantes del grupo, relacionados en el Censo Actualizado informado por la Oficina Asesora Para la Gestión del Riesgo de Desastres del Distrito de Cartagena, identificados como propietarios y poseedores en el barrio San Francisco, obrante a folio 585 del cuaderno de segunda instancia del expediente, una suma equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria del fallo, a título de perjuicios de orden moral, los cuales se encuentran relacionados en el CD adjunto a la presente providencia, listado que empieza con el señor Abel Enrique Morelos Genes y finaliza con el señor Deivis Tapias Arévalo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

3.2. Pagar a cada uno de los 3585 integrantes de los núcleos familiares del barrio San Francisco, relacionados en el Censo Actualizado informado por la Oficina Asesora Para la Gestión del Riesgo de Desastres del Distrito de Cartagena, a título de perjuicio moral, una suma equivalente a 20 smlmv; los cuales se encuentran relacionados en el CD adjunto a la presente providencia, listado que empieza con el señor Gregorio Gómez Pérez y finaliza con el señor Enrique Álvarez Castillo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

PERJUICIO MATERIAL

3.2. (sic) Pagar, por concepto de perjuicios de orden material, las siguientes sumas de dinero a las personas que se relacionan:

(...)

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.”

IV. De las solicitudes de revisión eventual

1. Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias

Mediante escrito radicado el 21 de marzo de 2019, el apoderado del ente territorial solicitó la revisión eventual de la sentencia del 29 de noviembre de 2018, por considerar que contradice la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Al respecto, expresó que la finalidad de su solicitud es que se unifique la jurisprudencia existente en relación a:

a) La exigencia probatoria en las acciones de grupo sobre todo en lo que tiene que ver con la carga dinámica de la prueba tendiente a evidenciar o constatar el daño moral sufrido por las personas que conforman el grupo derivados de una lesión parcial o definitiva de un bien inmueble y, de los cuales son propietarios o poseedores.

Aseguró que el Tribunal Administrativo de Bolívar desconoció con su fallo la línea jurisprudencial del Consejo de Estado con relación a la prueba del daño moral, derivado de la lesión parcial o total de un bien inmueble.

Refirió que la autoridad judicial asimiló los efectos jurídicos de sentencias totalmente disímiles, como la surgida con ocasión del desplazamiento forzado en Colombia por violencia o actos delictivos, para obviar la carga dinámica que el ordenamiento jurídico le impone en materia probatoria a los demandantes en una acción de grupo, respecto de la indemnización perseguida.

Aclaró que lo pretendido en este punto, es que esta Corporación precise si con relación a las acciones de grupo la carga de la prueba respecto del daño moral que recae sobre la lesión parcial o definitiva de un bien inmueble, se aminora para el demandante grupal, o si por el contrario, el daño debe estar plenamente acreditado y lo que se aliviana es la acreditación de los perjuicios derivados de ese daño.

Indicó que no es posible afirmar que con el traslado al que se vieron abocadas las personas que integran el grupo, *per se*, se les ocasionó un perjuicio moral, sin estar demostrado en todos los casos el tiempo que llevaban poseyendo o habitando las viviendas, como para determinar el tejido social, el apego a su vivienda y a sus amigos, o acreditar bajo testimonios la pena moral afligida, ni existir prueba alguna de que tal pena fuera consecuencia de una acción u omisión por parte de las entidades demandadas.

Recalcó que la condena por perjuicios morales no tiene asidero probatorio en el *sub lite*, por cuanto los accionantes no fueron diligentes en procura de su prueba a través de testimonios, historias clínicas por depresión, tratamientos médicos, calificaciones de un médico legista, entre otros.

Mencionó que el Tribunal no hizo discriminación o análisis objetivo alguno al respecto, sino que su tasación fue más producto de un acto subjetivo y de mera liberalidad, sin exigir para tal efecto, la prueba contundente de su constatación.

Señaló que dicha apreciación fue expuesta por el magistrado José Rafael Guerrero Leal al salvar su voto en la sentencia de segunda instancia, pues aseguró que no podía presumirse la existencia de un daño moral cuando hay afectación de bienes patrimoniales, sino que su reconocimiento debía estar debidamente demostrado.

Reconoció que en este tipo de acciones, dada su naturaleza grupal, la prueba relativa al perjuicio moral debe ser más laxa o ponderada; sin embargo, arguyó

que su acreditación sí debe estar plenamente evidenciada, y no puede responder a indicios o conjeturas.

Aseveró que si esta Corporación decide revisar la sentencia proferida en este asunto, deberá fijar una posición concreta y exacta sobre el sentido que ha de darse de ahora en adelante a la valoración probatoria en las acciones de grupo, específicamente con relación a los daños morales derivados de la lesión parcial o definitiva de bienes inmuebles.

Sostuvo que, en ese orden de ideas, también deberá analizar la actuación desplegada por el Tribunal Administrativo de Bolívar y decidir si las indemnizaciones concedidas a cada integrante del grupo (70 smlmv) y a los familiares que habitaban las viviendas afectadas (20 smlmv), se otorgaron conforme a derecho y si se encuentran ajustadas al régimen jurídico probatorio establecido en las Leyes 472 de 1998, 1437 de 2011 y el Código General del Proceso.

Agregó que deberá aclararse si la libertad que tiene el juez para la valoración probatoria, le permite eximir de la certeza sobre la concreción del daño moral en favor del accionante grupal, o bajo qué condiciones le es dable inferir su existencia a través de indicios.

Para reforzar su postura, citó las sentencias que se enuncian a continuación, en las que se establece la posibilidad de reparar el daño moral que podría causar la pérdida de un bien inmueble, siempre y cuando tal situación esté debidamente fundamentada con pruebas que acrediten su existencia y magnitud:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 7 de marzo de 2012. Expediente 66001-23-31-000-1998-00284-01 (22380). M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 5 de abril de 2013. Expediente 23001-23-31-000-1998-10453-01 (25196). M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Expediente 70001-23-31-000-1998-00808-01 (44333). M.P. Enrique Gil Botero.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 10 de agosto de 2016. Expediente 50001-23-31-000-2000-10368-01 (37058). M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 21 de junio de 2018. Expediente 27001-23-31-000-2008-00078-01 (41520)A. M.P. María Adriana Marín.

b) La sostenibilidad fiscal como parámetro a tener en cuenta por los falladores a efectos de modular sus fallos para exigir el cumplimiento de los mismos, por parte de los entes territoriales.

Advirtió que la cuantía de la indemnización otorgada por el Tribunal a las personas que conforman el grupo pone en grave riesgo la situación financiera del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, e imposibilita que la ciudad acometa grandes proyectos para su desarrollo.

Informó que el monto concedido representa aproximadamente el 30% del presupuesto general de educación para la presente vigencia fiscal.

Resaltó que el tribunal no moduló los efectos patrimoniales de su sentencia, atendiendo a la realidad económica del ente territorial, ni ofreció alternativas efectivas para cumplir el fallo, necesarias si se tiene en cuenta que el distrito debe responder por un empréstito a la banca privada por más de \$250.000.000.000, adquirido por la anterior administración.

Aseguró que ordenar el pago inmediato de la condena ante una situación económica delicada, implicaría ingresar en un proceso de reestructuración administrativa y pondría en riesgo otras actividades que afectarían a la población en general.

Sobre la ponderación del pago de condenas como parámetro para respetar los principios de razonabilidad y sostenibilidad fiscal, citó los siguientes pronunciamientos:

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de tutela del 9 de mayo de 2018. Expediente 11001-03-15-000-2017-03460-00 (AC). M.P. César Palomino Cortés.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de junio de 2017. Expediente 11001-03-06-000-2017-00082-00 (2341). M.P. Édgar González López.

En conclusión, solicitó que se revise la sentencia del 29 de noviembre de 2018, con la finalidad de que se unifique la jurisprudencia en lo referido al daño moral y al principio de sostenibilidad fiscal.

Adicionalmente, pidió que se suspenda la ejecución del fallo mientras se resuelve el mecanismo de revisión eventual.⁴

⁴ Folios 723 a 753 del cuaderno anexo del expediente

2. Nación, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

El apoderado de la entidad, mediante escrito radicado el 28 de marzo de 2019, solicitó la revisión eventual de la sentencia del 29 de noviembre de 2018 con base en los siguientes argumentos:

Indicó que resultaba necesario unificar jurisprudencia en el presente asunto, toda vez que se trata del análisis de derechos de gran relevancia social y económica.

Precisó que la inmensa condena produce un impacto negativo para el desarrollo de las políticas públicas que adopta e implementa el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio sobre la vivienda para las personas menos favorecidas.

Comentó que imponer una condena en su contra, bajo el argumento de que se financió la autoconstrucción de viviendas en la zona, afecta la sostenibilidad de los proyectos de interés social cuyo costo es cada vez mayor.

Reiteró que esta controversia tiene gran relevancia social, pues con la sentencia se está afectando el desarrollo de políticas que tienen como objetivo la protección de la población más vulnerable del país.

Manifestó que el presente caso es de trascendencia económica debido a las altas cifras adoptadas en el fallo del 29 de noviembre de 2019, que sobrepasan de manera evidente el presupuesto del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, pues se ordenó la indemnización de 3585 personas.

Alegó que dicha sentencia, que condenó la financiación de viviendas que presentan deterioros pasados más de veinte años desde su autoconstrucción, conducirá a que la entidad enfrente miles de demandas en todo el país bajo el argumento de que basta la condición de financiador de un proyecto para que le sean imputables los daños de un inmueble.

