

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., siete (7) de octubre de dos mil diez (2010)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02

CONSULTA SANCIÓN POR DESACATO - ACCIÓN POPULAR

ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

Se decide el grado jurisdiccional de consulta frente al proveído proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de abril de 2009, mediante el cual se sancionó al representante legal de la Caja de Compensación Familiar - CAFAM, con multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor del Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, por haber incurrido en desacato de la sentencia calendada el 1° de diciembre de 2005, proferida por esta Corporación.

I-. ANTECEDENTES

GONZALO JIMÉNEZ RUIZ, promovió acción popular contra el DISTRITO CAPITAL, el CUERPO DE BOMBEROS DE BOGOTÁ y la CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - CAFAM, con miras a obtener la protección de los derechos colectivos a la seguridad y salubridad pública, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a la seguridad y prevención de desastres previsibles

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

técnicamente y a la realización de construcciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes, a su juicio vulnerados por cuanto el almacén CAFAM omitió dar cumplimiento al Acuerdo No. 20 de 1995 y demás normas sobre detección y extinción de incendios, medios de evacuación y sistemas de ventilación.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones de la demanda en la sentencia proferida el 31 de mayo de 2004, pero al ser apelada, el 1 de diciembre de 2005, la Sección Primera del Consejo de Estado profirió decisión de segunda instancia, en la cual aunque confirmó el fallo, exhortó a la Caja de Compensación Familiar de la siguiente manera:

"CONFÍRMASE el fallo impugnado

EXHORTASE a la caja de Compensación familiar CAFAM, supermercado o almacén nuevo Kennedy, para que inmediatamente a su notificación de esta decisión adelante las gestiones pertinentes para la instalación de los rociadores automáticos dentro de un tiempo máximo de (doce) 12 meses" (fls. 139 a 155 cdno 1).

De la anterior decisión el actor solicitó aclaración. Por su parte CAFAM, por intermedio de su apoderado, pidió que se advirtiera que la exhortación no era de obligatorio cumplimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sección Primera del Consejo de Estado, a través de auto de 5 de julio de 2007, decidió negar la solicitud de aclaración así como

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

el requerimiento realizado por CAFAM, al efecto consideró que aunque existe una sutil diferencia entre conminar y exhortar, ambas conllevan una orden vinculante de obligatorio cumplimiento.

El actor popular al considerar que no se dio cumplimiento a la orden impartida por esta Corporación, en providencia de 1° de diciembre de 2005, solicitó la apertura de incidente de desacato, al cual se le dio trámite mediante auto del 27 de enero de 2009.

II. LA CONTESTACION DEL INCIDENTE DE DESACATO

La CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR - CAFAM, en escrito visible a folios 280 a 290 del expediente, señaló que el Departamento de Seguridad Integral ha determinado que los esquemas de seguridad con que cuenta CAFAM Nuevo Kennedy no requieren rociadores automáticos.

Mencionó que son favorables los conceptos que anualmente y de manera sucesiva emite el Cuerpo de Bomberos sobre los elementos de detección y extinción de incendios con que cuenta el supermercado CAFAM Nuevo Kennedy.

Agregó que la Curaduría Urbana de Bogotá expresó que las licencias de construcción que ella expide se ajustan a las normas de carácter nacional y no local, como lo es el Código de Construcción de Bogotá.

Afirmó que CAFAM Nuevo Kennedy no dispone de rociadores automáticos y que pese a no tenerlos cumple con las condiciones para contrarrestar un incendio.

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

Indicó que el fallo proferido por el Consejo de Estado el 1° de diciembre de 2005, no tiene carácter imperativo y por tanto al no existir ninguna orden no se pueden considerar un posible desacato.

III. PRACTICA DE PRUEBAS

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca a través de auto de 17 de marzo de 2009, dispuso abrir a pruebas el proceso incidental ordenando al Departamento de Seguridad Integral de CAFAM, al Cuerpo de Bomberos de Bogotá y a la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá rendir informes relacionados con el cumplimiento de la sentencia.

IV-. LA PROVIDENCIA CONSULTADA

Mediante providencia del 23 de abril de 2009, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió:

"Primero: Impónese al señor Luis Gonzalo Giraldo Marín representante legal de la Caja de Compensación familiar CAFAM, multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales con destino al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos, por incumplimiento de la orden impartida por el H. Consejo de Estado en providencia de diciembre primero (1) de dos mil cinco (2005)" (fl. 320, cdno. ppal).

Para adoptar la anterior decisión, tuvo en cuenta lo siguiente:

-La sentencia de acción popular proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado el 1° de diciembre de 2005, contiene una obligación clara, expresa y exigible que

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

consiste en la instalación de rociadores automáticos en el almacén CAFAM de nuevo Kennedy, para lo cual tenía plazo hasta el 31 de julio de 2008.

