

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE GUADALAJARA
DE BUGA VALLE DEL CAUCA

SENTENCIA No. 239

RADICACIÓN : 76-111-33-31-001-2012-00012-00
ACCIÓN : REPARACIÓN DIRECTA – REPETICIÓN
DEMANDANTE : C.V.C.
DEMANDADO : OMAR KAFURY SÁNCHEZ Y OTROS

Guadalajara de Buga, dieciséis (16) de ~~Diciembre~~ de dos mil dieciséis
(2016)

I. ANTECEDENTES

La CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA por intermedio de apoderado judicial interpuso acción de reparación directa – repetición contra de los señores OMAR KAFURY SÁNCHEZ, EDUARDO VELASCO ABAD, EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y FERNANDO TORRES CAICEDO debido a la sentencia condenatoria No. 0030 proferida el día 25 de marzo de 2008 y confirmada el día 13 de noviembre de 2009, dentro de un proceso adelantado por el señor LEONEL ARTURO PEDROZA providencia judicial dictada por este Despacho y confirmada por el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual declaró administrativamente responsable a la CVC y a la Sociedad Carlos Sarmiento Lora e Ingenio San Carlos S.A., y condeno solidariamente a pagar la suma ciento cuarenta y nueve millones setecientos ocho mil ochocientos ochenta y tres con noventa centavos (\$149.708.883,90) m/cte, por concepto de daño emergente y lucro cesante.

Como pretensiones se citan las siguientes:

1. Que se declare responsable a los ex funcionarios responsable por los perjuicios económicos ocasionados a la Corporación

Autónoma Regional del Valle del Cauca como consecuencia de la sentencia condenatoria No. 0030 proferida el día 25 de marzo de 2008 y confirmada el día 13 de noviembre de 2009, dentro de un proceso adelantado por el señor LEONEL ARTURO PEDROZA.

2. Que como consecuencia de la declaración anterior se condene a pagar por partes iguales a los señores OMAR KAFURY SÁNCHEZ, EDUARDO VELASCO ABAD, EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y FERNANDO TORRES CAICEDO a favor de la CVC, la suma de \$107.302.031, debidamente indexada.

3. Que se condene a los demandantes a los intereses comerciales y moratorios.

Como hechos se sintetizan los siguientes:

1. Que el señor LEONEL ARTURO PEDROZA demandó en acción de reparación directa a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca CVC, a la Sociedad Carlos Sarmiento L. e Ingenio San Carlos S.A. por los perjuicios reportados en la granja avícola de su propiedad, en el cual murieron por ahogamiento 7.153 gallinas así como la pérdida de insumos y cultivos, con ocasión de desbordamiento del zanjón pajonales.

2. Que el día 22 de marzo de 2001 se presentó inundación causando daños a galpones, motivo por el cual el señor PEDROZA envió oficio a la CVC poniendo en conocimiento la causa del desbordamiento, esto es, el mal estado de la compuerta de propiedad del Ingenio San Carlos.

3. Que la CVC realizó visita al sitio de la compuerta, estableciendo que se hallaba en el cauce del Zanjón Pajonales y que era insuficiente, además de encontrarse colmatada; razón por la cual requirieron al Ingenio San Carlos para que realizara la limpieza del canal y la modificación de la compuerta.

4. Que el 21 de abril de 2003 debido a la oleada invernal se repitió el desbordamiento, pese haberse realizado la limpieza sin las

modificaciones recomendadas; suceso este que dio origen a la demanda interpuesta por el señor PEDROZA.

3. Que el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara del Buga, mediante Sentencia No. 030 del 25 de marzo de 2008 declaró administrativamente responsable a la CVC y a la Sociedad Carlos Sarmiento Lora e Ingenio San Carlos S.A., y condenó solidariamente a pagar la suma ciento cuarenta y nueve millones setecientos ocho mil ochocientos ochenta y tres con noventa centavos (\$149.708.883,90) m/cte, por concepto de daño emergente y lucro cesante y a la suma de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes a cuarenta y seis millones ciento cincuenta mil pesos (\$46.150.000) m/cte, por concepto de daños morales.

4. Que debido al recurso de apelación presentado por la CVC, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca revocó la condena a los perjuicios morales y confirmó la suma de ciento cuarenta y nueve millones setecientos ocho mil ochocientos ochenta y tres con noventa centavos (\$149.708.883,90) m/cte por concepto de daño emergente y lucro cesante.

5. Que mediante orden de pago No. 229757 del 31 de octubre de 2011, la CVC ordenó el pago a la Sociedad Carlos Sarmiento Lora y Cia Ingenio San Carlos por la suma de ciento siete millones trescientos dos mil treinta y un pesos (\$107.302.031) m/cte, valor equivalente al 50% de la condena debidamente indexada que pago la Sociedad al entonces demandante, señor Leonel Arturo Pedroza.

6. Que el día 13 de febrero de 2012, mediante acta No. 002 el Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la CVC determinó procedente iniciar la acción de repetición en contra del Director Territorial de la época y el Coordinador de la entonces UMC Tuluá Morales.

7. Que el cargo de Director Regional fue desempeñado por el señor OMAR KAFURY SÁNCHEZ entre el 05 de febrero de 2001 y el 21 de noviembre de 2002, y por el señor EDUARDO VELASCO ABAD, entre el 22 de noviembre de 2002 y el 11 de agosto de 2003.

8. Que el cargo de Coordinador Grupo UMC Tuluá Morales fue desempeñado por el señor FERNANDO TORRES CAICEDO desde el 15 de octubre de 1999 hasta el 06 de mayo de 2001 y por el señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ desde el 07 de mayo de 2001 hasta el 07 de agosto de 2003.

De las contestaciones de la demanda se extrae:

El señor OMAR KAFURY SÁNCHEZ por intermedio de apoderado se opuso a las pretensiones argumentando que para la fecha en que ocurrieron los hechos este ya no se encontraba por fuera de la Entidad, adicionalmente, expone que las funciones desempeñadas en ejercicio del cargo de Director Regional no fueron las generadoras de los perjuicios declarados judicialmente, además de indicar que no conoce la mayoría de los hechos expuesto en la demanda.

El señor FERNANDO TORRES CAICEDO quien desempeñó el cargo de Coordinador Grupo UMC Tuluá Morales, se opuso a las pretensiones exponiendo que para la época de los hechos que dieron origen al proceso judicial el Coordinador era el señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, que al momento de su ingreso, esto es, el 06 de mayo de 2001, el manejo de dicha cuenca ya no pertenecía a su jurisdicción.

Estos dos demandantes expresan además no conocer la mayoría de los hechos citados en el escrito de la demanda.