Comentó que el fallo condenatorio contra las dos entidades asciende aproximadamente a \$163.189.145.378,68, sumas de dinero que generan un gran impacto al erario y pone en riesgo la estabilidad y seguridad jurídica de las instituciones del Estado.

Refirió que existen mecanismos de protección frente a condenas como la que es objeto de controversia, como lo es el incidente de impacto fiscal, creado mediante el Acto Legislativo 03 de 2011 como una herramienta para modular, modificar o diferir los efectos de las sentencias condenatorias, en aras de garantizar la sostenibilidad de la autoridad condenada.

Consideró que debía unificarse jurisprudencia sobre la naturaleza de la acción de grupo, específicamente, en lo relacionado con la obligación de acreditar una causa común del daño.

Afirmó que en el caso concreto no se acreditó dicha prerrogativa, debido a que las causas que identificó el tribunal no cumplían el requisito de uniformidad.

Explicó que los hechos generadores del daño no tienen la unidad que permita inferir una causa común del mismo, por lo que la demanda debió ser inadmitida desde el principio.

Sostuvo que no fueron tenidas en cuenta las distintas circunstancias de tiempo, modo y lugar que afectaron a los integrantes del grupo, y se condenó al ministerio por hechos que ocurrieron 30 años después de su participación en los proyectos de autoconstrucción.

Adujo que no se acreditó la existencia de un nexo común con los responsables, pues la acción u omisión que se les atribuyó no es idéntica.

Mencionó que no se demostró que la afectación de las viviendas provino de un mismo hecho con varios responsables, pues conforme se expresó en la sentencia de segunda instancia, el daño pudo tener origen en varios hechos que se presentaron en distintas épocas.

Alegó que también era necesario unificar jurisprudencia sobre la caducidad de la acción de grupo.

Destacó que en el Consejo de Estado existen dos posturas en cuanto al inicio del término de caducidad en las acciones de grupo: i) desde la fecha en que se conoce el daño causado a las viviendas y ii) desde el momento en que cesa la acción vulneradora.

Por lo anterior, aseveró que al no existir una posición unificada sobre el tema, debía unificarse jurisprudencia al respecto, ya que la sentencia cuestionada adoptó la segunda tesis, sin tener en cuenta que los hechos imputados al ministerio cesaron en los años sesenta.

Explicó que el tribunal no tuvo en cuenta que el programa de vivienda apoyado por el Instituto de Crédito Territorial inició en 1969 y concluyó en 1973, y no fue sino hasta el año 1998 que se percibió el problema de agrietamiento causado por las fallas geológicas del terreno.

Agregó que tal circunstancia no fue la causa eficiente del daño ocasionado a las construcciones, ya que las deficiencias en la planeación urbanista no estaban funcionalmente a cargo de dicho instituto.

Señaló que, por lo anterior, se desconoció que no cualquier contribución en la generación de algún perjuicio puede ser imputada al demandado, pues debe tratarse de una causa eficiente o determinante para la producción del daño alegado.

Recalcó que el derrumbe de las viviendas en el 2011 obedeció a causas externas al proceso de autoconstrucción, como lo es la falla geológica existente en el terreno, la ola invernal que atravesó el país para esa época, así como el comportamiento de los habitantes de la zona y del Distrito de Cartagena.

Argumentó que en la sentencia se omitió realizar el estudio sobre la causa adecuada para imputar el daño al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Indicó que se describieron varios comportamientos y omisiones, en su mayoría vinculados al Distrito de Cartagena, para explicar las causas posibles del derrumbe, sin exponer la forma en que cada uno esos hechos fueron eficaces en la producción del daño.

Advirtió que el tribunal aplicó la teoría de la equivalencia de las condiciones para imputar el daño al ministerio, tesis que fue excluida por la jurisprudencia de las altas cortes desde tiempos remotos por conducir a decisiones injustas.

Refirió que esta Corporación debe unificar la jurisprudencia sobre la tesis de la causalidad adecuada en las acciones de grupo, con el objeto de que la imputación del daño se realice con sujeción a los principios, normas y desarrollos jurisprudenciales vigentes sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

Comentó que existen importantes pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en los que se ha establecido que las afectaciones de viviendas provienen de acciones u omisiones del constructor o del municipio, mas no de los financiadores de los proyectos o planes de urbanismo.

Por otra parte, alegó que el tribunal no usó medios de prueba idóneos y conducentes para identificar a los miembros del grupo, puesto que de acuerdo con la información que consta en el censo realizado por la Oficina Asesora para la Gestión del Riesgo de Desastre, no se tuvieron en cuenta las circunstancias fácticas del caso para diferenciar aspectos esenciales como: i) quiénes fueron beneficiarios del programa realizado por el Instituto de Crédito Territorial en el barrio San Francisco durante los años 1967 y 1973; ii) quiénes llegaron al barrio antes de 1999, fecha en la cual se expidió el Decreto Distrital 0282; y iii) quiénes llegaron después de esta última fecha.

Sostuvo que no se analizaron otros medios de convicción que dieran certeza de si los miembros del grupo tenían domicilio en esa zona en las fechas indicadas.

Indicó que en el fallo se debió precisar (i) que la Nación solo tenía vínculo con el grupo de habitantes beneficiarios del programa de vivienda de interés social hasta 1973, (ii) que el Distrito de Cartagena estaba vinculado con el grupo de personas que llegaron antes de 1999 pues permitió el asentamiento de esta población, y (iii) que el tercer grupo llegó al barrio a sabiendas de que no podían construir en esa zona por ser de alto riesgo.

Manifestó que el tribunal pasó por alto que 504 personas ya se han beneficiado con la entrega de solución de vivienda, por lo que se corre el riesgo de que se genere un doble pago a favor de los integrantes del grupo.

Refirió que, de hecho, esos 504 beneficiarios debieron ser excluidos del censo que tuvo en cuenta la autoridad judicial, lo que demuestra la falta de rigor en la sentencia al verificar la condición de damnificados alegada por los miembros del grupo.

Alegó que en el fallo cuestionado se presumieron los daños morales derivados de la afectación de viviendas, en contravía de la línea jurisprudencial desarrollada por el Consejo de Estado, según la cual los perjuicios inmateriales derivados del daño a bienes deben acreditarse plenamente por quien los alega.

Lo anterior, por cuanto frente a éstos no operan las presunciones e indicios permitidos para condenar a indemnización por daños a la persona.

Por último, solicitó la suspensión de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Bolívar pues, teniendo en cuenta los criterios expuestos por esta Corporación, es posible que cuando no se encuentren acreditados los criterios para determinar el grupo y la individualización de sus miembros, se tenga que suspender el fallo porque la entidad corre el riesgo de hacer pagos que no correspondan, situación que en últimas implicaría solicitar las devoluciones pertinentes a través de una actuación dispendiosa y dilatoria que victimizaría a la comunidad afectada.

Precisó que este caso comporta una situación fáctica similar que amerita la suspensión de la sentencia hasta que se definan tales circunstancias.

Pidió que, de no encontrar procedente la suspensión de la providencia, se tuviera en consideración como medida preventiva la regulación del incidente de impacto fiscal.⁵

V. Intervenciones

1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

Mediante escrito radicado el 28 de junio de 2019 en la Secretaría General de esta Corporación, el director de Defensa Jurídica Nacional de la entidad manifestó su intención de coadyuvar el mecanismo de revisión eventual presentado por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Para el efecto, reiteró integralmente los argumentos expuestos en la solicitud de revisión y solicitó que se suspenda el cumplimiento o ejecución de la sentencia del 29 de noviembre de 2018, a través de la cual se condenó a dicho ministerio al

⁵ Folios 723 a 753 del cuaderno anexo del expediente

pago de \$163.189.145.378, bajo el argumento de que se le imputó responsabilidad sin haber incurrido en acción u omisión alguna.⁶

2. Damnificados del barrio San Francisco, Cartagena

A través de escrito radicado el 19 de julio de 2019 en la Secretaría General del Consejo de Estado, reiterado en memorial del 13 de agosto siguiente, un grupo de aproximadamente 900 personas que conformaron la parte demandante dentro del proceso de la referencia, solicitaron que no se seleccione para su revisión la sentencia del 29 de noviembre de 2018.

Precisaron que desde la catástrofe ocurrida en el barrio San Francisco de la ciudad de Cartagena no tienen un techo en donde vivir, pues perdieron sus viviendas por una omisión del Estado.

Alegaron que las solicitudes de revisión eventual presentadas en este asunto constituyen una típica maniobra dilatoria por parte de las entidades condenadas, porque la providencia no se encuadra en los eventos que establece el artículo 273 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para ser seleccionada por esta Corporación.

Recalaron que con este mecanismo se pretende atacar un fallo que fue proferido por la autoridad competente al interior de un trámite en el que se respetaron los derechos fundamentales de las partes, por lo que se está utilizando como un recurso que no existe respecto de la sentencia de segunda instancia.

Agregaron que las entidades piden que el Consejo de Estado realice un análisis probatorio, lo cual no es procedente pues dicha etapa ya concluyó.

Consideraron que los temas que se trataron en la sentencia han sido objeto de distintos pronunciamientos por parte de esta Corporación, por lo que no existe necesidad alguna de unificar jurisprudencia.

Mencionaron que desde que se venció el término para cumplir con el pago ordenado en el fallo se han causado cuatro mil millones de pesos por concepto de intereses moratorios, rubro que podría ascender hasta los cuarenta y ocho mil millones de pesos mientras se resuelve el mecanismo de revisión eventual, de acuerdo al tiempo que se demore en ser resuelto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Por lo anterior, sostuvieron que seleccionar la sentencia de 29 de noviembre de 2018 para revisión podría ocasionar un detrimento del patrimonio público.