-De los documentos obrantes en el expediente como de las respuestas emitidas por el apoderado de CAFAM se tiene que el almacén CAFAM Nuevo Kennedy no ha instalado los rociadores automáticos, lo anterior hace concluir objetivamente que la orden no ha sido cumplida.

-Al analizar las normas sobre construcciones en el territorio nacional, concluyó que para hacer modificaciones estructurales o volumétricas en las instalaciones del almacén CAFAM Nuevo Kennedy se requiere de la obtención de una licencia de construcción.

-En el asunto objeto de estudio no quedó claro si la instalación de rociadores automáticos requiere de modificaciones a la estructura del almacén.

-El representante legal de CAFAM para probar que su actuación fue responsable respecto de la orden impartida por el Consejo de Estado, debía acreditar la instalación de los rociadores automáticos o demostrar que la instalación de ellos requería de cambios estructurales o volumétricos que necesitaban de la expedición de una licencia de construcción que le había sido negada.

-No se observó un actuar positivo tendiente al acatamiento de la orden por parte del representante legal de CAFAM.

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 41 de la Ley 472 de 1998, esta Corporación resulta competente para conocer de la consulta de la sanción por desacato impuesta al representante legal de CAFAM, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de quien el Consejo de Estado es su superior jerárquico. En consecuencia, por contemplarlo así la norma antes citada, corresponde determinar si debe revocarse o no la aludida sanción.

5.2. EL INCIDENTE DE DESACATO EN LA ACCION POPULAR

El artículo 41 de la Ley 472 de 1998 dispone:

"Desacato. La persona que incumpliere una orden judicial proferida por la autoridad competente en los procesos que se adelanten por acciones populares, incurrirá en multa hasta de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales con destino al fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, conmutables en arresto hasta de seis (6) meses, sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar.

La sanción será impuesta por la misma autoridad que profirió la orden judicial, mediante trámite incidental y será consultada al superior jerárquico, quien decidirá en el término de tres (3) días si debe revocarse o no la sanción. La consulta será en el efecto devolutivo."

El desacato se concibe como un ejercicio del poder disciplinario frente a la desatención de una orden

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

proferida por la autoridad competente en el curso del trámite de la acción popular, y trae como consecuencia la imposición de una sanción de multa conmutable en arresto, previo trámite incidental especial, consultable con el superior jerárquico quien decidirá si debe revocarse o no.

Objetivamente el desacato se entiende como una conducta que evidencia el mero incumplimiento de cualquier orden impartida dentro de la acción popular, cuando se han superado los términos concedidos para su ejecución sin proceder a atenderla; y desde un punto de vista subjetivo se tiene como un comportamiento negligente frente a lo ordenado, lo cual excluye de plano la declaratoria de responsabilidad por el simple incumplimiento.

No es, entonces, suficiente para sancionar que se haya inobservado el plazo concedido para la atención de la orden impartida, sino que debe probarse la renuencia, negligencia o capricho en acatarla por parte de la persona encargada de su cumplimiento.

Para el desacato el legislador tiene previsto un trámite incidental especial, porque se trata de resolver un aspecto principal de la acción popular como lo es el relacionado con el acatamiento de la sentencia, distinto de aquel donde de ordinario se ventilan cuestiones accesorias al proceso. De la solicitud de sanción por desacato se correrá traslado a la autoridad o el particular contra quien se dirija, o a aquellos respecto de quienes se infiera alguna responsabilidad en la desatención de lo ordenado, para que la conteste, aporte

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

y pida la práctica de las pruebas que pretenda hacer valer, en caso de no reposar en el expediente, relacionadas con el cumplimiento de la orden impartida. Luego de ello se resolverá sobre las pruebas solicitadas, abriendo el correspondiente período probatorio para su práctica, donde el juzgador está llamado también a decretar pruebas de oficio para establecer la responsabilidad subjetiva de los demandados, vencido el cual se decidirá de fondo.

En el incidente serán de recibo y se estudiarán todos los aspectos relacionados con el acatamiento o no de la orden proferida, pero de ninguna manera constituye un nuevo escenario para los reparos o controversias propias de la acción popular. Solo la sanción será consultada con el superior jerárquico, sin que en su contra o respecto del auto que decida no sancionar proceda ningún recurso.

5.3. EL CASO BAJO ESTUDIO

Corresponde a la Sala determinar si resulta ajustada a derecho la multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales impuesta al representante legal de CAFAM, por haber incurrido en desacato a la orden que le fue impartida en el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia proferida el 1° de diciembre de 2005, por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Al efecto se recordará la orden y, de conformidad con las pruebas existentes, se resolverá sobre su acatamiento o no.