Por último, los señores EDUARDO VELASCO ABAD y EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ, quienes desempeñaron el cargo de Director Regional y Coordinador Grupo UMC Tuluá Morales, respectivamente, se oponen a las pretensiones, esgrimiendo como razones de defensa que dentro del proceso de reparación directa no existen elementos de juicio tendientes a demostrar que los ex funcionarios obraron bajo conducta dolosa o gravemente culposa, además, que los mismos no fueron vinculados al proceso como llamamiento en garantía.

De otra parte, alegan que la presentación de la acción de repetición es extemporánea, pues la Corporación tenía hasta el 14 de mayo de

2012, de conformidad con el artículo 26 del Decreto 1716 de 2009; adicionalmente manifiesta que en su contra no se puede iniciar un proceso invocando el artículo 142 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que para la fecha en que ocurrieron los hechos esta normatividad no se encontraba vigente, por lo tanto, su responsabilidad como servidor público se debe analizar a la luz de la legislación anterior, salvo las normas sustanciales posteriores y que le sean favorables. Así mismo, esgrime que de acuerdo al artículo 90 de la Constitución Política y la Ley 678 de 2001 para que la entidad pueda ejercer la acción de reparación directa existen tres requisitos entre ellos haber pagado totalmente a la víctima la suma determinada en la sentencia condenatoria, lo que no se evidencia de la orden de pago.

A través de su apoderado el señor EDUARDO VELASCO ABAD, al contestar la demanda llamó en garantía a **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** con fundamento en que la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca “C.V.C.”, tiene suscrita con la aseguradora “contratos de seguro de RESPONSABILIDAD CIVIL - PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL – para amparar algunos cargos de funcionarios públicos, cuyo objeto es: “Amparar los perjuicios ocasionados a la CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA C.V.C. y/o terceros, a consecuencia de acciones u omisiones culposas imputables a uno o varios funcionarios que ocupen los cargos. La cobertura otorgada se hace extensiva a los perjuicios por los que los asegurados se les sigan o debiera seguir un proceso y juicio por responsabilidad fiscal o acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición con culpa grave. De igual forma se extiende a cubrir los gastos de defensa en los que deban constituir los asegurados para su defensa en cualquier tipo de investigación o proceso en el que se éste definiendo su responsabilidad”.

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir a resolver previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES

2.1 PROBLEMA JURÍDICO

En el presente asunto el análisis se referirá a los hechos y suplicas del libelo, para establecer si se deducen o no los supuestos que permiten acreditar la procedencia de la acción de repetición instaurada contra de los señores KAFURY SÁNCHEZ, EDUARDO VELASCO ABAD, EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ y FERNANDO TORRES CAICEDO por parte de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – CVC.

2.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Sobre la acción de repetición es del caso hacer el siguiente recuento:

El artículo 90 de la Constitución Nacional señala:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”

El inciso segundo del texto constitucional citado fue reglamentado por la Ley¹ 678 de 2001. El artículo 1 de este texto normativo indica: *“La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.”*

Seguidamente el artículo 2 define este mecanismo procesal en los siguientes términos: *“La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena,*

¹ LEY 678 DE 2001 (agosto 3) Diario Oficial No. 44.509, de 4 de agosto de 2001. “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición.”

conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial..."

De esta norma se pueden establecer los supuestos que caracterizan la acción repetición:

- Son sujetos pasivos de este mecanismo procesal los servidores o ex - servidores públicos.
- El reconocimiento indemnizatorio tiene como título una condena, conciliación u otra forma de terminación del conflicto.
- La consecuencia del proceder del encartado se traduce en un reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado.
- El proceder del encartado debe ser catalogado como doloso o gravemente culposos.

Teniendo entonces como parámetro los requisitos antes mencionados, procederá a analizarlos el Despacho si se encuentran acreditados en el sub-lite y así resolver la cuestión puesta a su consideración:

2.3 HECHOS PROBADOS

Del estudio de las pruebas aportadas dentro del proceso se puede establecer:

-Que mediante orden de pago No. 229757 del 31 de octubre de 2011, la CVC ordenó el pago a favor de la Sociedad Carlos Sarmiento Lora y Cia Ingenio San Carlos S.A. por la suma de ciento siete millones trescientos dos mil treinta y un pesos (\$107.302.031) m/cte, valor equivalente al 50% de la condena debidamente indexada que pago la Sociedad al entonces demandante, señor Leonel Arturo Pedroza por concepto de cumplimiento de Sentencia No. 030 del 25 de marzo de 2008 (Fl. 4 del Cuaderno Principal).

- Que el comité de conciliación y defensa judicial de la CVC después de superar la discrepancia por considerar que no debía iniciar el presente proceso teniendo en cuenta que dentro de los hechos que dieron lugar a la reparación directa no había existido responsabilidad de la entidad, pues se trató

de un caso fortuito; no obstante, resolvió iniciar el proceso de repetición en contra de los demandados de conformidad con los argumentos expuesto por la justicia en las Sentencias de Primera y Segunda instancia dentro del proceso de reparación directa (Fls. 5 al 9 del Cuaderno Principal).

- El señor OMAR KAFURY SÁNCHEZ desempeño el cargo de Director Regional (DI 25) desde el 05 de Febrero de 2011 hasta el 21 de Noviembre de 2002, cargo que posteriormente ocupó el señor EDUARDO VELASCO ABAD desde el 22 de Noviembre de 2002 hasta el 11 de Agosto de 2003 (Fl. 27 del Cuaderno Principal).

- El señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ se desempeñó como Profesional Especializado (PR – 17) desde el 01 de Enero de 1995 hasta el 6 de Mayo de 2001 y como Coordinador Grupo UMC – Tuluá Morales (PR – 17) desde el 7 de Mayo de 2001 hasta el 7 de Agosto de 2003 (Fl. 27 del Cuaderno Principal).

- Así mismo, el demandado FERNANDO TORRES CAICEDO desempeño funciones como Coordinador Grupo UMC – Tuluá Morales (PR – 17) desde el 15 de Octubre de 1999 hasta el 6 de Mayo de 2001 y como Profesional Especializado (PR – 17) desde el 7 de Mayo de 2001 hasta el 3 de Agosto de 2003 (Fl. 27 del Cuaderno Principal).

- El señor Mario Alberto Giraldo Ríos mediante oficio dio a conocer al Ingenio San Carlos de los perjuicios a él ocasionados el 22 de marzo de 2001 debido al desbordamiento del zanjón de Pajonales (Fl. 154 del Cuaderno Principal), información que también dio a conocer el señor Leonel Arturo Pedroza a la CVC, oficios recibidos el día 29 de Marzo de 2001 (Fls. 154 y 155 del Cuaderno Principal).