En tal medida, pidieron que se deniegue la solicitud de revisión eventual presentada por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.⁷

⁶ Folios 858 a 868 vuelto del expediente.

3. Luis Alfonso Correa Martínez

En su calidad de abogado coordinador del grupo, radicó memorial el 23 de agosto de 2019 en el que solicitó que no se seleccione para su revisión la sentencia cuestionada.

Respecto de las solicitudes presentadas por las entidades se pronunció en los siguientes términos:

Manifestó que no había operado el fenómeno jurídico de la caducidad pues se trataba de unos hechos continuos o de tracto sucesivo, pues el deterioro o desplome de las viviendas no se dio en un solo momento, sino que se presentaron paulatinamente con el transcurso del tiempo.

Afirmó que en los eventos en los que el daño es continuado, el término de caducidad empieza a contarse a partir de que cese la acción vulneradora, circunstancia que en la actualidad no ha ocurrido pues aun existen aproximadamente 300 núcleos familiares que habitan en el área afectada por la falla geológica.

Agregó que los habitantes del sector tampoco conocieron de la declaratoria de alto riesgo del barrio San Francisco y sus alrededores, por lo que el término tampoco puede contabilizarse desde la expedición del Decreto 0280 del 7 de mayo de 1999.

Señaló que si la demanda se presenta antes de que se haya vencido algún término de caducidad, debe entenderse que fue radicada en tiempo para todos los miembros del grupo.

Advirtió que existen abundantes pronunciamientos del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, tanto en materia de caducidad de las acciones de grupo como del daño moral, por lo que no es necesario unificar jurisprudencia en ese aspecto.

Recalcó que las entidades demandadas utilizan el mecanismo de revisión eventual como una tercera instancia para controvertir la legalidad del fallo de segunda instancia, por lo que de accederse a su solicitud se desconocería el principio de la doble instancia.

Mencionó que el principio de sostenibilidad fiscal no podía ser tenido como excusa para no acatar una orden judicial.

Explicó que la demanda fue instaurada el 26 de julio de 2012, el fallo de primera instancia fue proferido el 27 de enero de 2017 ordenando el pago de cien mil millones de pesos aproximadamente, mientras que la sentencia de segunda

⁷ Folios 881 a 886 del expediente.

instancia fue dictada el 29 de noviembre de 2018 y notificada el 8 de marzo de 2019, modificando la condena a la suma de \$163.189.145.378,68, por lo que se evidenciaba que las entidades habían contado con tiempo suficiente para gestionar los recursos para proceder al pago.

Sostuvo que el incidente de impacto financiero es improcedente porque únicamente puede ser interpuesto en contra de sentencias de altas cortes.

Adujo que los demandantes son personas de especial protección constitucional por las condiciones de extrema pobreza en que viven, la poca formación académica y el alto grado de vulnerabilidad, entre otros, sumado al hecho de que muchos de los damnificados fueron menores de edad, adultos mayores y personas con discapacidades físicas y mentales.

Indicó que se presentó una falla en el servicio en la modalidad de omisión administrativa que ocasionó la pérdida de las viviendas de 2469 núcleos familiares, circunstancia que ha llevado a que ese número de familias se encuentre deambulando por las calles de Cartagena y municipios aledaños por más de ocho años sin un techo donde habitar.

Al igual que lo manifestado en el escrito presentado por los damnificados del barrio San Francisco, consideró que durante el tiempo que se demore en proferirse una decisión de fondo dentro del presente mecanismo de revisión eventual, puede ocasionarse un grave detrimento patrimonial por cuenta de los intereses moratorios que sean causados, por lo que solicitó que no se seleccione para revisión la sentencia del 29 de noviembre de 2018.⁸

VI. Auto que selecciona sentencia para revisión eventual

El Consejo de Estado, Sección Quinta, mediante auto del 23 de octubre de 2019, seleccionó para revisión la sentencia del 29 de noviembre de 2018, en los siguientes términos:

*“Así las cosas, la Sala seleccionará para su revisión la sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, con el fin de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo **unifique su jurisprudencia sobre (i) la forma de acreditar los perjuicios morales por pérdida de bienes materiales en acciones de grupo, (ii) la posibilidad de aplicar la figura de la presunción para decretar la indemnización por este tipo de perjuicios y (iii) la facultad que tiene el juez de la acción de grupo para modular el cumplimiento de las condenas impuestas a los entes territoriales, en respeto de los principios de razonabilidad y sostenibilidad fiscal.**”* (Se resalta)

En primer lugar, se precisó que la solicitud de revisión promovida por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio fue radicada de manera extemporánea, por lo que los argumentos allí expuestos no serían tenidos en cuenta.

⁸ Folios 1002 a 1018 del expediente.

Por otra parte, respecto de las afirmaciones expresadas por el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, se concluyó que había lugar a seleccionar el fallo referido en aras de unificar aspectos importantes en el trámite de las acciones de grupo.

Específicamente, se resaltó la necesidad de seleccionar la providencia para determinar si se respetó la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre la forma de demostrar los perjuicios morales causados por la pérdida de bienes materiales o si, por el contrario, se aplicaron posturas distintas sobre el particular, al haber sido presumida su existencia en el trámite de la acción de grupo de la referencia.

De igual manera, se consideró pertinente su selección para unificar jurisprudencia sobre la facultad que tiene el juez de la acción de grupo para modular el cumplimiento de las condenas impuestas a los entes territoriales, en respeto de los principios de razonabilidad y sostenibilidad fiscal.

Por último, se accedió a la solicitud de suspensión de la ejecución del fallo, comoquiera que la decisión que se adopte en el presente asunto puede tener incidencia en la liquidación de la condena.

Al respecto, se advirtió que no era posible continuar con el cumplimiento de la sentencia y ordenar que se adelante un trámite de pago que pudiera tener que rehacerse en virtud de las medidas que se llegaren a decretar en el *sub lite*, máxime si se tiene en cuenta el monto al que asciende la indemnización concedida y que un eventual yerro en su liquidación puede afectar ostensiblemente el patrimonio público.

VII. Intervenciones posteriores

Mediante escrito radicado el 6 de noviembre de 2019 en la Oficina de Correspondencia de esta Corporación, algunos de los miembros del grupo demandante dentro de la acción de grupo solicitaron que al resolver el presente asunto no se disminuya la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, de ser el caso, que se defina si los honorarios de su abogado deben estar a cargo de las entidades condenadas.

VIII. Consideraciones

1. Competencia

Corresponde a la Sala conocer de la solicitud de revisión eventual presentada respecto de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 29 de noviembre de 2018, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, los artículos 272 y 274 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así como los artículos 13 y 29 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019, Reglamento Interno del Consejo de Estado.

2. Cuestión previa

Mediante escrito radicado el 6 de noviembre de 2019 en la Oficina de Correspondencia de esta Corporación, algunos de los miembros del grupo demandante dentro de la acción de grupo de la referencia solicitaron que no se disminuya la condena impuesta por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, de ser el caso, se defina si los honorarios de su abogado deben estar a cargo de las entidades condenadas.

Sobre el punto, la Sala precisa que tal petición escapa del objeto del mecanismo de revisión eventual, el cual, en los términos del artículo 272 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tiene como finalidad unificar jurisprudencia para lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica.

Adicionalmente, se recuerda que de acuerdo con el auto del 23 de octubre de 2019, la sentencia del 29 de noviembre de 2018 fue seleccionada para su revisión con el fin de establecer los parámetros a tener en cuenta a la hora de acreditar los perjuicios morales por pérdida de bienes materiales y la posibilidad que tiene el juez de la acción de grupo para modular sus fallos, en respeto del principio de sostenibilidad fiscal.

En ese entendido, no hay lugar a emitir pronunciamiento en relación con la petición de los miembros del grupo demandante pues, se reitera, tal solicitud escapa del objeto del mecanismo de revisión eventual.

3. Del mecanismo eventual de revisión.

El mecanismo de revisión eventual en materia de acciones populares fue creado por la Ley 1285 de 2009, la cual a través de su artículo 11 adicionó el artículo 36 A de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, en los siguientes términos:

"Artículo 36A. Del mecanismo de revisión eventual en las acciones populares y de grupo y de la regulación de los recursos extraordinarios. En su condición de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, a petición de parte o del Ministerio Público, el Consejo de Estado, a través de sus Secciones, en los asuntos que correspondan a las acciones populares o de grupo podrá seleccionar, para su eventual revisión, las sentencias o las demás providencias que determinen la finalización o el archivo del respectivo proceso, proferidas por los Tribunales Administrativos, con el fin de unificar la jurisprudencia.

La petición de parte o del Ministerio Público deberá formularse dentro de los ocho (8) días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia con la cual se ponga fin al respectivo proceso; los Tribunales Administrativos, dentro del término perentorio de ocho (8) días, contados a partir de la radicación de la petición, deberán remitir, con destino a la correspondiente Sala, Sección o

Subsección del Consejo de Estado, el expediente dentro del cual se haya proferido la respectiva sentencia o el auto que disponga o genere la terminación del proceso, para que dentro del término máximo de tres (3) meses, a partir de su recibo, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo resuelva sobre la selección, o no, de cada una de tales providencias para su eventual revisión. Cuando se decida sobre la no escogencia de una determinada providencia, cualquiera de las partes o el Ministerio Público podrán insistir acerca de su selección para eventual revisión, dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de aquella...”