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

3.1. ÓRDEN JUDICIAL QUE SE CONSIDERA INCUMPLIDA

La orden es la siguiente:

"EXHORTASE a la caja de Compensación familiar CAFAM, supermercado o almacén nuevo Kennedy, para que inmediatamente a su notificación de esta decisión adelante las gestiones pertinentes para la instalación de los rociadores automáticos dentro de un tiempo máximo de (doce) 12 meses".

Con el fin de verificar el cumplimiento de la misma, la Sala analizó el material probatorio allegado al proceso, encontrando lo siguiente:

A. El 9 de noviembre de 2007, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió oficiar al representante legal de CAFAM para que acreditara las gestiones relacionadas con el cumplimiento de la sentencia de 1° de diciembre de 2005 (fls. 225 y 226, cdno. 2).

B. CAFAM el 4 de diciembre de 2007, dio respuesta al auto emanado del a - quo en el que informó (fl. 228, cdno. 2):

"CAFAM está adelantando las gestiones para la elaboración del diseño de la obra y ejecución de la misma dentro del plazo otorgado de un año a partir de la ejecutoria de la providencia de aclaración proferida por esa corporación el pasado mes de julio".

C. El Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá a través de oficio de 13 de junio de 2008, informó sobre la inspección por ellos realizada a las instalaciones

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
 ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

del almacén CAFAM Nuevo Kennedy, de la cual se resalta (fls. 234 a 236, cdno. 2):

"OBSERVACIONES: haciendo un análisis de inspección se determinó que **EL ALMACEN CAFAM NUEVO KENNEDY "NO CUMPLE CON LA NORMATIVIDAD VIGENTE"**, ya que no cuenta con rociadores automáticos contra incendio".

D. El a - quo en providencia de 30 de octubre de 2008, requirió a CAFAM para que acreditara las gestiones adelantadas para el acatamiento de la exhortación emanada de la providencia proferida por el Consejo de Estado (fl. 254, cdno. 2).

E. Con informe fechado el 19 de enero de 2009, CAFAM señaló que la licencia de construcción No. 0409030301427 referente a las reformas en el almacén Nuevo Kennedy, expedida por la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá, se ajusta a la Ley 400 de 1997 y el Decreto 33 de 1998, adoptado por la NSR-98 o norma nacional de sismo resistencia, la cual no exige la instalación de rociadores (fls. 258 a 273, cdno. 2).

F. Con oficio No. 09-3-0850 de 15 de abril de 2009, la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá dio respuesta a las preguntas formuladas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 17 de marzo de 2009, entre ellas se observa (fls. 301 a 304, cdno. 2):

"2. Si se requiere modificar esa Licencia para la instalación de rociadores automáticos?

Sobre este punto le certifico que ello depende de las intervenciones que se requieran

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

adelantar para efectos de dichas instalaciones. En tal sentido si la instalación de los mencionados rociadores conlleva alteraciones estructurales o volumétricas de las edificaciones existentes, se requiere de manera previa a la instalación de rociadores automáticos obtener la respectiva licencia de construcción para verificar el cumplimiento de las normas arquitectónicas o estructurales vigentes para el predio, y no se verificaría el cumplimiento de normas técnicas especiales diferentes a las de la ley 400 de 1997 y sus Decretos Reglamentarios.

Lo anterior considerando que el Curador Urbano no verifica ni autoriza ese tipo de instalaciones según norma urbanística vigente.

Al respecto, el Decreto 564 de 2006 que reglamenta el trámite de licencias urbanísticas dispone en el artículo 49 que "Los curadores urbanos no podrán exigir el cumplimiento de normas técnicas o cualquier otra normas de construcción establecida por los municipios y distritos, salvo que exista expresa atribución legal que permita a las autoridades locales la definición de aspectos de orden técnico en la construcción de obras"

3. ¿ si es jurídicamente viable modificar ese acto administrativo para aplicar el Código de Construcción de Bogotá (Acuerdo N° 20 DE 1995), que es la normas que contiene la obligación de instalar los rociadores automáticos?.

Sobre el particular le certifico que no es viable modificar la Licencia de Construcción N° L.c. 03-3-1007 del 17 de febrero de 2004 para aplicar el Código de Construcción de Bogotá teniendo en cuenta el artículo 49 del Decreto 564 de 2006 antes citado.

"....."

Adicionalmente se tiene que el Acuerdo N° 20 de 1995 es una norma de inferior jerarquía que en ningún momento puede primar sobre la Ley 400 de 1997 la cual es de Carácter nacional siendo

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

categorica cuando indica que las construcciones que se adelanten en el territorio nacional deben sujetarse únicamente a ella y sus decretos reglamentarios (ver Artículo 1º y 2º)".