- Como consecuencia de lo anterior los señores Héctor Fabio Castaño y Juan Carlos Fernández en calidad de Técnicos Operativos, el día 3 de Abril de 2001 realizaron visita a la obra localizada dentro del cauce del zanjón Pajonales e informan que la misma es insuficiente y que se encuentra colmatada, razón por la cual requerirán al Ingenio San Carlos con el fin de que realice limpieza y modificación de dicha obra (Fl. 155 del Cuaderno Principal).

- El día 4 de Abril de 2001 el señor Fernando Torres en calidad de Coordinador UMC Tuluá – Morales con base en las quejas recibidas y la visita

realizada requirió al Ingenio San Carlos para que levantaran la compuerta y ampliaran la sección hidráulica del canal (Fl. 157 del Cuaderno Principal)

- El señor Juan Carlos Fernández Pérez mediante oficio que data del 23 de abril de 2003 informa al Ingeniero Eduardo Rodríguez como Coordinador UMC Tuluá – Morales, que pese a las obras construidas y al manteniendo realizado días antes por parte del Ingenio el zanjón Pajonales se desbordó el día 22 de abril de dicha anualidad debido a las grande creciente (Fl. 158 del Cuaderno Principal).

- Con el registro de cambios visible a folio 167 del Cuaderno Principal se evidencia que el señor Fernando Torres Caicedo fue trasladado de la división Dirección Regional Centro a la Dirección Regional del Centro con fecha de vigencia del 7 de mayo de 2001.

- El día 11 de junio de 2001 el señor Fernando Torres Caicedo realizó la entrega de su cargo al señor Eduardo Rodríguez Bermúdez (Fls. 168 y 169 del Cuaderno Principal).

- Mediante Resolución No. 430 del 02 de Septiembre de 2002 el señor Fernando Torres Caicedo fue trasladado del cargo de Profesional Especializado grado 17 de la Dirección Regional del Centro al cargo Profesional Especializado grado 17 de la Dirección Regional del Norte (Fl. 170 del Cuaderno Principal).

- A través de acta de entrega del 10 de Marzo de 2002 suscrita por el señor Fernando Torres quien le entrega el cargo al señor Jaime Idarraga la asesoría de aguas, en donde se observa enunciado en el numeral 3 "*Reglamentación vigente río Tuluá (26-I-2003)*". (Fls. 171 y 172 del Cuaderno Principal).

- El Ingeniero Forestal José Manuel Rivera quien actuó como perito dentro del presente proceso, indicó que no se observa la construcción de las obras de protección del zanjón por parte de los propietarios, que la compuerta y la sección hidráulica están tal como las construyeron hace 20 o 25 años, que las recomendaciones realizadas por los funcionarios de la CVC fueron las más adecuadas, toda vez que la sección hidráulica es deficiente y esta ha debido ser levantada así como también la compuerta, que los galpones están ubicados a 5 metros de distancia de la orilla del zanjón Pajonales cuando de conformidad con

los Decretos 2811 de 1974 y 1541 de 1978 debe de estar a 30 metros de distancia; finalmente indicó que la precipitación de agua que ocasionó el desastre puede repetirse sin poder identificar en que tiempo pues no son comunes, pero que en dicho evento la estructura es insuficiente (Cuaderno de peritaje), en la declaración rendida este profesional consideró que el suceso se pudo evitar si la compuerta se encontrara abierta; no obstante, expresa que si es necesario la ampliación de la construcción recomendada por los funcionarios de la CVC.

- La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca anexa Acuerdo No. CD-21 del 22 de septiembre de 1995 por medio del cual se establece la estructura interna de la CVC y se determinan las funciones de sus dependencias (Cuaderno pruebas parte demandada), igualmente anexa el manual de funciones del Profesional Especializado grado 17, Profesional Especializado grado 20 y el del Director Regional grado 25 (Fls. 15 a 27 del Cuaderno Principal).

- De los testimonios rendidos por las doctoras Maribel González Frisneda y Diana Vanegas Cajiao, profesionales en derecho adscritas al área jurídica de la CVC, se extrae que dentro del Comité de Conciliación de dicha entidad se presentaron diversas posiciones con relación a la procedencia de la presente acción, toda vez que las mismas expresan que los únicos fundamentos existieron para impetrar la acción de repetición fueron las consideraciones realizadas por la Justicia en Primera y Segunda instancia. De las palabras de la doctora González Frisneda se establece que la diferencia nació en el sentido de que no se considera que los demandantes hayan actuado premeditadamente, es decir que no se considera que exista dolo, que si bien es cierto no se cumplió con la función de sancionar, esto se pudo deber a la congestión del trabajo.

3. CASO CONCRETO

Al presente caso le son aplicable en los aspectos de orden sustancial el artículo 90 de la Constitución Política, las disposiciones de tal naturaleza contenidas en la ley 678 de 2001, que ya se encontraba vigente cuando ocurrieron los hechos, esto es, el 21 de abril de 2003. En los aspectos procesales se aplican las contenidas en la ley 1437 de 2011 y la Ley 678 de 2001, tanto para los procesos que se encontraban en curso al momento en que empezó su vigencia, así como los procesos que se iniciaron con posterioridad a dicho

momento, con excepción de *“los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”, los cuales “se registrarán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”².*

3.1. Calidad de los demandados y la conducta.

La Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca señala con la demanda y con el Acta de conciliación que los demandados son los responsables de los perjuicios patrimoniales ocasionados con la condena por la Reparación Directa adelantada por el señor Leonel Arturo Pedroza. Por su parte, los demandados en las contestaciones indican que la realización de sus funciones no fueron las causantes de los perjuicios ocasionados.

El cargo de Director Regional fue desempeñado por el señor OMAR KAFURY SÁNCHEZ entre el 05 de febrero de 2001 y el 21 de noviembre de 2002, y por el señor EDUARDO VELASCO ABAD, entre el 22 de noviembre de 2002 y el 11 de agosto de 2003. Por otro lado el cargo de Coordinador Grupo UMC Tuluá Morales fue desempeñado por el señor FERNANDO TORRES CAICEDO desde el 15 de octubre de 1999 hasta el 06 de mayo de 2001 y por el señor EDUARDO RODRÍGUEZ BERMÚDEZ desde el 07 de mayo de 2001 hasta el 07 de agosto de 2003.

Si bien los hechos que generaron la condena contra la CVC ocurrieron el 21 de abril de 2003 época en que fungían como Director el señor EDUARDO VELASCO ABAD y como Coordinador EDUARDO RODRIGUEZ BERMUDEZ, lo cierto es que el primer desbordamiento del Sanjón Pajonales por los efectos de la ola invernal ocurrió el día 22 de marzo de 2001 cuando el señor OMAR KAFURY era Director y FERNANDO TORRES era el Coordinador.