En tales condiciones, el mecanismo de revisión eventual tiene como objetivo unificar jurisprudencia, por lo que esta Corporación se encuentra facultada para elegir para selección o no las providencias –autos o sentencias- que finalicen el proceso, según el tema, con el fin de que se apliquen las mismas directrices en casos que compartan iguales supuestos fácticos y jurídicos.

Dicho propósito se plasmó de forma más clara en el artículo 272 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así:

“La finalidad de la revisión eventual establecida en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia, adicionado por artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, es la de unificar la jurisprudencia en tratándose de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo y, en consecuencia, lograr la aplicación de la ley en condiciones iguales frente a la misma situación fáctica y jurídica”.

En cuanto a su procedencia, el artículo 273 de la Ley 1437 de 2011 dispuso que el mismo puede ser presentado en contra de las sentencias o providencias que determinen la finalización o archivo de los procesos promovidos para la protección de los derechos e intereses colectivos y la reparación de daños causados a un grupo, proferidas por los Tribunales Administrativos, que no sean susceptibles del recurso de apelación ante esta Corporación, en los siguientes casos:

1. Cuando la providencia objeto de la solicitud de revisión presente contradicciones o divergencias interpretativas, sobre el alcance de la ley aplicada entre tribunales.
2. Cuando la providencia objeto de la solicitud se oponga en los mismos términos a que se refiere el numeral anterior a una sentencia de unificación del Consejo de Estado o a jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

Bajo este entendido, la revisión eventual tiene como finalidad la aplicación de los mismos postulados a casos que guarden similitudes fácticas y jurídicas, de allí que el numeral segundo del artículo 273 del CPACA, permita que este mecanismo sea promovido, incluso, para determinar si la providencia cuestionada contradice el criterio sostenido tradicionalmente por el Consejo de Estado sobre un punto de

derecho, ya sea en sentencias de unificación o en jurisprudencia reiterada sobre la materia.

Su conocimiento está asignado, en principio, a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en los términos del artículo 36A de la Ley 270 de 1996 y del párrafo 1, artículo 12 del Reglamento Interno⁹.

Sin embargo, por virtud del mismo reglamento, se asignó el conocimiento de este mecanismo a las Salas Especiales de Decisión en los siguientes términos:

ARTÍCULO 29.- Las Salas Especiales de Decisión decidirán los siguientes asuntos de competencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

- 1. Los recursos extraordinarios de revisión interpuestos contra las sentencias de las Secciones o Subsecciones del Consejo de Estado.*
- 2. Los recursos extraordinarios de súplica asignados a las Salas Especiales Transitorias de Decisión creadas por el artículo 3º de la Ley 954 de 2005, mientras estuvo vigente.*
- 3. Los demás procesos que les sean asignados por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.*
- 4. Las revisiones eventuales en materia de acciones populares y de grupo que a la fecha de entrada en vigencia del presente acuerdo estén pendientes de decisión por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, las cuales quedarán asignadas a la respectiva Sala Especial de Decisión a la que pertenezca el ponente, en los términos de este Acuerdo. (Se resalta)***

Así mismo, se dispuso que las Salas Especiales podrían devolver los asuntos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando consideren necesario modificar o unificar la jurisprudencia, así:

ARTÍCULO 31.- En caso de que las Salas Especiales de Decisión consideren necesario modificar o unificar la jurisprudencia de la Sala Plena, devolverán el asunto a esta última para que decida lo pertinente, en los términos de los artículos 111 y 271 de la Ley 1437 de 2011.

La Ley 1437 de 2011 también reguló el alcance del mecanismo al reiterar que su finalidad es la de unificar la jurisprudencia para lograr la aplicación de la ley en condiciones de igualdad frente a idénticas situaciones fácticas y jurídicas, al tiempo que estableció algunas reglas para la selección de los asuntos. (Se resalta)

En cumplimiento de las normas en cita, procede la Sala a proferir sentencia en el caso concreto, una vez se estudien los motivos que sustentaron la solicitud de revisión eventual con el fin de determinar si la providencia del 29 de noviembre de 2018 se encuentra ajustada a los postulados de esta Corporación sobre los temas objeto de revisión.

⁹ Acuerdo 080 de 2009. Artículo 12, párrafo 1. “Seleccionado el asunto para su revisión, la Sala Plena de lo Contencioso decidirá sobre la misma”.

4. Aspectos objeto de pronunciamiento

Con base en la solicitud de revisión eventual, se analizará en primer lugar lo relativo a los perjuicios morales por pérdida de bienes materiales y la forma en que los mismos pueden ser acreditados, para luego estudiar el tema referente al principio de sostenibilidad fiscal y la posibilidad del juez de la acción de grupo de modular el cumplimiento de sus fallos.

3.1. De los perjuicios morales por pérdida de bienes materiales

En criterio del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con la sentencia del 29 de noviembre de 2018 se desconocieron los postulados de esta Corporación, relativos al deber de demostrar en debida forma la existencia de perjuicios morales por pérdida de bienes materiales.

Con fundamento en lo anterior, se consideró necesario seleccionar la sentencia en cuestión con el fin de unificar la jurisprudencia sobre (i) la forma de acreditar los perjuicios morales por pérdida de bienes materiales en las acciones de grupo y (ii) la posibilidad de aplicar la figura de la presunción para decretar la indemnización por este tipo de perjuicios.

No obstante, se advierte que la Sala Especial de Decisión Doce de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia del 1° de octubre de 2019 dictada dentro del expediente 05001-23-31-000-2003-03502-02, con ponencia del magistrado Ramiro Pazos Guerrero¹⁰, ya precisó las pautas que deben tenerse en cuenta en casos como el presente en los siguientes términos:

En primer lugar, refirió que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha presumido la afectación moral en ciertos eventos que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, demuestran que el afectado con determinado daño ha de padecerlo, como son aquellos en los que se presenta una afectación de los derechos personalísimos de las víctimas y hay lugar a inferir el padecimiento moral.

Al respecto, indicó que el 28 de agosto de 2014, la Sección Tercera de esta Corporación unificó su jurisprudencia sobre la presunción del daño moral en algunos eventos específicos y sus correspondientes topes indemnizatorios.

Concretamente, resaltó que se trata de una presunción *iuris tantum* que ha sido reconocida tradicionalmente y que se mantiene en los casos de muerte para los

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Providencia del 1 de octubre de 2019. Expediente 05001-23-31-000-2003-03502-02. Actor: Miguel Correa Flórez y otros. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

familiares de la víctima¹¹, y para el directamente afectado y su núcleo familiar cuando se trate de lesiones personales¹².

De igual manera, señaló como posibilidad adicional para presumir el daño moral aquellos casos relacionados con el desplazamiento forzado fruto del conflicto armado e, incluso, en eventos relativos a la privación injusta de la libertad.

Sobre el particular, sostuvo:

“De igual manera, también se ha considerado que la situación de desarraigo a la que se ven enfrentadas las víctimas de desplazamiento forzado permite presumir la afectación moral que padecen, lo que se ha reconocido inclusive al fallar acciones de grupo derivadas de afectaciones propias del conflicto armado interno¹³, postura que ha sido reiterada pacíficamente en la Sección¹⁴, bajo la consideración adicional de que sería desproporcionado exigir la carga de la acreditación de ese perjuicio a quien se encuentra en las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran quienes padecen dicho flagelo. La Sección Tercera también se ha ocupado de establecer una presunción y escala de indemnización en casos de restricción injusta del derecho a la libertad¹⁵”.

En cuanto al tema de la pérdida de bienes materiales, recordó que de tiempo atrás la postura mayoritaria de esta Corporación ha sido la de exigir la demostración del perjuicio moral que de allí se desprenda.

Sobre el punto, citó un pronunciamiento del 13 de mayo de 2004¹⁶, en el que la Sección Tercera del Consejo de Estado se manifestó sobre el particular, así:

“A propósito de los daños morales, la doctrina ha considerado que éstos son “esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria”¹⁷.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 28 de agosto de 2014, exp. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio, 27709, M.P. Carlos Alberto Zambrano y 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de febrero de 2006, exp. 2001-00213, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁴ Consejo de Estado, sentencia de 15 de agosto de 2007, exp. 2003-00385, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, exp. 2002-00226-01 (AG), M.P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁷ RENATO SCOGNAMIGLIO. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. traducción de Fernando Hineirosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962. pág. 46.

No obstante, la Sala ha adoptado un criterio más amplio, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, inclusive el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, **siempre que, como sucede en relación con cualquier clase de perjuicios, aquéllos sean demostrados en el proceso**¹⁸.

Para que haya lugar a la reparación del perjuicio basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. Corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión. La intensidad del daño es apreciable por sus manifestaciones externas; por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. Sin embargo, la jurisprudencia puede inferir su existencia en casos como el de la muerte de los parientes más allegados.

En consecuencia, aunque en eventos como el presente, la pérdida de los bienes materiales destinados a la subsistencia o comercialización puede causar perjuicios morales, en el caso concreto no se reconocerán porque éstos no se acreditaron directamente ni se encuentran probados otros hechos de los cuales puedan inferirse tales perjuicios.” (Resaltado por la Sala Especial de Decisión Doce de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo)

Adicionalmente, advirtió que en sentencia del 6 de noviembre 2005, se denegó la pretensión relativa a la indemnización del perjuicio moral causado por las pérdidas materiales que dejó el ataque de un grupo al margen de la ley, debido a que “no se demostró la existencia de perjuicios morales, por la destrucción o deterioro de las viviendas de propiedad del grupo afectado”, ni se constató “la existencia de un daño moral sufrido por los demandantes u otras personas con ocasión del ataque guerrillero”¹⁹.