G. El Cuerpo Oficial de Bomberos de Bogotá a través de oficio de 17 de abril de 2009, al dar respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca precisó lo siguiente (fls. 305 a 309, cdno. 2):

"...la unidad Administrativa Especial Cuerpo Oficial de Bomberos en desarrollo de sus funciones realizó la visita de inspección al lugar de referencia el día 10 de junio de 2008 en la cual se estableció que cuentan con extintores, más no con sistemas de rociadores automáticos por cuanto la norma B.2.6.1.1 del Código de Construcciones de Bogotá prevé que en tales áreas se debe equipar con rociadores automáticos y/o extintores, quedando pues al arbitrio del usuario utilizar cualquiera de los medios para la extinción de incendios.

3. Si dicho establecimiento, ¿cumple con los requisitos básicos de seguridad y protección contra incendio

Según la visita realizada el día de 10 de junio de 2008 y aplicando el Acuerdo 20 de 1995, el cual dicta los requisitos básicos de seguridad y protección contra incendio en los capítulos B y D, el establecimiento cumple los requisitos mínimos de seguridad exigibles."

En el auto de 5 de julio de 2007, proferido por la Sección Primera del Consejo de Estado, conforme a la solicitud de aclaración de la sentencia de 1º de diciembre de 2005, presentada por el actor popular y el requerimiento formulado por CAFAM, consideró que pese a

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

las sutiles diferencias gramaticales entre exhortar y conminar, estas son ordenes de obligatorio cumplimiento, sobre lo cual anotó:

"que una conminación, exhortación, prevención u otro mandato similar no es simplemente una enunciación con mero carácter retórico sino una orden vinculante de obligatorio cumplimiento cuya inobservancia puede ser incluso calificada con desacato y sancionada, previo trámite incidental, según lo previsto en el artículo 41 de la Ley 472 de 1998 para el caso de las acciones populares" (fl. 204, cdno. 2).

Así las cosas, se tiene que de acuerdo con el material probatorio recaudado existe una clara desobediencia por parte de CAFAM de cumplir con la instalación de los rociadores de agua dentro de la edificación de almacén Nuevo Kennedy.

Además, se desprende del acervo obrante en el expediente que el actuar de CAFAM es omisivo y negligente por cuanto su argumento se limitó a aseverar que conforme a la normatividad vigente no era necesario la instalación de rociadores.

CAFAM no tuvo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva de la sentencia de 1° de diciembre de 2005, en la que se consideró que si bien es cierto el almacén dispone de diversos mecanismos de prevención, detección, atención y extinción de incendios se le

346

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

conminó para que instalara rociadores automáticos, lo cual no se ha realizado.

De esta manera, la actuación de la entidad demanda refleja su desinterés en el cumplimiento de las órdenes dadas para la protección de los derechos colectivos quebrantados y permiten concluir la ausencia de justificación válida de su falta de obediencia.

En consecuencia, en el sub lite, se encuentran reunidos los dos presupuestos necesarios para la aplicación de la medida de sanción por desacato, por una parte, el elemento objetivo relacionado con el incumplimiento de las órdenes proferidas y, de otra, el elemento subjetivo, esto es, la conducta culposa de quien tenía a cargo el cumplimiento de las mismas. Por consiguiente, la Sala confirmará la providencia materia de consulta, a través de la cual se sancionó al representante legal de la Caja de Compensación Familiar - CAFAM, por no haber cumplido lo requerido en la sentencia calendada el 1° de diciembre de 2005.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

R E S U E L V E

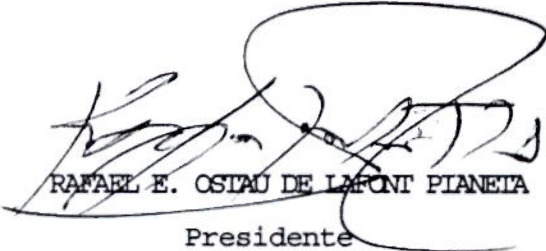
PRIMERO: CONFÍRMASE el proveído consultado, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 23 de abril de 2009, por las razones expuestas en la parte motiva.

REF: Expediente núm. 25000-23-24-000-2003-00238-02
ACTOR: GONZALO JIMÉNEZ RUIZ

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de octubre de 2010.



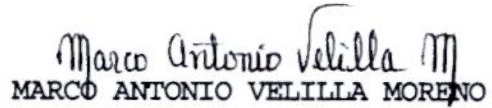
RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PLANETA
Presidente



MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ



MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO



MARCO ANTONIO VELILLA MORENO