3.2. Existencia de condena judicial o conciliación a cargo de la entidad pública

Obra en el plenario copia auténtica de la sentencia No. 030 dictada en este Despacho el 25 de marzo de 2008³, por medio de la cual se declaró administrativamente responsables a la Corporación Autónoma Regional

² Art. 40 de la ley 153 de 1887.

³ Fls. 28 a 56

del Valle del Cauca – CVC y a la Sociedad Carlos Sarmiento Lara & Ingenio San Carlos S.A., por los perjuicios ocasionados al señor Leonel Arturo Pedroza, en consecuencia condenó al pago de ciento cuarenta y nueve millones setecientos ocho mil ochocientos ochenta y tres pesos con noventa centavos (\$149.708.883,90) m/cte, los cuales debían ser indexados, por concepto de daño emergente y lucro cesante; y a la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, esto es, cuarenta y seis millones ciento cincuenta mil (\$46.150.000) m/cte por concepto de daños morales.

A folio 58 a 95, reposa Providencia del 13 de noviembre de 2009, mediante la cual el H. Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca revoca la condena por concepto de perjuicios morales y confirma en lo demás la Sentencia apelada, significando entonces que este presupuesto también está satisfecho.

3.3. El pago realizado por parte de la Entidad.

Dentro del plenario se observa a folio 11 y 12, certificación mediante la cual el señor Leonel Arturo Pedroza y su apoderado hacen constar que han recibido por parte de la sociedad Carlos Sarmiento Lora & Cia Ingenio San Carlos S.A., la suma de doscientos catorce millones seiscientos cuatro mil sesenta y dos pesos con diez centavos (\$214.604.062,10) m/cte por concepto del pago de la Sentencia condenatorio, monto que incluye la indexación ordenada y los intereses corrientes y moratorios.

Visible se encuentra a folio 10, cuenta de cobro realizada por la sociedad Carlos Sarmiento Lora & Cia Ingenio San Carlos S.A. a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, solicitando el pago de la mitad del monto cancelado en cumplimiento de la condena judicial.

Mediante seguimiento de orden de pago, se puede constatar que mediante comprobante de tesorería No. 902-11-194 la CVC realizó el giro No. 13580 Banco de Occidente de Cali, por valor de ciento siete millones trescientos dos mil treinta y un pesos (\$107.302.031) m/cte por concepto de Sentencia Judicial No. 030 del 25 de marzo de 2008, deduciéndose así el cumplimiento del requisito mencionado.

Con relación a la condena impuesta, se declaró solidariamente responsables a la Sociedad Carlos Sarmiento Lora & Cia Ingenio San Carlos S.A. y a la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, tenemos que el Código Civil en su artículo 1568 indica la definición de las obligaciones solidarias y en su artículo 1579 estipula la figura de subrogación.

“ARTICULO 1568. DEFINICIÓN DE OBLIGACIONES SOLIDARIAS. *En general cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de una cosa divisible, cada uno de los deudores, en el primer caso, es obligado solamente a su parte o cuota en la deuda, y cada uno de los acreedores, en el segundo, sólo tiene derecho para demandar su parte o cuota en el crédito. (...)*

“ARTÍCULO 1571. SOLIDARIDAD PASIVA. *El acreedor podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que por éste pueda oponérsele el beneficio de división”*

ARTICULO 1579. SUBROGACIÓN DE UN DEUDOR SOLIDARIO EN LA ACCIÓN DEL ACREEDOR. *El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.” (...)*

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sociedad Carlos Sarmiento Lora & Cia Ingenio San Carlos S.A., realizó el pago completo de la condena solidaria, este tenía la facultad de repetir en contra de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, a fin de obtener la devolución del valor que proporcionalmente le correspondía pagar a la CVC.

3.4. La valoración de la conducta del funcionario contra el que se inicia la acción de repetición.

Con relación al cumplimiento de este requisito, debe decirse que para darse por demostrado es necesario que el proceder de los funcionarios estuviera precedido de dolo o culpa grave. En otras palabras, se trata de una responsabilidad subjetiva que tiene fundamento en caso que se acredite que la conducta censurada sea dolosa o gravemente culposa.

Estos elementos fueron desarrollados en la Ley 678 de 2001, a partir de los artículos 5 y 6. Estas normas rezan:

“ARTÍCULO 5o. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

- 1. Obrar con desviación de poder.*
- 2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.*
- 3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.*
- 4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.*
- 5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.*

ARTÍCULO 6o. CULPA GRAVE. La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

- 1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.**
- 2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.*
- 3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error -inexcusable.*
- 4. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.”*

Dichas normas fueron revisadas en distintas providencias por la Corte Constitucional, señalando unos parámetros que debe tener en cuenta el Juez Contencioso Administrativo al momento de estudiar la responsabilidad del agente estatal.

En Sentencia C-778 del 9 de septiembre de 2003, el Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería. Indicó:

“Tales presunciones, por ser legales, admiten prueba contraria, y son producto de la potestad de configuración del legislador en materia de procedimientos, particularmente en materia probatoria, con fundamento en lo dispuesto en los Arts. 114 y 150 superiores.

Ellas se justifican razonablemente por la necesidad de probar elementos subjetivos que por su naturaleza son de difícil prueba, con base en hechos objetivos susceptibles de demostración en las condiciones ordinarias, con el fin de hacer efectiva la acción de repetición consagrada en el Art. 90 superior, y por la necesidad de proteger el patrimonio y la moralidad públicos y favorecer el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

...

De otro lado, por la similitud que las mencionadas causales de presunción guardan con las causales de declaración de nulidad de los actos administrativos, conforme a lo previsto en el Art. 84 del Código Contencioso Administrativo, la Corte considera oportuno resaltar que en el caso de que la acción de repetición o el llamamiento en garantía con fines de repetición deriven de la expedición de un acto administrativo, la declaración de nulidad de éste no acarrea necesariamente la responsabilidad patrimonial del agente público, puesto que **con fundamento en lo establecido en el Art. 90 de la Constitución siempre se requerirá la demostración de su culpabilidad en las modalidades de dolo o culpa grave, bien sea mediante la aplicación de las referidas presunciones, que invierten la carga de la prueba, o bien sea aplicando las reglas generales de la materia procesal sobre dicha carga.** Así mismo advierte que, por consiguiente, las otras modalidades de culpa (leve y levísima) no generan responsabilidad patrimonial del agente estatal.

Por estas razones, las expresiones acusadas no contrarían el Art. 90 de la Constitución y debe desestimarse el cargo formulado.”