A renglón seguido, recordó que en el proceso que se adelantó por el derrumbe del relleno sanitario “Doña Juana”, se indemnizó el daño moral ocasionado a las víctimas con respaldo en las evidencias allegadas al plenario.

En concreto, expuso:

“En el caso de los daños derivados del derrumbe en el relleno sanitario “Doña Juana”, se debatía en segunda instancia la posibilidad de indemnizar el daño moral a las víctimas, que para el Distrito Capital (apelante), no estaba acreditado. En ese caso se reconoció dicho perjuicio en razón de las evidencias aportadas y con la claridad de que no se indemnizaba afectación por ser los demandantes propietarios de inmuebles sino por el hecho de residir en la zona en la que debieron soportar olores ofensivos que, de acuerdo con las pruebas recaudadas, generó un grado de zozobra en ellos que ameritaba reparación. Así se analizó:

¹⁸ Sentencia del 24 de septiembre de 1987, Exp. 4039.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 6 de noviembre de 2005, expo. 2005-00948, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

El Distrito en su apelación señaló que en el proceso no se demostró la existencia de daño moral. La Sala no comparte esta apreciación por las razones que se expondrán a continuación.

El daño moral atiende principalmente "...a cubrir la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, o menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de determinado límite que no transvase a lo patológico²⁰". Así las cosas, de la prueba testimonial y documental recaudada se puede colegir que las consecuencias ambientales generadas por el derrumbe del relleno sanitario de Doña Juana generó en la población afectada una sensación de angustia y miedo, por el desconocimiento de los efectos que sobre su salud podía llegar a tener la exposición continua al aire contaminado por las basuras. Si bien es cierto que en el proceso se demostró una actividad de información del distrito posterior al desastre, al presentarse la emergencia ésta fue insuficiente, razón por la cual la comunidad se sumió en una situación de incertidumbre, aumentada por las afecciones que presentaban y que fueron atendidas en las diferentes unidades móviles de salud y Hospitales. En consecuencia, en este punto se confirmará la sentencia de primera instancia.

Por ende, la Sala considera con el a quo, que de conformidad con las reglas de la experiencia, las afectaciones de las que se habla, tuvieron un impacto negativo sobre la interioridad de los habitantes de los barrios circunvecinos al relleno. Debe tenerse en cuenta que se trata de personas de bajos recursos, circunstancia que dificulta la posibilidad de desplazamiento o reubicación. Por este motivo, el daño moral se predicará de las personas que para la época del derrumbe del relleno residían, estudiaban o trabajaban en cualquiera de las zonas afectadas, de acuerdo con el mayor o menor impacto recibido según los criterios que se determinarán en esta sentencia para el pago de la indemnización. Se excluye como criterio de pertenencia al grupo la prueba de la propiedad de inmuebles, pues se insiste, lo relevante es el haber habitado efectivamente en los barrios sobre los que recayó el impacto ambiental negativo."

De forma similar, mencionó un caso estudiado por la Sección Tercera de esta Corporación, en el que se despachó desfavorablemente la pretensión de indemnización del daño moral por la pérdida y afectación de cultivos a causa de inundaciones, recalcando la necesidad de la prueba de tal afectación, así:

"Ahora bien, en lo relativo a los perjuicios morales reclamados verifica la Sala que ninguna actividad probatoria desplegó la parte accionante para demostrar la efectiva causación de dichos perjuicios, que deben aparecer probados en el proceso para que puedan ser indemnizados. En efecto, aunque la jurisprudencia de esta jurisdicción ha presumido el daño moral de los familiares en casos de muerte de una persona y de estos y de la víctima en caso de enfermedad o lesión grave, no ocurre así con las pérdidas materiales,

²⁰ GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá, Editorial Temis. Quinta edición.

frente a las que la afectación moral no se presume y debe ser demostrada por quien pretende se le indemnice. Como así no ocurrió en el presente proceso, se negarán la suma pretendidas por tal concepto”.²¹

En esa misma línea, refirió que la jurisprudencia reciente de esta Corporación, con base en los precedentes de la Sección Tercera sobre el tema en mención, ha aceptado el reconocimiento del daño moral por la pérdida de bienes inmuebles *“siempre y cuando aquél esté debidamente fundamentado con pruebas que acrediten su existencia y magnitud”*²².

Con base en todo lo anterior, determinó como parámetro general que, en principio, el daño moral debe estar plenamente acreditado.

Aceptó la posibilidad de aplicar la presunción de la afectación moral únicamente en casos puntuales de agravios a derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la libertad y la dignidad humana, *“producto del análisis de las reglas de la experiencia y para evitar gravar a las víctimas con cargas excesivas”*.

Adicionalmente, como pauta específica estableció que al tratarse de afectaciones a bienes o al derecho de propiedad, es obligación del interesado demostrar que tal daño trascendió del ámbito netamente material, ya que *“no toda pérdida material representa una afectación en la psiquis de quien la padece, susceptible de ser indemnizada”*.

Así las cosas, es claro para esta Sala que en aquellos eventos en el que se pretenda la indemnización del perjuicio moral por daño o deterioro total o parcial de bienes materiales, el reclamante cuenta con la carga ineludible de acreditar la ocurrencia esa afectación de carácter moral, a través de los medios de prueba procedentes para el efecto, sin que le esté permitido al juez aplicar la figura de la presunción de los mismos.

En tales condiciones, al ya haberse fijado en oportunidad anterior los parámetros a tener en cuenta a la hora de acreditar el perjuicio moral por pérdida de bienes materiales, así como la imposibilidad de presumir su existencia por parte del juez de conocimiento, resulta innecesario emitir un pronunciamiento adicional al respecto.

Por lo tanto, frente a este punto se acogen íntegramente las directrices sentadas por la sentencia de la Sala Especial de Decisión Doce de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de octubre de 2015, exp. 2002-00351, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de mayo de 2004, expediente AG2002-00226, CP. Ricardo Hoyos; Subsección A, sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 20.109. CP: Hernán Andrade Rincón; sentencia del 11 de noviembre de 2009, expediente 17.119, CP: Mauricio Fajardo Gómez; Subsección C, sentencia de 9 de julio de 2014, expediente 44333, CP: Enrique Gil Botero; Subsección B, sentencia del 13 de noviembre de 2014, exp. 33727, CP: Stella Conto Díaz del Castillo y Subsección A, sentencia del 3 de agosto de 2017, exp. 73001-23-31-000-2010-00639-01(43476).

3.2. Del principio de sostenibilidad fiscal como parámetro para la modulación de las condenas impuestas al Estado

El concepto de sostenibilidad fiscal fue introducido a la normativa colombiana mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política, así:

*“ARTICULO 334. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir **en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal**, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. **Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.***

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.” (Se resalta)

“ARTICULO 339. Modificado por el art. 2, Acto Legislativo 003 de 2011. Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general

se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución, **dentro de un marco que garantice la sostenibilidad fiscal.**

(...)” (Resaltado no es del texto original)

“ARTICULO 346. Modificado por el art. 3, Acto Legislativo 003 de 2011. El Gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura.

El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo (...).” (Se resalta)

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de dicho acto legislativo mediante sentencia C-288 de 2012, en la que identificó el contenido y alcance del principio de sostenibilidad fiscal, los cuales fueron recogidos posteriormente en la sentencia C-870 de 2014.

Al respecto, el Alto Tribunal indicó que a partir de la doctrina económica, el concepto de sostenibilidad fiscal no es uniforme, pero distintas definiciones apuntan a enmarcarlo en la *“necesidad que los Estados mantengan una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficit fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica”*.

En ese sentido, refirió que este principio está dirigido a generar una disciplina en las finanzas públicas, con el objeto de que a futuro se reduzca el déficit fiscal, limitando la brecha entre los ingresos nacionales y los gastos públicos.

Así mismo, recalcó que la sostenibilidad financiera se traduce en el instrumento a partir del cual se busca alcanzar progresivamente los objetivos y fines esenciales del Estado.

Sobre el punto, precisó:

*“La Corte encuentra que dicha estructura argumentativa pierde fuerza de convicción cuando se advierte que **la SF, en realidad no es un principio constitucional, sino una herramienta para la consecución de los fines del ESDD.** No es válido concluir, en ese orden de ideas, que la SF redefina los objetivos esenciales del Estado, en tanto un instrumento de ese carácter no impone un mandato particular. **Puede ser comprendida, a lo sumo, como una medida de racionalización de la actividad de las autoridades, pero en todo caso sometida a la consecución de los fines para el cual fue consagrada en la Constitución.** Por ende, no es viable sostener que la SF deba ponderarse con los principios constitucionales fundamentales, habida*

consideración que un marco o guía para la actuación estatal carece de la jerarquía normativa suficiente para desvirtuar la vigencia de dichos principios, limitar su alcance o negar su protección por parte de las ramas y órganos del Estado. En otros términos, no puede plantearse un conflicto normativo, ni menos aún una antinomia constitucional, entre la sostenibilidad fiscal y los principios fundamentales del ESDD, pues están en planos jerárquicos marcadamente diferenciados.”

Así mismo, advirtió que la sostenibilidad financiera constituye un criterio orientador que debe conducir a todas las ramas y órganos del poder público dentro de un marco de colaboración armónica, en los términos de la modificación realizada por el Acto Legislativo 03 de 2011 al artículo 334 de la Constitución Política.

En este punto, sostuvo que la figura orientadora de la sostenibilidad financiera no trae de suyo un carácter coactivo en su aplicación.

Concretamente, estableció:

*“El reconocimiento del citado rol, en palabras de la Corte, **descarta la existencia de un carácter coactivo en la aplicación de la SF, en relación con el cumplimiento de las funciones a cargo de las autoridades estatales.** Esta conclusión se refuerza por el hecho de que el mismo acto de reforma acoge una fórmula de empleo de la SF basada en (i) la plena vigencia de las competencias de las autoridades que integran el poder público, en los términos previstos en el artículo 123 de la Constitución y (ii) en la adopción del modelo de separación de poderes, el cual admite la presencia de controles recíprocos, en un marco que le otorga un peso fundamental al principio de colaboración armónica, como expresiones del sistema de frenos y contrapesos. **En todo caso, su papel como criterio orientador excluye cualquier intervención que, por vía de la SF, (a) permita reemplazar a un poder constituido en el ejercicio de sus competencias o (b) conduzca a incidir con un grado tal de intensidad que anule su autonomía e independencia.**”²³*

Por otra parte, destacó que en virtud de los artículos 250 y 366 de la Constitución, la sostenibilidad fiscal se somete a una cláusula prohibitiva consistente en que el gasto público es prioritario.

Según lo anterior, en criterio de la Corte, existe *“una relación de dependencia jerárquica entre la consecución de los fines propios del citado componente del presupuesto nacional, el cual se concreta en la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable, y la aplicación de la [sostenibilidad financiera] en la intervención del Estado en la economía”*.²⁴

Igualmente, recalcó que el mentado principio también debe estar presente en las etapas de planeación presupuestal, de manera que en las actuaciones que se desplieguen para ordenar el gasto, se preserven los objetivos antes expuestos y exista coherencia en el manejo de la política fiscal.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Por último, la Corte Constitucional estableció que la calidad orientadora que ostenta el concepto de sostenibilidad financiera, no puede ser usado como excusa para impedir la protección de derechos fundamentales:

*“(...)A partir de lo expuesto, no cabe duda de que **la SF como criterio orientador, bajo ninguna circunstancia puede ser utilizada para contrariar los postulados del Estado Social de Derecho o para impedir la realización efectiva de los derechos fundamentales, los cuales, como se ha expuesto de forma reiterada por este Tribunal, no se limitan a los nominalmente previstos como tales en la Constitución, sino que también incluyen todas aquellas prestaciones jurídicas que estén relacionadas funcionalmente con la garantía de la dignidad humana, que puedan traducirse o concretarse en derechos subjetivos y sobre cuya fundamentalidad existan consensos dogmáticos o de derecho internacional, legal o jurisprudencial**”.*²⁵

En virtud de la consagración constitucional de este principio, el Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo un mecanismo a partir del cual se busca proteger la sostenibilidad financiera cuandoquiera que la misma se pueda ver afectada.

Así, a través de su artículo 1° se incorporó el incidente de impacto fiscal en el artículo 334 de la Constitución Política, según el cual el procurador general de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, deberán hacer uso de este instrumento cuando con ocasión de una sentencia proferida por una máxima corporación judicial se vislumbre una consecuencia adversa sobre las finanzas públicas.

El trámite de este incidente fue regulado a través de la Ley 1695 de 2013, en cuyo artículo 2° se dispuso que procedería en contra de las sentencias o autos posteriores, proferidos por las altas cortes, cuando se afecte la sostenibilidad fiscal.

Su conocimiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° *ibidem*, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado cuya providencia es objeto del incidente.

Este mecanismo es de carácter obligatorio, por lo que según el artículo 10° de la norma en comento, una vez sea notificado el auto que ordena su admisión no es posible desistir del mismo.

El objeto del incidente de impacto fiscal consiste, principalmente, en determinar si procede la modulación de la decisión que, en concepto del solicitante, afecta la sostenibilidad financiera. Por tal razón, resulta necesario que en la solicitud se enuncien (i) las posibles consecuencias que tendría la providencia en las finanzas públicas, (ii) las condiciones específicas que explican dichas consecuencias, (iii) los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

ella en un marco de sostenibilidad fiscal y, adicionalmente (iv) anexar el concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre el caso concreto.

Admitido el incidente, se llevará a cabo la audiencia de que trata el artículo 11 de la Ley 1695 de 2013, en la cual el solicitante explicará las consecuencias de la decisión en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento. En esta diligencia participarán las partes en el proceso y podrán presentar su posición frente al incidente.

Además, la norma es clara en establecer que el ministro de Hacienda y Crédito Público debe participar en la audiencia y será parte en todo el proceso, independientemente de si la solicitud fue presentada por el procurador general de la Nación o cualquier otro ministro.

Finalmente, la autoridad judicial a la que le haya correspondido el conocimiento del incidente, deberá dictar sentencia en la que, como se dijo, defina si hay lugar a modular, modificar o diferir los efectos de la decisión cuestionada sin que le esté dado cambiar el sentido del fallo y, en todo caso, buscando evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

La Corte Constitucional se pronunció frente al incidente de impacto fiscal a través de la sentencia C-870 de 2014, en la que se estudió la constitucionalidad de la Ley 1695 de 2013.

Sobre el particular, indicó:

“En conclusión, el incidente de impacto fiscal es un procedimiento establecido para abrir un espacio de diálogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador General de la Nación y las Altas Cortes, con miras a determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la sostenibilidad fiscal. Por su propia naturaleza, el incidente debe someterse a un proceso sui generis, en el que el legislador puede establecer reglas particulares y concretas que determinen el alcance de sus diferentes etapas procesales. Con todo, en el desarrollo de dicha atribución, se deben respetar los aspectos procedimentales expresamente definidos por el Constituyente, los cuales fueron resumidos con anterioridad. Entre ellos se destacan los siguientes: (i) la distinción existente entre decisión y efectos de una sentencia, con miras a preservar la garantía de la cosa juzgada; (ii) la carga de motivar toda decisión judicial, en especial cuando se hace uso de las alternativas de modular, modificar o diferir los efectos de un fallo; y (iii) la imposibilidad de que el trámite del incidente de impacto fiscal menoscabe los derechos fundamentales, restrinja su alcance o niegue su protección efectiva. En el fondo esta última condición es una proyección de la cláusula prohibitiva referente a la garantía de los citados derechos frente a la sostenibilidad fiscal.”

26

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

De manera similar ha sido estudiado este concepto por la Sala Plena de esta Corporación, que en sentencia del 25 de noviembre de 2014²⁷ se refirió en los siguientes términos:

En primer lugar, consideró que el incidente de impacto fiscal es un “incidente constitucional”, pues se suma a los demás mecanismos traídos en la Constitución Política para la defensa de derechos de diversa índole, como lo son las acciones de tutela, popular, repetición, grupo, cumplimiento y la pérdida de investidura.

Igualmente, resaltó que el mismo procede únicamente contra sentencias proferidas por las altas cortes, lo cual implica que las decisiones adoptadas por los jueces y tribunales no son susceptibles de este mecanismo, al margen de que puedan llegar a producir un impacto fiscal negativo en las finanzas públicas.

Por otra parte, señaló que únicamente puede ser promovido por el procurador general de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, por lo que las partes no pueden hacerlo autónomamente y deben valerse de los sujetos autorizados por la Constitución.

Así mismo, expuso que la solicitud debe satisfacer unos requisitos mínimos, de los cuales el más importante era la verificación de que en realidad la providencia produce un impacto fiscal negativo, pues con ella se pretende alterar parcialmente los efectos de la cosa juzgada de la decisión.

En cuanto a la protección de la sostenibilidad financiera mediante el incidente de impacto fiscal, advirtió:

***“No obstante, la jurisdicción debe tener claro que este principio de sostenibilidad fiscal no puede afectar la justicia ya impartida, cuando se trata de obtener el pago de la condena impuesta a las entidades estatales, pues esta Alta Corte no perderá de vista que tan importante como el fisco es la justicia, y que so pretexto de lograr el equilibrio económico no se sacrificará el derecho, sobre el cual se debe construir no sólo la economía sino también otros sectores que conforman a la sociedad. En estos términos, la sostenibilidad fiscal se considerará con la importancia que le ha dado la Constitución, pero en el contexto de los demás valores y principios también constitucionales, cuya protección hace parte de la consolidación de un auténtico Estado, no sólo de derecho sino también de un Estado que practica la justicia y la administra prontamente, no a cuenta gotas, con la amenaza, para los litigantes, de que una vez triunfan su derecho puede aún verse en entredicho para exigirlo. De esta manera, una regla de ponderación que se tendrá que imponer exigirá que el manejo presupuestal sea el que principalmente soporte la carga de la indemnización, y no nuevamente el patrimonio del favorecido con la condena, quien durante muchos años habrá venido haciéndolo, y por eso debe ser extraordinario que continúe en esa actitud, pues ha esperado la justicia tiempo suficiente.*”**

²⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2014. Expediente IJ 25000-23-26-000-1999-00002-05. Demandante: Procuraduría General de la Nación. M.P. Enrique Gil Botero

(...)