En relación con la culpa la norma vigente al momento en que ocurrieron los hechos era el artículo 65 del Código Civil debiéndose remitir a ella para evaluar la conducta de los funcionarios, norma que es del siguiente contenido:

“ARTICULO 63. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

El Consejo de Estado ha señalado⁴ que, para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitarse únicamente a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso y lo dispuesto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

En la sentencia No. 030 dictada en este Despacho el 25 de marzo de 2008⁵ y en la Providencia del 13 de noviembre de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al desatar la alzada se consideró que la ley 99 de 1993 en su art. 31 le otorgó a las CAR entre otras funciones, la de otorgar “concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas” (Num.9); Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos del agua y los demás recursos renovables, y para la efectividad de las mismas las facultó en el numeral 17 para “imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, las medidas de policía y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables y exigir, con sujeción a las regulaciones pertinentes, la reparación de daños causados”, siendo la

⁴ Sentencia del 31 de agosto de 1999, expediente: 10865.

⁵ Fls. 28 a 56

inexcusable omisión de las funciones atribuidas por la ley, por parte de la CVC la causa eficiente para que se ocasionara el daño antijurídico al señor LEONEL ARTURO PEDROZA, con lo cual se estructura la presunción de culpa grave que describe el artículo 6 inc.1 y Num. 1) de la ley 678 de 2001.

Se consideró por los operadores judiciales que el desbordamiento del zanjón Pajonales que se presentó el 21 de abril de 2003 era previsible, toda vez que por la misma causa las fuertes precipitaciones de lluvias para esa época, ocurrió el evento dañoso que tuvo lugar el día 22 de marzo de 2001, hecho que fue puesto en conocimiento de la autoridad ambiental el 28 de marzo de la misma anualidad, cuando el señor OMAR KAFURY era del director regional, queja frente a la cual el señor FERNANDO TORRES en su calidad de Coordinador UMC-Tuluá Morales el 4 de abril de 2001 mediante oficio DRC-UMC-114-01 dirigido al Gerente de Producciones del Ingenio San Carlos le pone de presente que la sección hidráulica es deficiente en caso de invierno, por lo que se hace necesario levantar la compuerta y ampliar la sección hidráulica del canal. OMAR KAFURY SANCHEZ ocupó el cargo de Director de la Regional hasta el 21 de noviembre de 2002 es decir hasta 20 meses después que ocurriera el primer desbordamiento sin que en este interregno hubiera ejercido las atribuciones que le confería la ley y el reglamento, para hacer cumplir las recomendaciones dadas por su subordinado.

KAFURY SANCHEZ es reemplazado en su cargo por el señor EDUARDO VELASCO ABAD el día 22 de noviembre de 2002 y 5 meses después el 21 de abril de 2003 se repite la misma situación, sin que este hubiera tomado medida alguna para que el Ingenio cumpliera las recomendaciones que se le hicieran. Transcurrido casi un año después del desbordamiento que produjo el daño que generó la condena (21 de abril de 2003) EL 15 DE MARZO DE 2004 se emite el concepto técnico COAT-PI-09216-2004 en el que se expresa que “La falta de diques marginales a la compuerta del zanjón Pajonales agua arriba de la misma, la convierte en una estructura que amenaza inundación a los predios vecinos y ofrece riesgo por los daños que se puedan generar en el momento en que se presente una creciente y no se operen adecuadamente las dos compuertas existentes en ese sitio. Supeditar solo el manejo de la compuerta a la oportunidad con que esta se maneje en una tormenta, implica un riesgo muy alto y más si es de noche o un fin de semana”. Es decir que después de las dos inundaciones la situación permanecía igual sin que los funcionarios que desempeñaron los cargos

de Directores Regional ejercieran las funciones que expresamente le confiere la ley para hacer cumplir sus directrices y superar el riesgo creado con su omisión.

De las decisiones comentadas resulta claro que para los falladores, en el incumplimiento por parte de la CVC de las normas citadas se encuentra la causa del daño sufrido por el señor LEONEL ARTURO PEDROZA, con lo cual se estructura claramente la presunción de culpa grave que señala el numeral 1) del artículo 6º de la ley 678 de 2001 por la inexcusable omisión de las funciones de los funcionarios que tenían la potestad de hacer cumplir las medidas impuestas por la CAR a los propietarios del Ingenio después del primer desbordamiento de las aguas del zanjón Pajonales y no lo hicieron. Siendo así las cosas, los demandados tenían la carga de probar que no actuaron con culpa grave.

Escuchadas las declaraciones rendidas por las abogadas adscritas al área jurídica de la entidad demandante, dichas profesionales manifestaron a este Despacho que la decisión de impetrar la presente acción se basó en las consideraciones realizadas por los Juzgadores dentro del proceso de reparación directa, quienes endilgaron responsabilidad a la CVC por faltar a sus funciones, adicionalmente, la doctora Maribel González Fresneda fue enfática al expresar que en el comité de conciliación se consideró que los demandados no habían actuado de manera predeterminada, que si bien había sido una falta a sus funciones esta se pudo presentar debido a la gran carga laboral que existe dentro de la Corporación, al respecto se resalta que la decisión judicial se encuentra en firme y precisamente lo que corresponde es desvirtuar que al faltar a sus funciones lo hicieron bajo una causal justificante, lo cual realmente se extraña, porque la razón de la carga de trabajo no es aceptable cuando después de transcurrido muchos años la situación persiste, por otro lado no se le endilga a los demandados que hubieren actuado en forma predeterminada, si así hubiere sido entonces su conducta no sería gravemente culposa sino dolosa.

En la presentación del dictamen pericial rendido por el Ingeniero Forestal José Manuel Rivera Roballo este consideró en favor de los funcionarios y ex funcionarios que si la compuerta hubiese estado abierta se hubiese podido evitar el desastre, pues el tamaño de la construcción tiene suficiente evacuación para lluvias fuertes de dos a tres horas, tal afirmación no se compadece con el concepto técnico COAT-PI-09216-2004 rendido por la misma Corporación el 15 de

marzo de 2004 donde se advierte que “Supeditar solo el manejo de la compuerta a la oportunidad con que esta se maneje en una tormenta, implica un riesgo muy alto y más si es de noche o un fin de semana”. Lo expresado por el perito no se acompasa con las conclusiones del dictamen que lejos de favorecer la posición de los demandados la complica cuando consigna: “3. *No se observa la construcción de las obras de protección del zanjón por parte de los propietarios; 4. La compuerta y la sección hidráulica están tal como la construyeron hace 20 o 25 años*”; 5. *Las recomendaciones realizadas por los funcionarios de la C.V.C. fueron las más adecuadas debido a que la sección hidráulica es deficiente y ha debido levantarse esta, como también la compuerta en caso de lluvias torrenciales de larga duración como la que dio origen al proceso*”.