En otras palabras, le corresponderá a las Altas Cortes examinar con el máximo cuidado que los derechos no queden condicionados injustamente y hasta odiosamente a un criterio fiscal eficientista, ajeno a la justicia del caso concreto, porque de no moderarse y exigirse que esté a disposición de la garantía de la justicia y de los derechos, puede tiranizarlos y someterlos a la lógica económica, sin consideración a la justicia individual y colectiva, en la que también se fundan la sociedad y el derecho.”²⁸ (Se resalta)

En este punto, recalcó la importancia de que se erigiera a la sostenibilidad fiscal como un criterio orientador de la política económica del Estado, pues buscar un equilibrio entre los ingresos y gastos constituye una condición necesaria para la prudente administración de los recursos públicos.

Concretamente, esta Corporación definió el mencionado principio en los siguientes términos:

*“Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de sostenibilidad fiscal –incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos-, es claro que, por lo menos, **alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que produzcan crisis fiscales que no atienden la prioridad de gasto con los recursos escasos.** Por esto, elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal, en el contexto indicado, ayuda a construir políticas públicas serias y maduras que atiendan la necesidad de prevenir esas crisis.*

*Desde este punto de vista, **que el Estado no simplemente pueda gastar sino que lo haga con orden y disciplina; y que no sólo atienda las necesidades de la población sino que consulte la capacidad real de pago para hacerlo,** entre otras relaciones posibles, es una perspectiva responsable sobre la manera de realizar el gasto público, en un contexto de seriedad y compromiso con el país, desde el punto de vista de su capacidad para asumir proyectos y obligaciones.*

*En esta medida, **la sostenibilidad fiscal “orienta” -como lo expresa el art. 334 de la Constitución Política- las actuaciones de todas las ramas y órganos del Estado, de manera que inspira una especie de línea conductora de gestión de los recursos públicos, y de los proyectos asociados a su inversión, sometiendo al sentido que infunde la adopción de decisiones económicas.**”²⁹ (Resaltado no es del texto original)*

De lo hasta aquí expuesto, es claro el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia al principio de sostenibilidad fiscal.

²⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 25 de noviembre de 2014. Expediente IJ 25000-23-26-000-1999-00002-05. Demandante: Procuraduría General de la Nación. M.P. Enrique Gil Botero

²⁹ Ídem.

En efecto, aunque no se ha dado una definición concreta en la Constitución o la Ley, se traduce en el equilibrio que debe existir entre los recursos propios del Estado y los gastos que pueden ser atendidos con ellos, para evitar incurrir en un déficit de tipo fiscal que ponga en riesgo la estabilidad de las finanzas públicas.

Dada la importancia de este principio, adquirió rango constitucional mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que modificó el artículo 334 de la Carta Política, en el sentido de disponer que el Estado debía intervenir en la explotación de los recursos naturales, la utilización de los bienes y la administración de los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía y conseguir, *“en un marco de sostenibilidad fiscal”*, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

Así mismo, estipuló que la sostenibilidad fiscal debía orientar a las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

En aras de garantizar la eficacia de este principio, el legislador introdujo el incidente de impacto fiscal como un mecanismo al cual puede acudir el procurador general de la Nación o alguno de los ministros del Gobierno, cuandoquiera que una decisión proferida por una de las altas Cortes altere la sostenibilidad fiscal.

En los términos del inciso final del artículo 334 de la Constitución y de la Ley 1695 de 2013, se trata de un trámite incidental con el cual se busca poner de presente la posible afectación de las finanzas públicas mediante una providencia proferida por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales.

Por ello, no basta con afirmar que la decisión afecta la sostenibilidad fiscal, sino que en la solicitud deben establecerse las posibles consecuencias adversas que tendría la decisión y las condiciones específicas que las ocasionan, así como los planes concretos que ofrece el Estado para cumplir la providencia sin desconocer los derechos reconocidos por la autoridad judicial.

Lo anterior, por cuanto con este incidente se busca atacar, en cierta medida, el principio de cosa juzgada que cubre la decisión, al pretender que se modulen, modifiquen o difieran sus efectos.

Entonces, es de vital importancia que la alegación del solicitante esté debidamente fundamentada en los soportes que dan cuenta de los presuntos efectos negativos que la ejecución de la sentencia tendría sobre las finanzas públicas.

En este punto, es necesario resaltar que el mecanismo únicamente procede frente a sentencias -o autos proferidos con posterioridad a ella-, dictados por una alta corte, y su conocimiento le corresponderá justamente a la corporación a la que pertenezca el magistrado ponente de la decisión.

Tal precisión cobra relevancia porque, como se dijo en líneas anteriores, el incidente de impacto fiscal no puede ser presentado frente a una providencia dictada por los jueces o tribunales, aun si con la misma se pudiera afectar la sostenibilidad fiscal.

Con todo, la Sala entiende que esta circunstancia obedece a la trascendencia económica que pueden conllevar las controversias puestas en conocimiento de las altas cortes, justamente por la cuantía de los procesos asignados a estas máximas corporaciones.

No obstante, debe recordarse que este principio tiene un carácter orientador que, en virtud del artículo 334 de la Carta Política, debe conducir de manera armónica a todas las ramas y órganos del poder público.

Por lo tanto, independientemente de que no exista un mecanismo de este tipo frente a las decisiones de los jueces y tribunales, es claro para la Sala que por mandato constitucional el principio en mención debe estar inmerso en sus actuaciones.

En efecto, toda autoridad, ya sea administrativa, legislativa o judicial, debe velar por la protección de la sostenibilidad fiscal; sin embargo, tal prerrogativa no puede ser usada, bajo ninguna circunstancia, como excusa para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección.

En ese orden de ideas, es claro para la Sala que aun sin que tenga que hacerse uso del incidente de impacto fiscal, los jueces de la república, independiente del nivel en el que se encuentren, pueden abogar por la protección de la sostenibilidad fiscal en sus decisiones.

Lo anterior, dado el rango constitucional que adquirió la salvaguarda de las finanzas públicas y la necesidad de que los órganos y ramas del poder público desempeñen sus funciones con respeto tanto de los ciudadanos como del patrimonio público.

Así, no encuentra esta Sala impedimento alguno para que las autoridades judiciales apliquen al principio de sostenibilidad fiscal para determinar la forma en que se debe dar cumplimiento a las órdenes que impartan en una providencia, siempre que en el marco de su autonomía consideren que al proceder de esta manera se propende por la defensa de las finanzas públicas y, en todo caso, que esto no conlleve un desconocimiento de los derechos debidamente reconocidos a las partes en el proceso.

Al respecto, se precisa que el uso de esta facultad será de carácter potestativo por parte del juez de conocimiento, en virtud del principio de autonomía judicial, y atendiendo en todo caso a criterios de razonabilidad y a los elementos de prueba que brinden certeza sobre la necesidad de modificar, en cierta medida, los estrictos términos que otorga la ley en cada proceso para el cumplimiento de una orden judicial.

Por eso mismo, para la Sala es evidente que en casos como el que nos ocupa, el juez de la acción de grupo también cuenta con la posibilidad de determinar la forma en que las entidades deben cumplir las órdenes impartidas en la sentencia.

Efectivamente, si al decidir de fondo la acción de grupo, la autoridad judicial considera que con la sentencia puede llegarse a afectar la sostenibilidad fiscal, podrá dentro de su autonomía adoptar las medidas que considere pertinentes para, de un lado, proteger de manera inequívoca los derechos del grupo demandante y, de otro, velar por la defensa de las finanzas públicas.

Se reitera que esta prerrogativa es de carácter facultativo pues, como quedó establecido, la sostenibilidad fiscal es entendida bajo un criterio orientador de la actuación de las autoridades, así que su aplicación no puede realizarse de forma coactiva. Además, deberá atender siempre a criterios de razonabilidad y al material probatorio que evidencie la posible afectación de las finanzas del Estado.

Así las cosas, será siempre el juez de la acción de grupo el que decida de forma autónoma si hay mérito o no para determinar una forma distinta a la dispuesta en la ley para cumplir con las obligaciones que resuelva imponer en la sentencia.

4. Del caso concreto

Realizadas las precisiones anteriores, corresponde a la Sala determinar si la sentencia objeto de revisión se ajusta o no a los lineamientos expuestos en relación con la forma de acreditar los perjuicios morales por pérdida de bienes materiales, y con el principio de sostenibilidad fiscal como parámetro para la modulación de las condenas impuestas al Estado en acciones de grupo.

Según se tiene, los demandantes interpusieron una acción de grupo en contra del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y CORVIVIENDA, por la omisión en tomar medidas preventivas para evitar el deslizamiento de tierra que ocurrió en el año 2011 en el barrio San Francisco, sector Las Lomas y Sinaí, como consecuencia de las lluvias y de una falla geológica presente en dicho lugar, y por permitir el asentamiento humano en esa zona.

En primera instancia, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena declaró responsables al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena, a título de omisión, por no haber determinado la calidad y estabilidad de los terrenos en donde se erigió el barrio que resultó afectado y por permitir los asentamientos humanos en la zona.

Por lo anterior, ordenó a las entidades indemnizar a los integrantes del grupo en una suma equivalente a 70 s.m.m.l.v. por concepto de daño moral para cada persona, junto con el pago de perjuicios de orden material en las cuantías relacionadas en esa providencia.

Así mismo, dispuso que el monto de la condena debía ser entregada al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 29 de noviembre de 2018, modificó el numeral tercero del fallo de primera instancia en el sentido de declarar solidariamente responsables tanto al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio como al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

Adicionalmente, se estableció que el listado de 1669 personas a las que se les reconoció la indemnización en la sentencia de primer grado era insuficiente, por lo que ordenó el pago tanto a las 2469 personas que figuraban como titulares o jefes de núcleos familiares, como a los 3585 integrantes de dichos núcleos, de acuerdo con el último censo realizado en el barrio San Francisco.