Así las cosas, estima el Despacho que el hecho que la situación de riesgo aun persista, para la época en que se rindió el dictamen dentro de este proceso, que no se hayan tomado las medidas para que las recomendaciones dadas por los funcionarios de la CVC se ejecuten ponen de manifiesto que en efecto existe una grave falta por parte de quienes fungieron como directores a los cuales se les ha atribuido la potestad sancionatoria y toda vez que las funciones de control, seguimiento y prevención se encontraban asignadas a sus cargos, observándose que dicha omisión puede catalogarse como dolosa o gravemente culposa, porque no se ha obrado “*con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*”.

En el plenario se encuentra acreditado que a los señores OMAR KAFURY SANCHEZ y EDUARDO VELASCO ABAD en su calidad de Directores regionales, Nivel Ejecutivo, Código 2035 Grado: 25 según el Manual de Funciones de la CVC le correspondía: 1. Ejercer las funciones de autoridad ambiental de acuerdo con las normas nacionales existentes (...) con el fin de asegurar el cumplimiento de las normas y reglamentos sobre el uso, manejo y explotación de los recursos naturales. 14. Participar y realizar seguimiento a la programación y cumplimiento de las actividades que las Unidades de Manejo de Cuenca (UMC) vienen realizando relacionadas con la protección, control y vigilancia de los recursos naturales y del medio ambiente.

En dicho Manual se le atribuye a los Directores Regionales y no a los Coordinadores el ejercicio de las funciones sancionatorias y de policía en caso de violación a las normas de protección ambiental, al respecto se señala

expresamente: *“15. Imponer y ejecutar, a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otras autoridades, las medidas de control y las sanciones previstas por la ley en caso de violación a las normas de protección ambiental y de manejo de recursos naturales renovables con el fin de exigir la reparación de los daños causados.”*

Las anteriores funciones de haberse ejercido cabalmente por los subdirectores regionales, hubieran sido el medio eficaz para evitar que los hechos que generaron la condena contra la entidad pública no hubieran acaecido, sin embargo ellos no las ejercitaron sin razón justificable alguna, por el contrario los Coordinadores hicieron los requerimientos y advirtieron los riesgos que son la causa eficiente para que situaciones similares a la ocurrida en el 2001 y el 2003 no se vuelvan a repetir, sin embargo esos riesgos no han sido superados. Le corresponde a los Directores Regionales hacer que el Ingenio cumpla los requerimientos y no lo han hecho, motivo por el cual se considera que la responsabilidad de resarcir los dineros pagados por la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca debe recaer sobre ellos y no sobre los Coordinadores.

Ahora bien aunque la demanda se dirigió solo contra los directores regionales y los coordinadores, lo que limita a ellos lo que aquí se decida, la verdad es que el hecho que la situación se prolongue en el tiempo, aun existiendo una sentencia de condena debidamente ejecutoriada, compromete la responsabilidad del Director General, de la Subdirección de Control Ambiental y del Consejo Directivo en la eventualidad que vuelva a repetirse una situación similar.

Como al contestar la demanda EDUARDO VELASCO A., llamó en garantía a la Aseguradora **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, deberá el Despacho pronunciarse sobre su procedencia. Para lo cual se trae a consideración el pronunciamiento del Consejo de Estado contenido en la providencia del 21 de julio de 2016 en el cual la Sección Tercera Subsección “A” dentro de la Radicación número: 25000-23-36-000-2014-01207-01 (56557), expresó lo siguiente:

2.2. Procedencia y requisitos del llamamiento en garantía en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 225 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, **quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia**, podrá pedir que se le vincule al mismo, siempre que ello sea compatible con la índole o la naturaleza de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

(...)

El llamamiento en garantía tiene ocurrencia cuando entre la parte o persona citada y la que hace el llamamiento existe una relación de orden legal o contractual, con el fin de que aquella pueda ser vinculada a las resultas del proceso, para que en caso de que efectivamente se declare la responsabilidad de la demandada, el juez decida sobre la relación sustancial existente entre el llamante y el llamado en garantía, cuestión que puede dar lugar a una de dos situaciones: **a)** concluir que el llamado en garantía no está obligado a responder, frente a lo cual se decidirá que no se le atribuye responsabilidad o **b)** concluir que le asiste razón al demandado frente a la obligación que tiene el llamado en garantía de reparar los perjuicios, caso en cual se debe determinar el alcance de su responsabilidad y el porcentaje de la condena que deberá restituir a la parte demandada con cargo a lo que ésta pague al demandante⁶.

En relación con la exigencia de que en el escrito de llamamiento se expongan los hechos en que se apoya la citación del tercero y los fundamentos de derecho que sustenten la actuación, se ha precisado que tiene por finalidad establecer los extremos y elementos de la relación sustancial que se solicita sea definida por el juez, así como ofrecer un fundamento fáctico y jurídico mínimo del derecho legal o contractual en que se apoya el llamamiento, en orden a que la invocación de ese instrumento procesal sea serio, razonado y responsable y, al propio tiempo, se garantice el derecho de defensa de la persona que sea citada en tal condición al proceso.

En consonancia con lo anterior, la demostración del derecho legal o contractual en que se funda la petición de llamamiento tiene como razón el derecho que surge para el llamante de exigir la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reintegro del pago que tuviere que hacer en virtud de la sentencia condenatoria que eventualmente se llegue a proferir en su contra, de manera que en la misma sentencia se resuelva tanto la litis principal como aquella que se traba, de manera subsidiaria entre llamante y llamado, por razón de la relación sustancial existente entre ellos.

⁶ Al respecto en Sentencia del 10 de junio de 2009, Expediente No. Radicación número: 73001-23-31-000-1998-01406-01(18108), M.P. Ruth Stella Correa Palacio se sostuvo: "que el tercero llamado en garantía se convierta en parte del proceso, a fin de que haga valer dentro del mismo proceso su defensa acerca de las relaciones legales o contractuales que lo obligan a indemnizar o a reembolsar, y al igual del denunciado en el pleito, acude no solamente para auxiliar al denunciante, sino para defenderse de la obligación legal de saneamiento".

El demandado EDUARDO VELASCO ABAD presentó el 10 de mayo de 2013 ante el Juzgado, escrito de llamamiento en garantía, se aportó con el mismo copia simple de la póliza No 1006302 en la cual se deja constancia que se adjunta la Forma RCP-013-3 que contiene las condiciones generales que rigen el contrato de seguro. La Aseguradora **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS**, fue vinculada al proceso mediante auto interlocutorio No 470 del 22 de noviembre de 2013 (F. 283), obra en el expediente (F. 284) nota secretarial donde se deja constancia que fue notificado el 6 de diciembre de 2013, el término de los 15 días para que compareciera venció el 21 de enero de 2014, sin que la aseguradora lo hiciera. Los documentos en copia simple serán valorados, toda vez que fueron aportados con el llamamiento y son documentos que reposan en poder del llamado, sin que dentro del término del traslado y durante todo el proceso, hayan hecho oposición a los mismos o los hayan tachados.

De la póliza No 100630 de responsabilidad civil se destaca de su contenido lo siguiente:

- Fue expedida el 22 de mayo de 2012.
- **Su vigencia va desde el 31 de mayo de 2012 al 31 de mayo de 2013.**⁷
- Como tomador y asegurado aparece la Corporación Autónoma del Valle del Cauca C.V.C.
- El valor asegurado total es de \$ 1.000'000.000,00
- El objeto del seguro es "Amparar los perjuicios ocasionados al (sic) CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA C.V.C. y/o Estado Colombiano y/o terceros, a consecuencia de acciones u omisiones culposas imputables a uno o varios funcionarios que ocupen los cargos. La cobertura otorgada se hace extensiva a los perjuicios por los que los asegurados se les siga o debiera seguir un proceso y juicio por responsabilidad fiscal o **acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición por culpa grave (...)**"

⁷ Dentro del proceso 2003-3604-01 el 13 de noviembre de 2009 se profirió sentencia por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedó ejecutoriada el 25 de octubre de 2010. Antes de la entrada en vigencia de la póliza el 18 de mayo de 2012, la C.V.C. canceló a CARLOS SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SAN CARLOS S.A. la suma de \$ 107'302.031,00 por concepto de la sentencia judicial que le impuso la condena. Para esta fecha como consta en el Acta No. 002 de 2012 (F. 5 a 9) El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la CVC se reunió el 13 de febrero de 2012 para determinar la viabilidad o no de interponer la acción de repetición, concluyendo su viabilidad.

- ASEGURADOS: Funcionarios que desempeñen o hayan desempeñado los cargos asignados: (...) **Director Territorial** (...)"
- Modalidad de Cobertura: Claims made. Para todos los efectos se entenderá que hay reclamación con la notificación (...) de la acción de repetición (...)
- Fecha de retroactividad: Ilimitada: La aseguradora asumirá las reclamaciones conocidas o notificadas durante la vigencia de la póliza, sin consideración a la fecha de la actuación asegurada.

De la Forma RCP-013-3 que contiene las condiciones generales que rigen el contrato de seguro "POLIZA DE RESPONSABILIDAD PARA SERVIDORES PÚBLICOS" se destaca lo relevante para decidir el llamamiento:

1) La póliza se expide bajo la modalidad de seguro por reclamación o Claims made, con arreglo a lo consignado en el inciso 1º del Artículo 4º de la ley 389 de 1997, norma que textualmente consagra lo siguiente:

ARTICULO 4o. En el seguro de manejo y riesgos financieros y en el de responsabilidad la cobertura podrá circunscribirse al descubrimiento de pérdidas durante la vigencia, en el primero, y a las reclamaciones formuladas por el damnificado al asegurado o a la compañía durante la vigencia, en el segundo, así se trate de hechos ocurridos con anterioridad a su iniciación.

Así mismo, se podrá definir como cubiertos los hechos que acaezcan durante la vigencia del seguro de responsabilidad siempre que la reclamación del damnificado al asegurado o al asegurador se efectúe dentro del término estipulado en el contrato, el cual no será inferior a dos años.

Sobre la norma transcrita la Corte Suprema de justicia, Sala Civil ha dicho:

"De conformidad con dicho precepto [4º, Ley 389 de 1997], pueden presentarse las siguientes situaciones: a.-) Que coincidan dentro de la vigencia tanto el hecho dañoso, como la reclamación de la víctima al asegurado o la aseguradora. b.-) Que el hecho dañoso sea anterior a la vigencia, pero el reclamo se presente dentro de ésta. c.-) Que se cubran sucesos acaecidos durante la vigencia, pero el reclamo se haga por fuera de la misma, en un plazo preestablecido para notificaciones. El primer caso es connatural al convenio, pero los otros dos requieren de pactos expresos, claramente delimitados, cuya interpretación exige del fallador un examen estricto y restringido, que impida extender los amparos a riesgos no cubiertos o dejar por fuera aquellos que sí lo están." (CSJ SC, 18 dic. 2013, exp. 2000-01098-01).

2) La cobertura ampara los detrimentos patrimoniales del Estado o los terceros que sean consecuencia de los actos incorrectos cometidos por los funcionarios asegurados en el desempeño de sus funciones administrativas, cuando sean declarados civil o administrativamente responsables. En principio los actos incorrectos de VELASCO ABAD estarían cubiertos. Sin embargo la cláusula 1.3 que regula la “limitación temporal de los riesgos asumidos” señala que “para que exista cobertura el proceso deberá haber sido conocido por el funcionario asegurado por primera vez dentro del periodo de vigencia del seguro o de la extensión prevista en la póliza cuando se otorgue, y deberá ser derivada de hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de inicio de la primera póliza de responsabilidad para servidores públicos otorgada por la **LA PREVISORA SA.** o cualquier otra fecha de **RETROACTIVIDAD** acordada expresamente por las partes. Como la retroactividad es ilimitada. “La aseguradora asumirá las reclamaciones conocidas o notificadas durante la vigencia de la póliza, sin consideración a la fecha de la actuación asegurada”.

A pesar que en principio el llamante sería beneficiario de los amparos cubiertos, la misma cláusula contractual establece que de los riesgos indicados en las coberturas, “**LA PREVISORA** asume las reclamaciones formuladas por el damnificado al funcionario asegurado o a la compañía aseguradora durante la vigencia de la póliza o del período de extensión previsto en la póliza, por actos incorrectos de los cuales los funcionarios asegurados sean responsables por haber cometidos actos por los cuales (...) se inicie contra los mismos la acción de repetición (...) **siempre y cuando los actos incorrectos que originen la reclamación no fueren conocidos por la entidad tomadora y/o el funcionario asegurado al inicio de la vigencia de la póliza**”.

En el presente caso la póliza inició su vigencia el 31 de mayo de 2012, fecha para la cual dentro del proceso 2003-3604-01 el 13 de noviembre de 2009 ya se había proferido sentencia por parte del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, la cual quedó ejecutoriada el 25 de octubre de 2010; antes de entrar en vigencia la póliza, como consta en el Acta No. 002 de 2012 (F. 5 a 9) El Comité de Conciliación y Defensa Judicial de la CVC se reunió el 13 de febrero de 2012 para determinar la viabilidad o no de interponer la acción de repetición, concluyendo su viabilidad y de igual manera , antes de la entrada en vigencia de la póliza el 18 de mayo de 2012, la C.V.C. canceló a CARLOS

SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SAN CARLOS S.A. la suma de \$ 107'302.031,00 por concepto de la sentencia judicial que le impuso la condena. De lo cual se concluye que tanto el asegurado como la Corporación conocían antes de entrar en vigencia la póliza de los actos incorrectos que dieron lugar a la condena contra la CAR. Lo cual releva al llamado en garantía de asumir las reclamaciones.