De igual manera, ordenó el reconocimiento de perjuicios de tipo moral en favor de cada una de las 2469 personas registradas como propietarias y poseedoras en una cuantía de 40 s.m.m.l.v., y a los 3585 integrantes de los núcleos familiares el valor de 20 s.m.m.l.v. para cada uno, en atención a que su afectación moral pudo tener menor intensidad que la de los titulares del derecho de dominio o posesión.

Sobre el punto, indicó que la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado ha precisado que aquellos no pueden ser presumidos cuando sean causados por la pérdida de las cosas, sino que su indemnización está supeditada a su plena acreditación dentro del proceso, pues la presunción solo está permitida en los casos de muerte, lesiones personales y daño a la salud.

Agregó que, no obstante lo anterior, esta Corporación ha cambiado su posición al admitir la presunción del daño moral en casos de desplazamiento forzado, considerando que el desplazamiento se produce debido a que las personas tienen que abandonar su domicilio en razón al riesgo que observan y que puede afectar su vida e integridad personal, peligro que se deriva de la amenaza directa por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia.

Con base en ello, consideró que los hechos objeto de la presente acción de grupo guardaban relación con tal postura, pues los habitantes del barrio San Francisco sufrieron un desplazamiento no voluntario con ocasión de la falla geológica que produjo la pérdida de sus viviendas, debido a la omisión del Distrito de Cartagena en actuar oportunamente para contrarrestar los efectos del fenómeno natural.

Sostuvo que la destrucción de las viviendas y la pérdida de los bienes de los accionantes es una situación que provoca sentimientos de tristeza, aflicción, desilusión, desesperación e incertidumbre, pues no tener a donde ir o a quien recurrir, y tener que desplazarse de forma repentina y sin planificar a otro lugar desconocido para habitar, genera un desarraigo que pudo afectar derechos fundamentales como la dignidad humana, vivienda digna y mínimo vital.

Por tal razón, concluyó que era dable presumir la ocurrencia del perjuicio moral en los demandantes, pues dada la importancia que la vivienda digna tiene para el ser humano y que es parte de su proyecto de vida, es incuestionable que su pérdida involuntaria acarrea aflicción y frustración en el individuo.

Finalmente, confirmó en todo lo demás el fallo de primera instancia.

De lo anterior, resulta indiscutible que a través de la sentencia del 29 de noviembre de 2018 sí se desconocieron los parámetros establecidos por esta Corporación en materia de perjuicios morales.

En efecto, del estudio de la providencia objeto de revisión se evidencia la aplicación de la figura de la presunción de los perjuicios morales de manera indebida pues, de acuerdo con los lineamientos expuestos en líneas anteriores, a las autoridades judiciales les está vedado presumir la existencia de este tipo de perjuicios cuando se trata de pérdida o deterioro de bienes materiales.

Si bien el Consejo de Estado ha admitido la posibilidad de presumir los perjuicios morales, lo cierto es que ello ha ocurrido únicamente en los estrictos eventos que fueron enunciados de manera preliminar al análisis del caso concreto.

La posibilidad de presumir la afectación moral, como quedó establecido en la sentencia proferida por la Sala Doce Especial de Decisión de esta Corporación el 1° de octubre de 2019, ha sido permitida únicamente en casos específicos como la muerte, las lesiones personales, el desplazamiento forzado fruto del conflicto armado interno y la privación injusta de la libertad.

Dicha providencia, que como se dijo es acogida íntegramente por esta Sala, determinó que al tratarse de afectaciones a bienes o al derecho de propiedad, es obligación del interesado demostrar que tal daño trascendió del ámbito netamente material, ya que *“no toda pérdida material representa una afectación en la psiquis de quien la padece, susceptible de ser indemnizada”*.

Por eso, es claro que con la sentencia del 29 de noviembre de 2018 sí se desconocieron los lineamientos que esta Corporación ha establecido tradicionalmente en materia de acreditación de los perjuicios morales.

Ahora bien, resulta del caso precisar que aunque el Tribunal Administrativo de Bolívar consideró procedente presumir los perjuicios morales en este caso, bajo el argumento de que el Consejo de Estado lo había hecho en procesos por desplazamiento forzado como el sufrido por los accionantes, lo cierto es que en esos eventos el fenómeno de desplazamiento se presentó en virtud del conflicto armado interno, lo cual difiere sustancialmente del presente asunto.

La anterior distinción encuentra asidero en el análisis diferencial que se realiza en ese tipo de procesos, justamente porque es la violencia causada por el conflicto interno la que ha ocasionado el desplazamiento de las víctimas, lo cual ha

permitido morigerar la exigencia de la demostración de la afectación moral en esos específicos casos.

Por lo tanto, el símil realizado por la autoridad judicial para aplicar la figura de la presunción, no resultaba procedente por tratarse de casos distintos.

En tales condiciones, la Sala concluye que la sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, no se acompasa con la postura reiterada de esta Corporación sobre la obligación de demostrar el perjuicio moral por pérdida o deterioro de bienes materiales.

Por tal razón, en virtud de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 274 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se invalidará dicha providencia únicamente en lo que tiene que ver con la presunción de los perjuicios morales, y se ordenará a la autoridad judicial que profiera una decisión de reemplazo en la que tenga en cuenta los lineamientos hasta aquí expuestos sobre la materia³⁰.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el presunto desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal con ocasión de la condena impuesta en el fallo, la Sala considera que, contrario a lo alegado en la solicitud de revisión eventual, no se evidencia tal vulneración.

Según quedó expuesto en precedencia, el Juzgado Décimo Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena declaró la responsabilidad de las entidades demandadas y las condenó al pago de unas sumas de dinero por concepto de perjuicios materiales y morales, condena que fue confirmada finalmente por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Así mismo, se dispuso que el pago debía ser entregado al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, en atención a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 65 de la Ley 472 de 1998.

Por lo anterior, el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena alegó que se desconoció el principio de sostenibilidad fiscal al conferir un plazo reducido para el pago de la condena impuesta y no modular los efectos del fallo.

Sin embargo, contrario a lo afirmado por el ente territorial, no se presentó tal vulneración en la medida que la autoridad judicial no estaba obligada a modificar los términos dispuestos en la ley para ejecutar la sentencia.

³⁰ Al respecto ver las providencias del 1º de octubre de 2019, proferidas por las Salas Especiales de Decisión No. 19 y 23, dentro de los expedientes 20001-33-31-005-2007-00175-01 y 20001-23-31-004-2007-00158-01, respectivamente, en las que no se dictó una decisión de reemplazo sino que se ordenó al juez de conocimiento que profiriera una nueva providencia siguiendo los lineamientos expuestos en la decisión del mecanismo de revisión eventual.

En efecto, de los parámetros establecidos en el acápite anterior, es claro que el principio de sostenibilidad fiscal persiste como ideal en todas las actuaciones de las autoridades, en atención a su criterio orientador.

No obstante, este principio no puede ser visto en manera alguna como una obligación para los jueces, quienes gozan de la autonomía suficiente para determinar en cada caso concreto si resulta necesario establecer una forma distinta de cumplir las órdenes que imparte en el fallo.

Por eso, como quedó establecido en el acápite anterior, los jueces pueden acudir al principio de sostenibilidad fiscal de manera facultativa, como criterio para modificar la forma de cumplimiento de la sentencia, atendiendo a criterios de razonabilidad y con base en las pruebas que obren en el expediente, siempre respetando los derechos que fueron reconocidos a las partes.

En este caso, si tanto el juez como el tribunal en segunda instancia privilegiaron los derechos del grupo demandante, y no consideraron procedente realizar precisión alguna sobre la forma o el plazo en el que se debía realizar el pago de la condena, estaban haciendo uso de su autonomía y de las reglas de la sana crítica en el caso concreto, circunstancia que no constituye vulneración alguna al principio de sostenibilidad fiscal.

Se reitera, la posibilidad de modificar la forma en que se debe cumplir la sentencia de acción de grupo, con base en una probable afectación de las finanzas del Estado, constituye una facultad y no una obligación por parte del juez de conocimiento.

Así, es claro que no puede predicarse vulneración alguna en tal sentido, cuando el juez, en su propia autonomía y con base en el material probatorio que fue aportado al expediente, ha decidido que no hay lugar a ordenar el cumplimiento de la sentencia de forma distinta a la establecida en el artículo 65 de la Ley 472 de 1998.

Por lo anterior, la Sala considera que el fallo revisado no desconoce los postulados expuestos en esta providencia sobre el principio de sostenibilidad financiera como parámetro para establecer la forma en que se debe dar cumplimiento a la sentencia de la acción de grupo, comoquiera que el Tribunal Administrativo de Bolívar no estaba obligado a determinar una forma distinta a la que dispone la ley para tal efecto.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión 6, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: Invalídase la sentencia del 29 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Ordénase al Tribunal Administrativo de Bolívar que, en el término de los cuarenta (40) días siguientes a la notificación del presente proveído, proceda a dictar sentencia de reemplazo en la que, con base en las pruebas allegadas al expediente, se tengan en cuenta los lineamientos establecidos en la sentencia del 1° de octubre de 2019 proferida por la Sala Doce Especial de Decisión del Consejo de Estado dentro del radicado 05001-23-31-000-2003-03502-02, reiterados en esta providencia, en lo referido a la forma de acreditar los perjuicios morales en eventos de pérdida o deterioro total o parcial de bienes materiales, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: En firme esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado (E)

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Magistrado

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Magistrado