Situación similar que es regulada en el contrato al ocuparse de las exclusiones, cuando estipula que "en ningún caso estarán cubiertos bajo la presente póliza: (...) D) Cualquier reclamación que surja o provenga de un hecho, circunstancia o evento conocido por el funcionario asegurado previamente a la fecha de iniciación de esta póliza, cuyo conocimiento hubiese inducido a una persona razonable a concluir que el mismo podría dar lugar a una reclamación, así como la reapertura de investigaciones o reclamaciones que hubieren sido iniciados antes del inicio de vigencia de la póliza".

De las estipulaciones reseñadas sería suficiente para concluir que el llamamiento en garantía que hace el demandado no tiene vocación de prosperidad, sin embargo a ello se suma que en la cláusula 1.3 se acordó que la aseguradora asumiría las reclamaciones por actos incorrectos de los cuales el funcionario asegurado sea responsable que den lugar a acción de repetición **"siempre y cuando los actos incorrectos que origine la reclamación no fueran conocidos por la ENTIDAD TOMADORA y/o por el FUNCIONARIO ASEGURADO al inicio de la vigencia de la póliza"**, como se explicó en precedencia ambos conocían de los actos incorrectos antes del inicio de la vigencia de la póliza.

En conclusión, teniendo en cuenta que el actuar de los señores OMAR KAFURY SÁNCHEZ y EDUARDO VELASCO ABAD, fue gravemente culposo, con lo que se tiene por satisfecho el último supuesto que caracteriza la acción de repetición, resulta procedente acceder a las suplicas de la demanda, y que de lo expuesto se declarara la improcedencia del llamamiento en garantía, para efectos de determinar la suma que deben resarcir los señores OMAR KAFURY SANCHEZ y EDUARDO VELASCO ABAD en su calidad de Directores regionales, la cifra cancelada por la Corporación en cumplimiento de la sentencia de condena se actualizará con la fórmula matemática utilizada por el Consejo de Estado, así:

$$Va = Vi (If / li)$$

Donde,

Va: valor actual

Vi: valor inicial, equivalente a la suma efectivamente pagada.

If: índice final, equivalente al último IPC conocido a la fecha en que se profiere este fallo.

li: índice inicial, equivalente al IPC en la fecha en que se realizó el pago, de lo que resulta:

$$Va= 107.302.031*132,85/108,55 = \$ \mathbf{131'322.556}$$

Por último, en materia de condena en costas el Despacho había seguido el criterio subjetivo acogido en varias sentencias de Consejo de Estado que consideraba que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio, por lo que debían considerarse factores como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no, sin embargo en forma mayoritaria dicho criterio ha sido abandonado por la Corporación para adoptar el criterio objetivo valorativo, la Sección Segunda⁸ ha sostenido lo siguiente:

a- El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público⁹.

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

b- De la lectura del artículo 365 en comentario, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las

⁸ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

⁹ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

(...)

c- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

“[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]” (negritas fuera de texto)

d- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto¹⁰, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

En relación con las agencias en derecho señaló El Consejo de Estado:

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

¹⁰ Teniendo en cuenta los criterios por los cuales la Corte Constitucional en la sentencia C-043 de 2004 declaró exequible la expresión “teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá”

Por lo expuesto en precedencia, la gestión de los demandantes se circunscribió a la presentación de la demanda, en la asistencia a todas las audiencias programadas durante las distintas etapas procesales, sin embargo no se puede obviar que la C.V.C. accionó en cumplimiento de un deber legal, y la calidad de empleados y/o pensionados de los demandados, por lo que, sin perjuicio de lo contratado entre el demandando y su representante judicial, el valor a fijar por concepto de costas en este litigio se tasara en cuantía del 2% del valor de las pretensiones, las cuales serán liquidadas una vez ejecutoriada la presente providencia, de conformidad con los parámetros fijados en el Acuerdo 1887 de 2003 proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7° del Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016.

No aparecen demostrados otros gastos en el proceso por lo tanto no habrá lugar a otro reconocimiento diferente a las agencias en derecho.

En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga, administrando Justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE que los señores OMAR KAFURY SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No 14.986.913 y EDUARDO VELASCO ABAD, identificado con la cédula de ciudadanía No 16.622.588, en calidad de ex Directores Regional (DI25) entre el 5 de febrero de 2001 y el 21 de noviembre de 2002 el primero, y entre el 22 de noviembre de 2002 y el 11 de agosto del 2003 el segundo, omitieron con culpa grave el cumplimiento de sus funciones, dando lugar a que contra la **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA "C.V.C"** y contra la Sociedad **CARLOS SARMIENTO L. & CIA. INGENIO SAN CARLOS S.A.**, se proferiera el 25 de marzo de 2008 por parte del Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Guadalajara de Buga la sentencia de condena No. 0030-2008, confirmada parcialmente mediante sentencia del 13 de noviembre de 2009 expedida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDÉNASE** en forma solidaria a los señores **OMAR KAFURY SÁNCHEZ y EDUARDO VELASCO ABAD**, a pagar a la **CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA "C.V.C"**. la suma de **CIENTO TREINTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS VEINTIDOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$ 131'322.556)**.

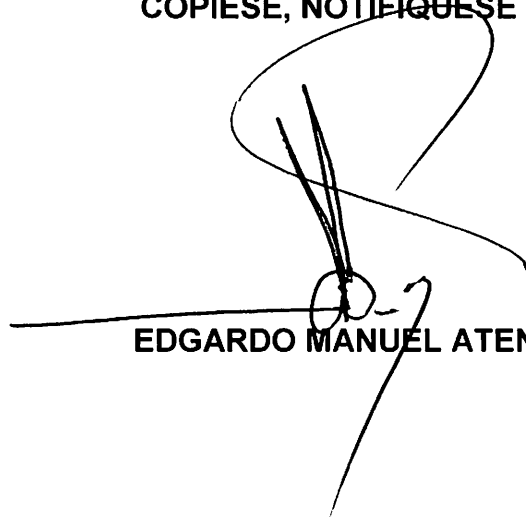
TERCERO: NO ACCEDER al llamamiento en garantía realizado por el señor **EDUARDO VELASCO ABAD**.

CUARTO: CONDENASE EN COSTAS a los demandados, por concepto de agencias en derecho a pagar a la demandante el 2% del valor de las pretensiones. Una vez ejecutoriada esta sentencia liquídense por Secretaría.

QUINTO: FIJAR para el cumplimiento de esta sentencia, el plazo de seis (6) meses contados a partir del día siguiente de su ejecutoria.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

El Juez,



EDGARDO MANUEL ATENCIO ROYERO